AUTORITEIT
PERSOONSGEGEVENS

Autoriteit Persoonsgegevens
Postbus 93374, 2509 AJ Den Haag
Bezuidenhoutseweg 30, 2594 AV Den Haag
T 070 8888 500 - F 070 8888 501
autoriteitpersoonsgegevens.nl

De Minister van Volksgezondheid, Welzijn en Sport
De heer H.M. de Jonge
Postbus 20350
2500 EJ DEN HAAG

Datum	Ons kenmerk	Uw brief van
15 november 2021	z2021-17069	15 november 2021
	Contactpersoon	Uw kenmerk
	[redacted]	3283321-1020014-WJZ

Onderwerp
Advies Tijdelijke wet uitbreiding coronatoegangsbewijzen
'vastgesteld en per e-mail verzonden op maandag 15 november 2021'

Geachte heer de Jonge,

Bij brief van 12 november 2021 is de Autoriteit Persoonsgegevens (AP) op grond van het bepaalde in artikel 36, vierde lid, van de Algemene verordening gegevensbescherming (AVG), geraadpleegd over het concept voor Wijziging van de Wet publieke gezondheid in verband met uitbreiding van de tijdelijke regels over de inzet van coronatoegangsbewijzen ten aanzien van personen die arbeid verrichten en bezoekers (hierna: het concept). Verzocht is om bijzondere spoed.

Werkgevers en beheerders van locaties besluiten straks zelfstandig of werknemers respectievelijk bezoekers een coronatoegangsbewijs (CTB) moeten tonen. Door het ontbreken van heldere criteria en een waarborg voor meewegen van epidemiologische expertise is niet gegarandeerd dat de juiste afwegingen worden gemaakt. Daardoor is er een risico dat een CTB op oneigenlijke gronden wordt ingevoerd. De AP heeft op dit punt bezwaar tegen het concept en adviseert de procedure niet voort te zetten, tenzij het bezwaar is weggenomen.

Strekking van het concept

Het concept bepaalt het volgende:

(a) Indien voor een sector al een CTB-plicht[1] voor *bezoekers* geldt[2], dan kan bij ministeriële regeling worden bepaald dat de CTB-plicht ook voor de *werknemers* in zo'n sector zal gelden.

[1] Verplichting om een Coronatoegangsbewijs te tonen.
[2] Ingevolge artikel 58ra, eerste lid, Wet publieke gezondheid (Wpg).

In het andere geval kan bij ministeriële regeling voor een sector worden bepaald dat:

(b) werkgevers een CTB kunnen vragen aan hun werknemers;
(c) beheerders[3] van een locatie[4] een CTB kunnen vragen aan hun bezoekers[5];
(d) indien naar het oordeel van de minister onvoldoende effectief gebruik wordt gemaakt van de mogelijkheden (b) en (c), de CTB verplicht is voor werknemers en/of bezoekers.

Het voorstel sluit aan bij wat inmiddels voor corona maatregelen gebruikelijk is in de zin dat de Tweede Kamer en de Eerste Kamer worden betrokken bij de ministeriële regeling via de nahangprocedure en dat de maatregelen tijdelijk van aard zijn.[6]

Advies

CTB voor werknemers

Het concept bepaalt dat bij ministeriële regeling sectoren kunnen worden aangewezen waarin werkgevers een CTB kunnen vragen aan hun werknemers. Werkgevers behoeven hiertoe instemming van Ondernemingsraad (OR) of personeelsvertegenwoordiging[7] en kunnen alleen gebruik maken van deze mogelijkheid als niet op andere wijze een met een CTB-controle vergelijkbaar effect kan worden bereikt. De nog vast te stellen ministeriële regeling beschrijft de overige voorwaarden waaronder de werkgever gebruik kan maken van het CTB.[8]

De inzet van het CTB op de werkplek is dus een "tweetrapsraket": eerst moet een sector worden aangewezen bij ministeriële regeling, en vervolgens kiest de werkgever in zo'n sector voor het al dan niet inzetten van dit instrument op zijn arbeidsplaats, met goedkeuring van de OR.

