

AANGETEKEND

Aan de Raad van State,
Afdeling Bestuursrecht

Onderwerp: Reactie Vrijbit op kennisgeving van 2 nieuw ingebrachte besluiten van AP inzake Hoger beroepszaak

Edelachtbaar College,

Op 20-12-2021 (gedateerd 16-12-2021) ontving u van de Autoriteit Persoonsgegevens een 'nieuw besluit op bezwaar en een besluit tot handhaving.
Bij deze sturen wij u onze reactie hierop:

A. Bezwaar tegen het besluit tot handhaving

Vrijbit kan zich niet verenigen met het d.d. 16-12-2021 aan het ministerie van VWS opgelegde handhavingsbesluit.

Luidende: *' De AP gelast hierbij de minister de verwerking van de ruwe data gedurende de retentietijd te beperken, dus tot en met het moment waarop de retentietijd verloopt. Aan deze maatregel van een tijdelijke beperking van de verwerking verbindt de AP de voorwaarde dat de volgende maatregelen ter beveiliging van de data in deze gehele periode getroffen blijven worden:*

- i. een afdoende versleuteling van de bestanden op de back-ups en afdoende sleutelmanagement;*
- ii. een uitgeschreven procedure waarin de werkwijze is vastgelegd voor het terugzetten van een back-uptape en waarin is uiteengezet hoe de autorisaties zijn geregeld, met dien verstande dat deze autorisaties zo beperkt mogelijk dienen te worden verstrekt;*
- iii. een uitgeschreven procedure waarin kenbaar is vastgelegd op welke wijze wordt gewaarborgd dat in geval van en ten tijde van het terug plaatsen van de back-uptape, de te verwijderen bestanden eerst worden gewist, alvorens de overgebleven bestanden op de back-uptape worden teruggezet in de productie-/liveomgeving;*
- iv. de verplichting de AP periodiek —dat wil zeggen iedere drie jaar —een tussentijdse rapportage over te leggen over de vraag of zich gebeurtenissen met betrekking tot de bestanden die tezamen de ruwe data vormen in die periode hebben voorgedaan.*

Voorts gelast de AP de minister de bestanden die tezamen de ruwe data vormen na afloop van de retentietijd te vernietigen, zulks onder overlegging van een verklaring van een externe auditor'.

Zoals wij op 8 oktober jl. al aan zowel de AP als aan uw rechtbank lieten weten (*toen het nog om een voornemen ging waarvan het huidige handhavingsverzoek een afgekalfde versie is tot minimaal ingrijpen*) verzet Vrijbit zich tegen het handelen van AP zolang dit niet ziet op het door het ministerie doen verwijderen van alle onrechtmatig verkregen DIS data.

Vrijbit heeft vanaf de start van deze procedure aangegeven dat onrechtmatig, in deze zonder wettelijke grondslag, verwerkte bijzondere persoonsgegevens verwijderd dienen te worden. Het handhavend optreden van de toezichthouder had dan ook gericht dienen te zijn op het realiseren van verwijdering van onrechtmatig verkregen data uit betreffende bestanden. Bij verwijdering van onrechtmatig verkregen medische persoonsgegevens gaat het niet alleen om opslag en verwerking van ruwe data maar ook de verwijdering van bewerkte gegevens, zowel de opslag van deze data in operationele databanken als de data vastgelegd in backup(s), evenals in databestanden waarin deze medische gegevens via doorgifte/koppeling terecht zijn gekomen.

Het oordeel van de AP dat VWS ruwe data slechts op langere termijn moet verwijderen is onder meer gebaseerd op een inbreng van de NZa waarbij wordt gesteld dat de onrechtmatig verkregen medische persoonsgegevens noodzakelijk waren en zijn voor de taakvervulling van VWS. Los van de vraag of verwerking van deze bijzondere persoonsgegevens zonder wettelijke grondslag ooit gelegitimeerd kan worden met een beroep op de noodzakelijkheid van verwerking van deze data, ontbreekt bij het standpunt van de NZa aan een onderbouwing van de noodzakelijkheid. Zo is de mogelijkheid om data benodigd voor deze taken via een andere veilige (zonder onnodige proliferatie van gevoelige medische gegevens op persoonsniveau) en legitieme route samen te brengen en te analyseren geheel genegeerd.

