

Privacy is een belangrijk goed

Iedereen heeft het recht om met rust gelaten te worden. Of niet?

Mr. F.J. Van Eeckhoutte, www.vaneckhoutte.eu

In bepaalde media wordt een wat te rooskleurig beeld geschetst over het vergeet-mij-principe dat sinds het Costeja Gonzalez-arrest¹ onderwerp van debat vormt. Hoe kom je van je online verleden af? Stel je voor: als je jouw naam googelt, verschijnt het kinderachtige artikel dat je ooit voor de schoolkrant schreef bovenaan in de zoekresultaten. En vlak daaronder een reactie op een YouTube-video die je ooit in een opwelling plaatste; de toon ervan bevalt je bij nader inzien totaal niet. En nu ben je aan het solliciteren, dus je wilt dat die informatie niet het eerste is wat HR-medewerkers zien als ze jouw naam intypen in Google voor een background check. Daar is nu een oplossing voor, aldus NRC.²

Google lanceerde in mei 2014 weliswaar een formulier waarmee Europeanen kunnen vragen om online zoekresultaten met persoonlijke gegevens te verwijderen, maar dat biedt allerm minst enige zekerheid dat de gewraakte webpagina's inderdaad uit de zoekresultaten van de zoekmachine zullen verdwijnen. Bijna de helft van de zgn. *removal requests* betreft persoonlijke gegevens zoals woonadres, inkomensgegevens, politieke voorkeur of informatie m.b.t. het arbeidsverleden. In bijna 60% van de gevallen weigert de zoekmachine de gegevens te verwijderen. Vooral als de informatie het professionele leven van de betrokkene betref, lijkt verwijdering geen sinecure. Verder blijft succes uit als de informatie nog steeds relevant en actueel is, en voor het publiek interessant kan zijn.³

Ook de (Nederlandse) voorzieningenrechter lijkt tot op heden niet geneigd om het recht op bescherming van de persoonlijke levenssfeer van een individu te laten prevaleren boven het informatierecht van de zoekmachine en haar gebruikers.⁴ De voorzieningenrechter volgt het Costeja-arrest op grond waarvan een betrokkene zich kan verzetten tegen het tonen van zoekresultaten die ontoereikend, irrelevant of bovenmatig

1 Arrest HvJ EG 13 mei 2014, C-131/12, ECLI:EU:C:2014:317;

http://en.wikipedia.org/wiki/Google_Spain_v_AEPD_and_Mario_Costeja_Gonz%C3%A1lez

2 <http://www.nrc.nl/handelsblad/van/2014/mei/13/europees-hof-google-moet-oude-data-soms-wissen-1374783>

3 The Economist, 4 oktober 2014, the Right to be forgotten, Drawing the line.

4 Rb Amsterdam 18 september 2014, ECLI:NL:RBAMS:2014:6118 en Rb Amsterdam 12 februari 2015, ECLI:NL:RBAMS:2015:716.

zijn ten aanzien van het doel van de betrokken verwerking door de zoekmachine, maar beklemtoont dat het daarbij vooral gaat om toetsing van het zoekresultaat ten opzichte van de zoekvraag, en niet zozeer om de vraag of de inhoud van de gevonden artikelen zelf ontoereikend, irrelevant of bovenmatig is. Dat is een overweging die vragen oproept, nu immers ontoereikendheid, irrelevantie of bovenmatigheid van zoekresultaten niet getoetst kunnen worden, zonder een vergelijkbare beoordeling van de onderliggende artikelen waarnaar die zoekresultaten verwijzen.