Met het gebruik van het CTB worden gezondheidsgegevens verwerkt. Het verwerken van deze gegevens is in beginsel verboden op grond van artikel 9, eerste lid, AVG. Dit verbod is niet van toepassing indien zich één van de uitzonderingen van artikel 9, tweede lid, AVG voordoet. Volgens de memorie van toelichting

[3] Niet gedefinieerd in het wetsvoorstel.
[4] Niet gedefinieerd in het wetsvoorstel.
[5] Niet gedefinieerd in het wetsvoorstel.
[6] Artikel 58c Wpg. en artikel VIII van de Tijdelijke wet maatregelen covid-19.
[7] Indien ingesteld, aldus artikel 58ra lid 9 sub b Wpg. De MvT vermeldt hierover verder:
"Werkgevers dienen deze keuze te maken in overleg met de ondernemingsraad dan wel de personeelsvertegenwoordiging, indien de onderneming wettelijk verplicht is tot het instellen daarvan of er vrijwillig toe is overgegaan. De uiteindelijke instemming van de medezeggenschap, indien ingesteld, is een vereiste om een CTB van werknemers te kunnen vragen. Daaruit volgt dat indien de werkgever in strijd met een wettelijke verplichting geen medezeggenschapsorgaan heeft ingesteld, hij van een eventuele CTB-bevoegdheid geen gebruik kan maken. Voor kleine ondernemingen (met in de regel minder dan 50 personen werkzaam) die niet wettelijk verplicht zijn tot het instellen van een personeelsvertegenwoordiging en daar ook niet vrijwillig toe zijn overgegaan, geldt de instemmingseis niet" (MvT p. 16).
Bij de laatst bedoelde ondernemingen is de werkgever dus geheel autonoom in zijn besluit om een CTB in te voeren (als zijn sector bij ministeriële regeling is aangewezen).
[8] Artikel 58ra, negende lid.

komen hiervoor in dit geval de uitzonderingen genoemd onder g (zwaarwegend algemeen belang) en i (volksgezondheid) in beeld.[9]

In dit geval is echter alleen de i-uitzonderingsgrond (volksgezondheid) van toepassing. Het concept heeft immers uitsluitend tot doel de verspreiding van het SARS-CoV-2-virus zoveel mogelijk te belemmeren door via het CTB de toegang tot de arbeidsplaats (en andere locaties) te kunnen reguleren.[10] Een beroep op de g- uitzonderingsgrond (zwaarwegend algemeen belang) is alleen mogelijk als duidelijk gemaakt wordt welk belang dat dan is, waarom dat zwaarwegend is en dat dat belang blijkens tekst en toelichting ook daadwerkelijk de achtergrond van het voorstel is. Daarvan is in dit geval geen sprake.

De CTB-plicht kan dus alleen worden ingevoerd in het belang van de volksgezondheid. Deze doelbinding is in het concept echter onvoldoende geborgd.

In de eerste plaats is de delegatie in artikel 58ra, negende lid, nauwelijks inhoudelijk begrensd.[11] Het is dus op voorhand niet inzichtelijk en naderhand niet toetsbaar welke mate van risico in een sector moet bestaan en welke effectiviteit is te verwachten van inzet van een CTB om sectoren te kunnen aanwijzen waarin werkgevers een CTB mogen vragen bij de toegang tot de werkplek.

In de tweede plaats ("tweetrapsraket") bevat het concept als enige handvat voor te maken afwegingen door de werkgever dat - kort gezegd - niet op andere wijze een met een CTB-controle vergelijkbaar effect kan worden bereikt.[12] Daarbij is niet duidelijk of dit ook het toetsingskader is voor het al dan niet instemmen door de OR.

Door deze constructie is niet uitgesloten dat bij het uiteindelijk introduceren van de CTB-plicht op de arbeidsplaats ook overwegingen in de afweging worden betrokken die niet zijn gerelateerd aan het bereiken van een vergelijkbaar beschermingsniveau in het belang van de volksgezondheid.[13] Als zich dat voordoet is van een rechtmatige uitzondering op het verwerkingsverbod van artikel 9, eerste lid, AVG, geen sprake en is een CTB-plicht dus niet houdbaar.