De kern van ons bezwaar is dat de toezichthouder niet handhavend optreedt tegen een geconstateerde onrechtmatige verwerking van medische persoonsgegevens maar dit onder druk van betrokken belanghebbende partijen gedoogd.

- De redenering die ten grondslag ligt aan de gedoogopstelling van de toezichthouder waar het gaat om verwijdering van onrechtmatig verkregen data, is dat het te belastend zou zijn om deze data te verwijderen, dit terwijl de problemen die bij verwerking van deze data zijn ontstaan geheel kunnen worden toegerekend aan de NZa die de data ten onrechte (zonder vereiste controle wettelijke grondslag) verstrekke, alsook aan VWS die willens en wetens onrechtmatig verkregen data verwerkte en bleef verwerken en last but not least ook aan de AP zelf omdat deze jarenlang bleef volhouden dat er niks onrechtmatigs aan de hand zou zijn.
- Ons bezwaar is tevens dat de toezichthouder de verwerking van onrechtmatig verkregen medische persoonsgegevens door VWS jarenlang willens en wetens heeft gedoogd omdat ontvangst en verwerking van deze data door VWS noodzakelijk zou zijn. Deze opstelling en werkwijze van de AP resulteert in averechts toezicht door niet op te treden tegen de onrechtmatige verwerking van medische persoonsgegevens, als wordt geclaimd, in deze zelfs niet onderbouwde stelling dat dataverwerking noodzakelijk is en intussen stappen worden overwogen- mag een paar jaar duren - om de wetgeving zodanig aan te passen dat voor het verzamelen en verwerken van deze data alsnog een geldige juridische grondslag wordt gecreëerd. Wat echter ook bij deze nieuwe regelgeving over het hoofd lijkt te worden gezien is dat ook de wettelijke regeling toetsing op noodzakelijkheid moet kunnen doorstaan.

Hetgeen niet het geval is als andere veiligere , minder inbreuk makende verwerkingsprocedures mogelijk zijn.

- Zoals hiervoor reeds kort werd aangegeven heeft ons bezwaar ook betrekking op de wijze waarop bij de motivering van de AP-besluit ten aanzien van de nieuwe Zorgverzekeringswet(Zvw) simpelweg wordt gesteld dat na ingang daarvan op 1 juli 2019 het verstrekken van DIS data aan VWS sowieso een wettige grondslag zou hebben. Dit is een gemankeerde en derhalve onzorgvuldig onderbouwde redenering omdat, ook waar deze wet in principe het verstrekken van data van NZa aan VWS gelegitimeerd zou kunnen zijn, het hier niet automatisch om een algemeen geldende bevoegdheid gaat, omdat ook formele wetgeving die inbreuk maakt op het verbod tot verwerking van bijzondere persoonsgegevens blijft gelden dat dient te worden vastgesteld voor welk concreet doel deze bijzondere persoonsgegevens opgevraagd worden, of het verstrekken van deze data wel voldoet aan het proportionaliteitsbeginsel en of dat doel niet op minder belastende wijze kan worden bereikt. Waar het hierbij gaat om toetsing op subsidiariteit willen we er op wijzen dat de AP zich ten onrechte op het standpunt stelt dat haar taak geen betrekking heeft op deze toetsing. Het klopt dat de toezichthouder in het kader van handhaving niet eigenstandig onderzoek hoeft in te stellen naar minder belastende werkwijzen, maar als in een procedure gewezen wordt op, verwezen wordt naar minder belastende werkwijzen dan moet zij daar wel een gemotiveerd oordeel over geven. Dat is in deze procedure bij geen van de omstreden dataleveringen uit het DIS door NZa gebeurd.
- Los van andere bezwaren vinden we het onbegrijpelijk en onverantwoord dat de AP een termijnstelling accepteert die neerkomt op een ongedefinieerde retentietijd. Inhoudende dat als men maar lang genoeg doorgaat met het maken van back-ups deze retentietijd tot St. Juttemis kan duren.
- Waar ons handhavingsverzoek er op gericht is ook data te laten verwijderen die eventueel via de derde partij (in dit geval VWS) bij nog weer andere partijen terecht zijn gekomen, merken wij op dat hier, ten onrechte, in het besluit met geen woord over wordt gerept.

B. Bezwaar tegen besluit op bezwaar

Wij maken bezwaar tegen het nieuwe besluit op bezwaar d.d.16-12-2021(kenmerk z2020-03948).