De voorzieningenrechter laat er geen misverstand over bestaan; een beroep op artikel 36 en 40 Wbp⁵ is niet bedoeld om het bestaande juridisch beoordelingskader voor onrechtmatige perspublicaties te omzeilen en evenmin bedoeld om onwelgevallige maar niet onrechtmatige artikelen via de omweg van een verwijderingsverzoek aan een zoekmachine-exploitant aan het zicht van het publiek te onttrekken.

wettelijk kader

Het wettelijk kader waarin de beoordeling van de *removal request* moet worden geplaatst bestaat uit diverse vlakken. Ten eerste moet het gaan om persoonsgegevens. Indien persoonsgegevens van een betrokkene worden gepubliceerd op internet, staat per definitie vast dat die persoonsgegevens voor een onbeperkt aantal mensen toegankelijk worden, waardoor een betrokkene door die gegevens wordt geïdentificeerd of identificeerbaar is. In een dergelijk geval komt aan een betrokkene een beroep toe op het recht op bescherming van zijn persoonlijke levenssfeer.⁶

Het recht op bescherming van zijn persoonlijke levenssfeer is een grondrecht. Dat grondrecht ligt niet alleen verankerd in de Nederlandse rechtsorde, maar ook in het recht van de Europese Gemeenschap en van het EVRM.⁷

Ten tweede moet het gaan om persoonsgegevens die worden *verwerkt*. De activiteit van een zoekmachine, zoals Google Search, moet worden gekwalificeerd als „verwerking van persoonsgegevens” wanneer deze informatie persoonsgegevens bevat. Die activiteit bestaat erin door derden op het internet gepubliceerde of opgeslagen informatie te vinden, automatisch te indexeren, tijdelijk op te slaan en, ten slotte, in een bepaalde *rangschikking* ter beschikking te stellen aan internetgebruikers,

⁵ Wet bescherming persoonsgegevens.

⁶ . ref. HvJ-EG, 20 mei 2003, C-465/00 (Österreichischer Rundfunk), para. 74.

⁷ Europese Verdrag tot bescherming van de Rechten van de Mens en de Fundamentele Vrijheden, Rome 4 november 1950.

Volgens artikel 6 Privacyrichtlijn⁸ moet de verantwoordelijke - in dit verband de zoekmachine - verzekeren dat de persoonsgegevens eerlijk en rechtmatig worden verwerkt.

Ten derde moet de verantwoordelijke verzekeren dat die gegevens voor welbepaalde, uitdrukkelijk omschreven en gerechtvaardigde doeleinden worden verkregen en vervolgens niet worden verwerkt op een wijze die onverenigbaar is met die doeleinden. En tot slot moet de verantwoordelijke verzekeren dat die persoonsgegevens ter zake dienend en niet bovenmatig zijn, uitgaande van de doeleinden waarvoor zij worden verzameld en verwerkt.

De privacyrichtlijn is in Nederland geïmplementeerd in de Wbp. De bepalingen van de Wbp moeten derhalve, waar nodig, worden begrepen en uitgelegd in het licht van de privacyrichtlijn en met inachtneming van de relevante jurisprudentie van het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen.

Een zoekmachine zoals Bing of Google moet als de verantwoordelijke in de zin van artikel 1 sub d Wbp worden aangemerkt.⁹ Immers, ook als zij de (web)artikelen geschreven door andere media, dan nog geldt dat de zoekmachine(-eigenaar) het doel en de middelen voor de verwerking van die gegevens via de zoekmachine vaststelt.

In die hoedanigheid moet de zoekmachine erop toezien dat de door haar verwerkte persoonsgegevens nauwkeurig zijn en, zo nodig, worden bijgewerkt, en, dat die gegevens niet langer worden bewaard dan noodzakelijk is voor de verwezenlijking van de doeleinden waarvoor zij worden verzameld of verwerkt. In die context moet de zoekmachine alle redelijke maatregelen nemen om de gegevens die niet aan deze vereisten voldoen, te wissen of te rectificeren.¹⁰

Het lijkt een gedane zaak, maar in de praktijk lijkt inwilliging van een *removal request*, met andere woorden respect voor de privacy van het individu een moeizame, weerbarstige exercitie te zijn. Toegeven, zoekmachines vervullen een belangrijke

⁸ Richtlijn nr. 95/46/EG van het Europees Parlement en de Raad van de Europese Unie van 23 november 1995 betreffende de bescherming van natuurlijke personen in verband met de verwerking van persoonsgegevens en betreffende het vrije verkeer van die gegevens.