De AP adviseert in het concept het toetsingskader op grond waarvan de werkgever kan besluiten tot een CTB-plicht voor zijn werknemers duidelijker uit te schrijven. Dit toetsingskader dient criteria te bevatten

---

[9] Memorie van toelichting, p. 11.
[10] Zie ook de considerans bij het wetsvoorstel.
[11] Zie ook Aanwijzing voor de regelgeving 2.23 "Delegatie van regelgevende bevoegdheid wordt in de delegerende regeling zo concreet en nauwkeurig mogelijk begrensd."
[12] Artikel 58ra, negende lid, onder a, Wpg.
[13] Ook de MvT is niet geheel strak op dit punt: : "[...] indien de mogelijkheid voor een werkgever om het CTB in te zetten wordt gecreëerd, [wordt] die beslissing niet volledig gesteund wordt door een beroep op de epidemiologische situatie" en "Dit komt ook tot uiting op de arbeidsplaats, bijvoorbeeld als het gaat om de wens van gevaccineerde werknemers om niet langer thuis te hoeven werken, maar veilig op kantoor hun werkzaamheden te kunnen verrichten" (MvT, p. 8). De wens om niet thuis te werken is geen belang van de volksgezondheid, althans niet in epidemiologische zin.

voor vaststelling van proportionaliteit en subsidiariteit. Ook een nauwgezette risico-inventarisatie zou onderdeel moeten zijn van de besluitvorming.[14] Daarnaast adviseert de AP duidelijker aan te geven welke afweging wordt verwacht van de medezeggenschap.

Het vaststellen van de noodzaak van een CTB-plicht vraagt om kennis van en inzicht in de concrete bedrijfsprocessen die doorgaans bij de werkgever en de OR aanwezig zullen zijn. Om het al dan niet bestaan van gelijkwaardige alternatieven goed te kunnen wegen lijkt echter ook een behoorlijke mate van medisch inzicht nodig. Werkgever en medezeggenschap ontberen in het algemeen dit inzicht. Om toch tot een goede weging te komen adviseert de AP om de bedrijfsarts verplicht advies uit te laten brengen.

Ten slotte adviseert de AP de verwijzing naar artikel 9, tweede lid, onder g, AVG (uitzonderingsgrond verwerkingsverbod in verband met zwaarwegend algemeen belang) te schrappen, omdat deze uitzondering hier kennelijk niet van toepassing is.

CTB voor bezoekers

De CTB voor bezoekers volgt in grote lijnen de hierboven beschreven constructie die is gevolgd bij de CTB voor werknemers ("tweetrapsraket"). De kritische kanttekeningen zijn hier mutatis mutandis dan ook dezelfde. Opvallend is echter hier dat de beheerder van een locatie bij zijn afweging om al dan niet een CTB te hanteren voor zijn bezoekers meer autonomie geniet dan de werkgever: soortgelijke condities als in artikel 58ra, negende lid, onder a en b, Wpg[15] lijken hier geheel te ontbreken.

Ook hier geldt – en mogelijk dus zelfs a fortiori – dat de delegatie[16] te ruim is en dat niet valt uit te sluiten dat de beheerder bij de afweging om al dan niet een CTB-plicht voor zijn bezoekers te introduceren ook overwegingen betrekt die niet zijn gerelateerd aan het belang van de volksgezondheid. In zo'n geval is ook hier een uitzondering op het verwerkingsverbod van artikel 9, eerste lid, AVG, niet mogelijk en is een CTB-plicht dus verboden.

De AP adviseert in het concept een toetsingskader op te nemen op grond waarvan de beheerder kan besluiten tot een CTB-plicht voor zijn bezoekers. Dit toetsingskader dient criteria te bevatten voor vaststelling van proportionaliteit en subsidiariteit. Een nauwgezette risico-inventarisatie zou onderdeel moeten zijn van de besluitvorming.

En ook hier geldt dat het vaststellen van de noodzaak van een CTB-plicht primair epidemiologisch van aard is.[17] In het algemeen ontbeert de beheerder de hiervoor benodigde expertise. Om toch tot een goede weging te komen adviseert de AP om in het concept aan te geven hoe deze lacune zal worden ingevuld, bijvoorbeeld in de vorm van een toetsende rol voor GGD of toezichthouder.

---

[14] De AP volgt op deze punten het advies van het OMT (advies 128, p. 9).
[15] Subsidiariteitstoets en instemming van OR of personeelsvertegenwoordiging.
[16] In artikel 58ra, elfde lid.
[17] Uiteraard aangevuld met een subsidiariteitstoets.

AUTORITEIT
PERSOONSGEGEVENS

Datum
15 november 2021

Ons kenmerk
z2021-17069

Openbaarmaking van het advies

De AP is voornemens dit advies openbaar te maken op de website www.autoriteitpersoonsgegevens.nl zodra de tekst van het (gewijzigde) concept openbaar is.

Hoogachtend,
Autoriteit Persoonsgegevens,

[redacted]
Vicevoorzitter