



De Staatssecretaris van Justitie en Veiligheid
Postbus 20301
2500 EH DEN HAAG

Datum
3 augustus 2023

Ons kenmerk
z2023-02188

Uw brief van
13 april 2023

Contactpersoon
-

Uw kenmerk
4308957

Onderwerp
Advies over het concept voor de Wet testen bij vertrek

Geachte heer Van der Burg,

Bij brief van 13 april 2023 is de Autoriteit Persoonsgegevens (AP) op grond van het bepaalde in artikel 36, vierde lid, van de Algemene verordening gegevensbescherming (AVG), geraadpleegd over het voorstel tot wijziging van de Vreemdelingenwet 2000 teneinde te voorzien in de mogelijkheid bij uitzetting of overdracht te onderzoeken of een vreemdeling lijdt aan een ernstige besmettelijke ziekte (Wet testen bij vertrek) (hierna: het concept).

De AP heeft gezien of het concept met betrekking tot de verwerking van persoonsgegevens strookt met het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie (EU), de algemene rechtsbeginselen van de EU, de AVG en het overige relevante recht, waarbij voldoende aannemelijk moet zijn gemaakt dat onder meer voldaan wordt aan het evenredigheidsbeginsel, doordat:

1. het concept geschikt is om de nagestreefde doelstelling van algemeen belang of de eisen van de bescherming van de rechten en vrijheden van anderen te verwezenlijken (geschiktheid);
2. het doel niet redelijkerwijs even doeltreffend kan worden bereikt op een andere wijze, die de grondrechten van de betrokkenen minder aantast (subsidiariteit);
3. de inmenging niet onevenredig is aan dat doel, wat met name een afweging impliceert van het belang van het doel en de ernst van de inmenging (proportionaliteit);
4. het concept voldoende duidelijk en nauwkeurig is over de reikwijdte en in de toepassing voorspelbaar is (rechtszekerheid);
5. het concept voldoende aangeeft in welke omstandigheden en onder welke voorwaarden persoonsgegevens kunnen worden verwerkt, en aldus waarborgen stelt ter bescherming van persoonsgegevens (inhoudelijke en procedurele waarborgen); en
6. het concept verbindend is naar nationaal recht (grondwettigheid).



Datum

3 augustus 2023

Ons kenmerk

z2023-02188

De AP is van oordeel dat de proportionaliteit van de regeling over gedwongen onderzoek onvoldoende is geborgd (punt 3) en dat niet duidelijk genoeg is welke regels worden gesteld ter waarborging van de persoonlijke levenssfeer van de vreemdeling (punt 5). De AP heeft op deze punten bezwaar tegen het concept en adviseert de procedure niet voort te zetten, tenzij het bezwaar is weggenomen.

Hoofdlijn

- Breng in de delegatiegrondslag expliciet tot uitdrukking dat regels over gedwongen onderzoek uitsluitend kunnen worden vastgesteld indien het onderzoek dat het bestemmingsland verlangt proportioneel is.
- Maak op wetsniveau beter inzichtelijk welke regels bij ministeriële regeling worden gesteld ter waarborging van de persoonlijke levenssfeer van de vreemdeling.

Strekking van het concept

Het concept regelt de mogelijkheid om bij uitzetting of overdracht¹ van een vreemdeling te onderzoeken of diegene lijdt aan een bij ministeriële regeling aangewezen ernstige besmettelijke ziekte.² Volgens het concept moet de vreemdeling aan zo'n onderzoek meewerken indien dit als vereiste wordt gesteld voor vertrek uit Nederland. Het concept bevat ook bepalingen voor het geval de vreemdeling aangeeft zich te verzetten tegen het onderzoek. Het onderzoek kan dan tegen de wil van de vreemdeling worden uitgevoerd, tenzij uitzetting of overdracht met minder strikte middelen kan worden gerealiseerd of persoonlijke omstandigheden van de vreemdeling hieraan in de weg staan. Ook moet de minister zich er – op basis van een oordeel van een (inrichtings)arts³ – van hebben vergewist of de te verwachten gevolgen en risico's voor de gezondheid van de vreemdeling in de weg staan aan het uitvoeren van het onderzoek tegen zijn wil. De uitkomst van het onderzoek en het oordeel van de (inrichtings)arts worden op grond van het concept meegedeeld aan de minister; het medisch beroepsgeheim wordt in zoverre doorbroken.⁴

Uit de toelichting blijkt het volgende over de achtergrond van het concept. Als een vreemdeling niet vrijwillig gehoor geeft aan de op hem rustende vertrekplicht, moet het mogelijk zijn dit vertrek af te dwingen. De COVID-19-epidemie heeft uitgewezen dat de huidige dwangmiddelen daarvoor niet altijd volstaan. Zeer veel landen werkten met een coronatest- of vaccinatievereiste bij inreis. Een aantal landen, zoals Niger en Bangladesh, hanteert dit vereiste nog steeds. Het ondergaan van een coronatest is onder de huidige regelgeving niet afdwingbaar. Vreemdelingen hebben daardoor de mogelijkheid hun uitzetting te voorkomen door niet mee te werken aan een coronatest. Geprobeerd is om met bestemmingslanden afspraken te maken over alternatieven, zoals bijvoorbeeld quarantaine, maar de meeste benaderde landen hebben dit niet als structureel alternatief geaccepteerd.