⁹ ref dictum 1 Costeja arrest

¹⁰ r.o. 72 Costeja-arrest

maatschappelijke functie en helpen de internetgebruiker bij het zoeken naar de informatie waarnaar hij of zij op zoek is. De rechter vreest dat functie van catalogus, die de zoekmachine in feite is, ernstig zou worden belemmerd indien strenge beperkingen aan de werking ervan zou worden opgelegd. Daarmee zou de zoekmachine aan geloofwaardigheid inboeten.¹¹ Dat is al een eerste reden om een zoekmachine te ontzien.

De functie van catalogus wordt evenwel niet ernstig belemmerd indien zoekresultaten (die worden weergegeven na het zoeken op naam van een betrokkene) worden verwijderd, die verwijzen naar futiele, onware en/of diffamerende (web)artikelen die het recht op bescherming van de persoonlijke levenssfeer van de desbetreffende betrokkene aantasten. Een internetgebruiker heeft geen redelijkerwijs te respecteren belang bij kennisname van dergelijke onzinnige zoekresultaten. Anders gezegd: zoekresultaten waar niemand op zit te wachten of waar niemand redelijkerwijs in geïnteresseerd kan zijn ("who cares?!"). Dergelijke verwijderingen doen de geloofwaardigheid van de zoekmachine noch in kwalitatief noch in kwantitatief opzicht inboeten. Omgekeerd kan enige opschoning van de databanken van zoekmachines nu juist de geloofwaardigheid doen toenemen. De relevantie van zoekresultaten neemt per definitie toe; met andere woorden de internetgebruiker vindt sneller wat echt voor hem of haar relevant is.

Verder staat de aanname dat de weergave van zoekresultaten zonder menselijke tussenkomst plaatsvindt, de praktische uitvoering van de privacywetgeving in de weg.

verwerkingsgrond

Toch zal altijd getoetst moeten worden of de zoekmachine als verantwoordelijke heeft voldaan aan de verplichtingen die de Wbp en de Gemeenschap haar oplegt. De zoekmachine dient er volgens artikel 15 Wbp voor te zorgen dat de verwerking van de persoonsgegevens voldoet aan de eisen van – onder meer – artikel 8 Wbp.

De zoekmachine kan in casu slechts de in artikel 8 sub f Wbp¹² genoemde verwerkingsgrond inroepen. De in artikel 8 sub f Wbp genoemde verwerkingsgrond

¹¹ T.a.p. r.o. 4.2

¹² Artikel 8 WBP: Persoonsgegevens *mogen slechts worden verwerkt indien:*

a. de betrokkene voor de verwerking zijn ondubbelzinnige toestemming heeft verleend (..) of
f. de gegevensverwerking noodzakelijk is voor de behartiging van het gerechtvaardigde belang van de verantwoordelijke of van een derde aan wie de gegevens worden verstrekt, tenzij het belang of de fundamentele rechten en vrijheden van de betrokkene, in het bijzonder het recht op bescherming van de persoonlijke levenssfeer, prevaleert.

houdt in dat de gegevensverwerking door een zoekmachine noodzakelijk moet zijn voor de behartiging van het gerechtvaardigde belang van haarzelf en de gebruikers voor wie zij de gegevens ontsluit. Daarbij moet de bescherming gelden voor alle gegevens betreffende een geïdentificeerde of identificeerbare persoon.¹³

journalistieke exceptie

De journalistieke exceptie van artikel 3 Wbp "de verwerking van persoonsgegevens voor uitsluitend journalistieke (...) doeleinden" is niet van toepassing. Daaronder zijn te verstaan activiteiten om het publiek te informeren over onderwerpen van maatschappelijk belang.

Een zoekmachine verricht geen journalistieke werkzaamheden. Er is geen sprake van het verzamelen en analyseren en verwerken van informatie en het combineren van informatie uit verschillende bronnen. Er is geen sprake van het presenteren van een eigen meningsvorming in de vorm van een zelf samengesteld artikel met het doel een bijdrage te leveren aan het maatschappelijk debat. Het gaat bij de activiteiten van gedaagde niet om het in het algemeen informeren van het publiek over specifieke onderwerpen,

Het gaat bij de activiteiten van een zoekmachine slechts om het indexeren en opslaan van alle webpagina's en de ontsluiting van die databank door middel van woorden, die al dan niet in de opgeslagen webpagina's staan. Een zoekmachine publiceert de geïndexeerde informatie zonder verdere bewerking en zonder verder ingrijpen, behalve dat zij die informatie in de zoekresultaten rangschikt.

