

### **Onmogelijkheid tot versoepelen LCI-handreiking voor begeleide zelfafname/voorzorgzorgtesten COVID-19**

Hieronder wordt uiteengezet welke juridische voorwaarden van toepassing zijn bij het testen in de private sfeer, door bijv. bedrijven/werkgevers van hun werknemers en door scholen van hun leerlingen. Het gaat hierbij om testen bij mensen zonder klachten/bekende blootstelling. De test is daarmee vooral een test om te bezien of iemand besmettelijk is voor anderen en dus niet om te diagnosticeren of iemand zelf COVID-19 heeft. Deze notitie gaat niet in op zelftesten, daarvoor gelden andere kaders, maar momenteel is er nog geen CE-gemarkeerde zelftest voor COVID-19 beschikbaar.

#### Testen is aanbieden van zorg

Bij het aanbieden van testen door een werkgever of instelling aan de werknemers of leerlingen is er sprake van het aanbieden van zorg. Bij het testen op corona wordt namelijk iemands gezondheidstoestand beoordeeld<sup>1</sup>. Als er sprake is van 'het aanbieden van zorg' dan is de Wkkgz van toepassing. Deze wet vereist dat zorgaanbieders 'goede zorg' leveren, waarbij dit voor testen is ingevuld dat er sprake moet zijn van medische eindverantwoordelijkheid door een arts<sup>2</sup>.

Het belang van het van toepassing zijn van de Wkkgz is dat er dan een aantal belangrijke zaken automatisch van toepassing zijn, met name:

- a. de eis van het verlenen van goede zorg (waaronder bij het testen op een Covid-besmetting de medische eindverantwoordelijkheid van een arts valt)
- b. verantwoorde testafname, waaronder hygiëne-eisen en minimale deskundigheid
- c. toezicht daarop door de IGJ en
- d. omdat het testen plaatsvindt onder medische eindverantwoordelijkheid van een arts is ook het medische beroepsgeheim (Wgbo) van toepassing
- e. en via het medische beroepsgeheim is er ook meteen een oplossing voor een belangrijk AVG-probleem over de verwerking van de medische gegevens in deze private setting.
- f. Tot slot is het moeilijk uitlegbaar en wellicht politiek kwetsbaar waarom voor deze manier van testen deze eisen, die de geteste beschermen, niet zouden gelden, terwijl ze wel gelden in reguliere (GGD)teststraten.

#### Verwerken medische persoonsgegevens

Wellicht het grootste, en meest praktische, bezwaar om niet af te wijken van de huidige handreiking waarbij er eindverantwoordelijkheid van de arts wordt geëist is dat uitslag van de test een medisch persoonsgegeven is en dat voor de verwerking hiervan zeer strenge eisen gelden. Wanneer er geen arts betrokken is vervalt de AVG-grondslag voor het verwerken van testuitslagen, omdat er geen geneeskundige behandelovereenkomst meer is. Op dat moment wordt de werkgever of instelling, als opdrachtgever van degene die de testen uitvoert, verwerker van medische persoonsgegevens. En voor werkgevers of scholen is er geen grondslag om deze gegevens te verwerken.. Bovendien kunnen grote vragen ontstaan over hoe vrijwillig het testen is voor werknemers en leerlingen. Bij werknemers heeft dit te maken met een machtsverhouding in de werkgever-werknemer relatie. Bij leerlingen speelt naast een machtsverhouding nog mee dat zij in veel gevallen toestemming nodig hebben van beide ouders.

<sup>1</sup> Bij testen zonder voorafgaande indicatie voor besmetting is sprake van 'andere zorg' als bedoeld in artikel 1 van de Wkkgz, omdat de individuele gezondheidstoestand van een persoon wordt beoordeeld. Op het moment dat deze zorg bedrijfsmatig wordt aangeboden is er sprake van een zorgaanbieder in de zin van de Wkkgz en gelden de normen van deze wet.

<sup>2</sup> Dit is ook zo opgenomen in de huidige handreiking van het LCI: Handreiking testen binnen bedrijven en ondernemingen op COVID-19 | LCI richtlijnen (rivm.nl)

Het tonen en lezen van een testbewijs behelst niet de verwerking van persoonsgegevens. Indien private partijen meer doen met de testuitslag en dat te herleiden is tot de desbetreffende persoon, hebben zij wel een juridische grondslag nodig voor de verwerking van deze bijzondere, want medische, persoonsgegevens. De verwerking daarvan is in beginsel verboden. Dit verbod kan slechts worden opgeheven wanneer aan een van de voorwaarden genoemd in artikel 9, tweede lid, van de AVG is voldaan. Eén van die mogelijkheden is dat de verwerking is gebaseerd op uitdrukkelijke toestemming van betrokkene. De toestemming moet dan wel vrijelijk zijn gegeven.