¹ Overdracht is aan de orde wanneer een andere EU-lidstaat verantwoordelijk is voor de behandeling van de asielaanvraag (zie p. 6 van de toelichting bij het concept). De grondslag voor overdracht is gelegen in Verordening (EU) nr. 604/2013 (Dublin III).

² Het concept spreekt over "een bij ministeriële regeling aangewezen infectieziekte waarbij een gegronde vermoeden bestaat van besmettelijkheid en ernstig gevaar voor de volksgezondheid." (zie het voorgestelde artikel 63b, eerste lid, Vreemdelingenwet 2000).

³ Het oordeel wordt gegeven door de inrichtingsarts die de vreemdeling behandelt, een andere inrichtingsarts of een medisch adviseur van de Dienst Justitiële Inrichtingen (zie het voorgestelde artikel 63b, vierde en vijfde lid, van de Vreemdelingenwet 2000).

⁴ Zie het voorgestelde artikel 63b, negende lid, van de Vreemdelingenwet 2000 en p. 14 van de toelichting bij het concept.



Datum

3 augustus 2023

Ons kenmerk

z2023-02188

Er moet volgens de toelichting ernstig rekening mee worden gehouden dat in de toekomst varianten van het COVID-19-virus voor aanhoudende reisvoorwaarden zullen zorgen of zich uitbreken van andere besmettelijke ziekten zullen voordoen met vergelijkbare gevolgen. Een test zal alleen in het uiterste geval onder dwang worden afgenomen.

Advies

Proportionaliteit

Op grond van het concept worden bijzondere persoonsgegevens (gegevens over gezondheid) verwerkt.⁵ De gegevensverwerking kan betrekking hebben op de uitkomst van een gedwongen invasief onderzoek naar een infectieziekte. Een dergelijk onderzoek vormt een inbreuk op de lichamelijke integriteit.⁶ Dit geldt ook voor een PCR-test (coronatest).⁷ De verwerking van de uitkomst van zo'n gedwongen onderzoek is alleen toegestaan als de inbreuk op de lichamelijke integriteit rechtmatig is.

In het concept wordt voor het gedwongen onderzoek aangesloten bij de eisen die het bestemmingsland stelt. Het gaat hierbij om de eis dat de vreemdeling wordt onderzocht, maar ook om de methode of intensiteit van het door het bestemmingsland verlangde onderzoek. Als uitgangspunt is verdedigbaar om in zoverre aan te sluiten bij de eisen van het bestemmingsland, omdat handhaving van het terugkeerbeleid hier het doel is en dat doel ook legitiem is en niet op een andere manier kan worden bereikt.⁸ Wel moet uiteraard ook aan het proportionaliteitsvereiste zijn voldaan (punt 3 van het toetsingskader).⁹ Er mag dus niet bij de eisen van het bestemmingsland worden aangesloten als die eisen disproportioneel zijn.

⁵ Artikel 9, eerste lid, van de AVG.

⁶ Zoals beschermd door artikel 3 van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie, artikel 8 van het Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden (EVRM) en artikel 11 van de Grondwet. Dat de lichamelijke integriteit onder het bereik van artikel 8 EVRM valt, wordt onder meer bevestigd in EHRM 25 september 2018, ECLI:CE:ECHR:2018:0925JUD007663911 (*Denisov/Oekraïne*), § 95.

⁷ Zie paragraaf 2.6 van de toelichting bij het concept en daarnaast bijvoorbeeld Rechtbank Noord-Holland 16 februari 2021, ECLI:NL:RBNHO:2021:1269 en Rechtbank Amsterdam 10 februari 2022, ECLI:NL:RBAMS:2022:418. PCR is de afkorting voor Polymerase Chain Reaction. Bij een PCR-test wordt een voorwerp (wattenstaaf) gedeeltelijk in de neus/neusholte en/of de mond/keelholte ingebracht en gedurende enkele seconden heen en weer bewogen om slijm af te nemen.

⁸ Zie punt 8 van de considerans van Richtlijn 2008/115/EG van het Europees Parlement en de Raad van 16 december 2008 over gemeenschappelijke normen en procedures in de lidstaten voor de terugkeer van onderdanen van derde landen die illegaal op hun grondgebied verblijven, *PbEU* 2008, L 348/98.