Inhoudende: *'De Autoriteit Persoonsgegevens:*

- *verklaart het bezwaar gegrond;*
- *herroept het besluit van 18 januari 2016, voor zover daar bij niet handhavend is opgetreden ten opzichte van de minister van Volksgezondheid, Welzijn en Sport, en neemt in plaats daarvan het handhavingsbesluit van heden;*
- *wijst het verzoek om handhaving voor het overige af'.*

Reden van ons bezwaar is dat de AP, met uitzondering van het handhavingsverzoek versus het ministerie VWS, het verzoek om handhaving ' voor het overige' afwijst.

De rechtbank Midden-Nederland heeft, in tegenstelling tot wat AP stelt, namelijk beslist niet alleen geoordeeld dat het bezwaar tegen het besluit van AP om af te zien van handhaving uitsluitend betrekking zou hebben op de doorgifte van Disdata door de NZa aan het ministerie VWS. De rechtbank concludeerde (volgens punt 35) dat de AP niet voldaan had aan de opdracht tot het nemen van een ander besluit, dan wel voor de afwijzing van het handhavingsverzoek alsnog een

deugdelijke motivering te produceren om dit handhavingsverzoek af te wijzen. Ondanks onjuistheden, kennelijke omissies en tekortkomingen in het onderzoek verricht door verweerster heeft de rechtbank er van afgezien om bij de toezichthouder middels een tweede bestuurlijke lus, verder aan te dringen op aanpassing of betere onderbouwing/motivering van het besluit om af te zien van handhaving.

Dit blijkt helder uit de wijze waarop de rechtbank, na een vergeefse poging in de tussenuitspraak, concludeerde dat het zinloos was om de AP via een tweede bestuurlijke lus alsnog te dwingen tot het nemen van een ander besluit, dan wel goede motivering om te handhavingsverzoek af te wijzen, de rechtbank oordeelt in dit verband dat zulks: 'naar het zich laat aanzien geen doelmatige en efficiënte afdoeningswijze zou opleveren' aangezien het de rechtbank de vorige keer 'ook niet gelukt is' om AP te dwingen tot het conform haar taakopdracht uitvoeren van haar functie van toezichthouder op de bescherming van persoonsgegevens.

Waar het gaat om de gebreken in het door de toezichthouder verrichte onderzoek naar de rechtmatigheid en noodzakelijkheid van datadoorgifte aan andere partijen, kunnen we slechts concluderen dat de AP nooit heeft voldaan aan de opdracht in de tussenuitspraak 21-08-2017 die nadrukkelijk vergde dat door de AP alsnog meer onderzoek diende te worden gedaan naar de noodzakelijkheid (in relatie tot welbepaalde doelstelling) van verwerking en doorgifte (*waaronder doorgifte van deze gegevens aan derden voor enig beleidsondersteunend onderzoek*) van medische persoonsgegevens door de NZa.

In het nadere onderzoek dat AP instelde ontbreekt een deugdelijke toetsing op subsidiariteit. Ondanks het feit dat nadrukkelijk is gewezen op minder inbreuk makende werkwijzen, waarmee data-analyses die vergen dat patiënten door de tijd kunnen worden gevolgd kunnen worden uitgevoerd zonder dat medische persoonsgegevens aan tal van instanties worden doorgeleverd (proliferatie van medische persoonsgegevens) ten behoeve van een specifiek beleidsondersteunend onderzoek.

Wij maken er derhalve ernstig bezwaar tegen dat de AP meent het besluit tot handhaving te kunnen beperken tot de verwerking van DIS-data door VWS en handhaving met betrekking tot andere bezwaren voor 'het overige' ongemotiveerd te kunnen afwijzen.

Deze besluitvorming van de AP gaat ten onrechte geheel voorbij aan de kernbezwaren die voorliggen in deze handhavingprocedure zoals die ook uitwerking hebben gevonden in de gronden van dit Hoger Beroep.

Onder deze omstandigheden hecht Vrijbit aan een inhoudelijke behandeling van dit Hoger Beroep ter zitting.

We vertrouwen er op u zo voldoende geïnformeerd te hebben.

Met vriendelijke groet namens het bestuur van Burgerrechtenvereniging Vrijbit,

Mevr. J.M.T. Wijnberg-voorzitter

HANDTEKENING