Het gaat bij de activiteiten van een zoekmachine dus niet om het in het algemeen informeren van het publiek over specifieke onderwerpen, maar om het indexeren en opslaan van alle webpagina's en de ontsluiting van die databank door middel van woorden die (al dan niet) in de opgeslagen webpagina's staan. Er is geen sprake van de journalistieke werkzaamheden, zoals het verzamelen en analyseren en verwerken van informatie, het combineren van informatie uit verschillende bronnen en het presenteren van het resultaat van eigen meningsvorming, dat alles in de vorm van een zelf samengestelde tekst, met het doel een bijdrage te leveren aan het maatschappelijk debat. Een zoekmachine publiceert geïndexeerde informatie zonder verdere verwerking.

¹³ overwegingen 12 en 26 van de considerans van de Privacyrichtlijn.

persoonsgegevens voor iedereen toegankelijk

Van een beveiliging van de persoonsgegevens in de zin van art 13 Wbp¹⁴ is bij een zoekmachine geen sprake. Integendeel. Een zoekmachine bevordert (indirect) dat inbreuk op de privésfeer van een betrokkene wordt gemaakt, gezien de wijze waarop een zoekmachine is opgezet; voor zover websitebeheerders niet zelf in hun metatags de indexering van hun webpagina's blokkeren, zijn de meeste zoekmachines technisch zo ingericht dat hun robots (indexeringssoftware) alle woorden en beeldmateriaal uit zoveel mogelijk websites - inclusief eigennamen, adressen, portretfoto's en andere persoonsgegevens - indexeren. Op basis van een welbepaalde - geheime en ondoorgroondelijke - formule of algoritme bepaalt een zoekmachine vervolgens welke zoekresultaten worden ter beschikking gesteld en in welke volgorde. Een betrokkene heeft daar absoluut geen controle over.

Door middel van bijvoorbeeld Google Search – die een gebruiker rechtstreeks doorverbindt met de aangeklikte website – komen de gegevens van een betrokkene gemakkelijk beschikbaar voor een onbeperkt publiek, wat ook uitdrukkelijk bedoeling van Google is. Dat brengt het gevaar mee dat die gegevens door willekeurige derden verder gebruikt worden voor welk doel dan ook, bijv. belediging en bespotten van een betrokkene, ongeacht de bestemming waarvoor de gegevens oorspronkelijk werden verzameld.¹⁵ Google en de voorzieningenrechter lijken daar vooralsnog geen oog voor te hebben.

Het verschil met een publicatie in een papieren krant is namelijk zeer groot, want een krantenbericht is na een dag oud nieuws en na een paar dagen wellicht alweer vergeten, terwijl een hetzelfde futiel bericht op internet via een zoekmachine een betrokkene tot in lengte van jaren blijft achtervolgen en zeker als het in de topresultaten bij het zoeken op zijn of haar naam verschijnt. Het krantenbericht op internet is dan geen eendagsvlieg, maar een kwelgeest die tot in lengte van jaren aan de naam van de betrokkene blijft kleven.

¹⁴ Art 13 Wpb: *De verantwoordelijke legt passende technische en organisatorische maatregelen ten uitvoer om persoonsgegevens te beveiligen tegen verlies of tegen enige vorm van onrechtmatige verwerking. Deze maatregelen garanderen, rekening houdend met de stand van de techniek en de kosten van de tenuitvoerlegging, een passend beveiligingsniveau gelet op de risico's die de verwerking en de aard van te beschermen gegevens met zich meebrengen. De maatregelen zijn er mede op gericht onnodige verzameling en verdere verwerking van persoonsgegevens te voorkomen.*

¹⁵ Advocaat-Generaal Kokott, Conclusie van 8 mei 2008 bij HvJ-EG, 16 december 2008, C-73/07 (Satamedia), para. 118).