⁹ Zie bijvoorbeeld over een vaccinatieplicht voor kinderen op de kleuterschool: EHRM 8 april 2021, ECLI:CE:ECHR:2021:0408JUD004762113 (*Vavřička e.a./Tsjechië*), § 273 met verwijzing naar EHRM 15 november 2016, ECLI:CE:ECHR:2016:1115JUD002885911 (*Dubská and Krejzová/Tsjechië*), § 174-178. Vergelijk ook – over de proportionaliteit van coronamaatregelen in relatie tot artikel 11 EVRM (vrijheid van vergadering) – EHRM 15 maart 2022, ECLI:CE:ECHR:2022:0315JUD002188120 (*Communauté genevoise d'action syndicale (CGAS)/Zwitserland*), § 81 met verwijzing naar EHRM 15 oktober 2015, ECLI:CE:ECHR:2015:1015JUD003755305 (*Kudrevičius e.a./Litouwen*), §142-144 en 146. Vergelijk tevens – over de uitzetting van vreemdelingen die strafrechtelijk zijn veroordeeld – EHRM 18 oktober 2006, ECLI:CE:ECHR:2006:1018JUD004641099 (*Üner/Nederland*), § 54 en EHRM 2 augustus 2001, ECLI:CE:ECHR:2001:0802JUD005427300 (*Boultif/Zwitserland*), § 46.



Datum

3 augustus 2023

Ons kenmerk

z2023-02188

Omdat pas ten tijde van het vaststellen van de gedelegeerde regelgeving bekend zal zijn welke eisen het bestemmingsland stelt, zal bij die gelegenheid moeten worden voorzien in een proportionaliteitstoets; gedwongen onderzoek mag uitsluitend plaatsvinden als het onderzoek dat het bestemmingsland verlangt – mede gezien de aard van de inbreuk op de lichamelijke integriteit – proportioneel is.

De AP is van oordeel dat het wenselijk is uitvoering en transparante verantwoording van deze toets te waarborgen door deze inherente beperking aan de bevoegdheid van de lagere wetgever expliciet in de delegatiegrondslag tot uitdrukking te brengen. Dit geldt temeer omdat de uitkomst van het onderzoek volgens de toelichting kan worden doorgegeven aan de autoriteiten van het bestemmingsland.¹⁰

De AP adviseert om expliciet in de delegatiegrondslag tot uitdrukking te brengen dat regels over gedwongen onderzoek uitsluitend kunnen worden vastgesteld indien het onderzoek dat het bestemmingsland verlangt proportioneel is.

Waarborging persoonlijke levenssfeer

Het concept bepaalt dat bij ministeriële regeling regels worden gesteld ter waarborging van de persoonlijke levenssfeer van de vreemdeling.¹¹ De toelichting vermeldt dat bijvoorbeeld kan worden gedacht aan regels die waarborgen dat louter die gegevens worden verwerkt die noodzakelijk zijn om het beoogde doel te bereiken en dat deze gegevens zo spoedig mogelijk worden vernietigd.¹²

De AP is van oordeel dat uit het concept niet duidelijk genoeg blijkt welke regels bij ministeriële regeling worden gesteld ter waarborging van de persoonlijke levenssfeer van de vreemdeling. Die duidelijkheid moet wel op wetsniveau worden gegeven. Het gaat hier namelijk om regels die beogen waarborgen aan burgers te bieden ten aanzien van het gebruik van bevoegdheden door de overheid.¹³ Overigens kan ook niet worden volstaan met de regels die in de toelichting worden genoemd; er zal ook aandacht moeten zijn voor de vraag welke specifieke persoonsgegevens worden verwerkt en wie deze gegevens mogen inzien.

De AP adviseert om op wetsniveau beter inzichtelijk te maken welke regels bij ministeriële regeling worden gesteld ter waarborging van de persoonlijke levenssfeer van de vreemdeling.

¹⁰ Zie p. 21-22 van de toelichting bij het concept. Er zal vaak sprake zijn van doorgifte aan een derde land als bedoeld in hoofdstuk V van de AVG. De toelichting noemt als grondslag voor de doorgifte artikel 49, eerste lid, onder d AVG. Zie over deze grondslag in de context van het terugkeerbeleid: overwegingen 24 en 25 van Verordening (EU) 2019/1240 van het Europees Parlement en de Raad van 20 juni 2019 betreffende de oprichting van een Europees netwerk van immigratieverbindingfunctionarissen, L 198/88.

¹¹ Zie het voorgestelde artikel 63b, negende lid, van de Vreemdelingenwet 2000.

¹² Zie p. 22 van de toelichting bij het concept.

¹³ Zie in dat verband artikel 2.21 van de Aanwijzingen voor de regelgeving.



Datum

3 augustus 2023

Ons kenmerk

z2023-02188

Werklast

Het wetsvoorstel brengt enige uitbreiding van het volume van verwerkingen met zich mee. Aannemelijk is dat het concept de AP zal nopen tot beperkte extra inzet. Deze inzet is nog niet verdisconteerd in de financiering van de AP. Dit zal voorafgaand aan inwerkingtreding op passende wijze aan de Minister van Rechtsbescherming als verantwoordelijke bewindspersoon moeten worden geadresseerd. Dit ten behoeve van de begroting ten laste waarvan de AP wordt gefinancierd.

Openbaarmaking van het advies

De AP is voornemens dit advies niet eerder dan na vier weken openbaar te maken op de website www.autoriteitpersoonsgegevens.nl. Behoudens tegenbericht gaat zij ervan uit dat hiertegen geen bezwaar bestaat.

Hoogachtend,
Autoriteit Persoonsgegevens,

Monique Verdier
vicevoorzitter