Dit betekent dat een zoekmachine zich ervan bewust moet zijn dat met publicatie van persoonsgegevens op het internet niet slechts inbreuk op de privésfeer van een betrokkene wordt gemaakt, maar ook dat een betrokkene op die wijze wordt blootgesteld aan onaanvaardbare en niet te overziene risico's. AG Juliane Kokott wijst in haar Conclusie op de persoonlijke nieuwsgierigheid naar burens en bekenden en zelfs commerciële belangstelling, waaraan iemands privéleven bij publicatie van zijn persoonsgegevens wordt blootgesteld.¹⁶

Maar er zijn nog meer gevaren verbonden aan de publicatie van persoonsgegevens op internet. Zo wijst de Artikel-29-werkgroep¹⁷ in haar "*Opinion 5/2009 on online social networking*" op de gevaren van identiteitsfraude, financieel nadeel, zakelijke benadeling of benadeling van arbeidsmogelijkheden etc.

Een zoekmachine zorgt voor de eenvoudige en onbeschermdere ontsluiting van persoonsgegevens. De eenvoud van die ontsluiting schuilt in de toppositie die de zoekresultaten innemen. Met als gevolg dat de persoonsgegevens van een betrokkene alomtegenwoordig blijven.

Belangenafweging

Art 36 wbp bepaalt dat degene aan wie kennis is gegeven van hem betreffende persoonsgegevens, de verantwoordelijke kan verzoeken deze te verbeteren, aan te vullen, te verwijderen, of af te schermen indien deze feitelijk onjuist zijn, voor het doel of de doeleinden van de verwerking onvolledig of niet ter zake dienend zijn dan wel anderszins in strijd met een wettelijk voorschrift worden verwerkt.

Google wijst *removal requests* af met als reden o.a. dat de opname van de artikelen in haar databank "*nog steeds relevant en in het algemeen belang is*" en "*de toegankelijkheid van deze informatie het publieke belang dient*". Google doelt op het informatierecht; haar vrijheid om informatie te verspreiden en de vrijheid van gebruikers van Google Search om informatie te ontvangen.

Artikel 8 Wbp behelst naast de gronden die gegevensverwerking rechtvaardigen, dat bij

¹⁶ T.a.p. para. 93.

¹⁷ Samenwerkingsverband van nationale toezichhouders op het gebied van bescherming van persoonsgegevens in de EU op grond van artikel 29 Richtlijn 95/46.

elke verwerking moet zijn voldaan aan de beginselen van proportionaliteit en subsidiariteit. In dezelfde lijn stelt de Hoge Raad: inbreuk op belangen van betrokkene mag niet onevenredig zijn in verhouding tot het met de verwerking te dienen doel, en dit doel moet in redelijkheid niet op een andere, voor de betrokkene minder nadelige, wijze kunnen worden verwezenlijkt.¹⁸

Het evenredigheids- of proportionaliteitsbeginsel vindt zijn bron in artikel 8 EVRM en houdt in dat de inbreuk op de belangen van de bij de verwerking van persoonsgegevens betrokkene niet onevenredig mag zijn in verhouding tot het met de verwerking te dienen doel. Ingevolge het subsidiariteitsbeginsel mag het doel waarvoor de persoonsgegevens worden verwerkt in redelijkheid niet op een andere, voor de betrokkene minder nadelige wijze kunnen worden verwezenlijkt. Met andere woorden: indien al tot gegevensverwerking moet worden overgegaan, dient de verantwoordelijke in redelijkheid alle eventueel bestaande mogelijkheden te benutten om de inbreuk op de persoonlijke levenssfeer van betrokkene te beperken.

Het laat zich aanzien dat Google bij de weging van de proportionaliteit ten onrechte haar eigen (commerciële) belang en de belangen van de internetgebruikers (artikel 10 EVRM en artikel 7 Grondwet) laten prevaleren boven recht op privacy van een betrokkene die wil dat hij vergeten wordt (artikel 8 EVRM). Daarnaast blijkt niet dat Google überhaupt bij het subsidiariteitsbeginsel stil staat of wil staan. Het laatste woord is wat mij betreft hierover nog niet gezegd.

¹⁸ HR 9 september 2011 LJN BQ8097 en Conclusie (Santander/X).