

SUBSIDIARITEITSBEGINSEL IN VERGEET-MIJ-ZAKEN

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

In zijn uitspraak van 12 februari 2015 (ECLI:NL:RBAMS:2015:716) lijkt de voorzieningenrechter het subsidiariteitsbeginsel te willen honoreren in die zin dat gewraakte zoekresultaten lager worden gerangschikt, maar werpt een voorlopig onoverkomelijk obstakel op; de eiser moet stellen en bewijzen dat Google de rangschikking van haar zoekresultaten kan manipuleren. Deze stel- en bewijsplicht is ten aanzien van de eiser juridisch ongerechtvaardigd. Bovendien is die praktisch onuitvoerbaar nu niet over technische kennis over het rangschikkingssysteem van Google kan worden beschikt.

De bescherming van privacy staat hoog in het vaandel. Het privacydebat raakt alle maatschappelijke segmenten, zoals privacy op de werkvloer waar cameratoezicht en controle op internetgebruik ondanks redelijk uitgewerkte wet- en regelgeving toch nog steeds voor ongemak tussen ondernemers en werknemers zorgen.¹ Het privacydebat raakt ook de waarden van bijvoorbeeld de advocatuur, waar vertrouwelijkheid bepalend is voor de beroepsuitoefening.² Opsporingsdiensten luisterden tien jaar lang een advocatenkantoor af. Het College Bescherming Persoonsgegevens is er om de rechten van het individu te beschermen.³

Er zijn waarschuwingen dat privacy het op internet hard te verduren heeft en in gedrang komt na het publiceren van een tekst, het sturen van een bericht of het invullen van een formulier. Zelfs het bezoeken van een website verraadt al een hoop over de bezoeker. Bedrijven zoals Google, Facebook en Twitter leiden uit bezoekersgedrag gegevens af die de bezoekers ze niet vertellen.⁴

Googelen op de zoekterm 'privacy' levert talloze zoekresultaten op van overheidsinstanties, die informatie verschaffen variërend van cookies tot veilig bankieren, en commerciële bedrijven, aan wie een consument de bescherming van zijn privacy en dat van zijn gezinsleden kan overlaten. Ook Google noteert met haar webpage getiteld "Welkom bij het Privacybeleid van Google" hoog in haar eigen *ranking* van de zoekterm 'privacy'.⁵

Hoewel het recht op privacy is vastgelegd in artikelen 10 tot en met 13 van de Grondwet, is het recht op privacy geen absoluut recht. De verwerking van persoonsgegevens wordt nader geregeld in de Wet Bescherming Persoonsgegevens (Wbp). Naast de Wbp regelen onder meer de Wet bescherming persoonsgegevens BES, de Wet basisadministraties persoonsgegevens BES en de Wet Politiegegevens de bescherming van persoonsgegevens.

Maar staat de bescherming van privacy werkelijk zo hoog als al die wet- en regelgeving en beschermende instanties doen voorkomen? Het Europese Hof van Justitie oordeelde in mei 2014 dat personen een verzoek moeten kunnen indienen bij zoekmachines als ze vinden dat zoekresultaten

¹ <https://cbpweb.nl/nl/onderwerpen/cameratoezicht/cameratoezicht-op-de-werkplek> en http://www.fnv.nl/themas/or_en_pvt/or_en_privacy/artikelen/cameras/

² Advocatenblad 2015, nr 4, pag. 19, Facebook van de privacy

³ <https://www.cbpweb.nl>

⁴ Hoe Google weet Wat Wij Niet Vertellen, gepubl. Classity; www.classity.nl/beveiligingsnieuws/hoe-google-weet-wat-we-niet-vertellen

⁵ www.google.nl/intl/policies/privacy/: dat beleid geeft inzicht in de gegevens die Google verzamelt wanneer u google-services gebruikt, waarom ze die verzamelt en wat ze hiermee doet.

fout of irrelevant zijn.⁶ Ze hebben *onder bepaalde omstandigheden* het ‘recht om te worden vergeten’. In het kielzog van dat arrest zette Google een formulier online waarmee mensen konden vragen om zoekresultaten met hun naam erin te laten verwijderen. Op het formulier konden mensen aangeven welke zoekresultaten moesten worden verwijderd en waarom. Even leek het dat een persoon het voortaan eenvoudig kon winnen van mastodonten en het dus daadwerkelijk mogelijk zou zijn om als het ware digitaal te verdwijnen. De euforie bleek van korte duur. Google is niet erg geneigd om aan de talloze verzoekende burgers te voldoen.⁷ De twee (en anno 2015 enige) pogingen van Nederlandse personen liepen bij het gerecht spaak.⁸

Het recht op privacy is relatief ten opzichte van andere rechten, zoals het informatierecht van het publiek, recht op veiligheid/veilige openbare orde of het recht op persvrijheid.⁹ Die relativiteit blijkt uit o.a. artikel 8 Wbp en de wetsgeschiedenis bij dat artikel: *“Gelet op de aard van de inbreuk op de privacy is een belangenafweging van geval tot geval nodig. Daarbij dient onder meer gelet te worden op de aard van de in het geding zijnde taak en de aard van de betrokken gegevens.”*¹⁰

Daarmee Google gesteld voor een belangenafweging per individueel geval, waarbij zij beginselen van proportionaliteit en subsidiariteit in acht moeten nemen. Beide vereisten worden veelvuldig gerelateerd in privacyproblematiek en privacyregelgeving.¹¹ Bij de weging van de proportionaliteit laat Google ten onrechte haar eigen (commerciële) belang en de belangen van de internetgebruikers (artikel 10 EVRM en artikel 7 Grondwet) prevaleren boven recht om te worden vergeten (artikel 8 EVRM).¹² Daarnaast blijkt niet dat Google zich überhaupt om het subsidiariteitsbeginsel bekommerd, met andere woorden nagaat of zij haar doel kan bereiken met een voor de betrokken persoon laagst mogelijke impact.

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.¹³ Voor zover uit de afweging van de proportionaliteit rolt dat het belang van Google Inc. het privacybelang van een betrokkene prevaleert, dient het subsidiariteitsbeginsel te worden toegepast. Indien tot gegevensverwerking wordt overgegaan, dient de verantwoordelijke in redelijkheid alle eventueel bestaande mogelijkheden te benutten om de inbreuk op de persoonlijke levenssfeer van betrokkenen te beperken.

Bij toepassing van het subsidiariteitsbeginsel treft de rechtbank in de Container-zaak een kennelijk onoverbrugbaar obstakel op de weg:

⁶ Google Spain v AEPD and Mario Costeja gonzalez, EHvJ 13 mei 2014 ECLI:EU:C:2014:317.

⁷ Peter Olsthoorn in MediaForum 2015-2, pag 69: “Voor Nederland is het totaal aantal URL’s waarvoor personen met connecties met dit land verwijderingsverzoeken bij Google hebben ingediend 39.006 URL’s en hiervan is 58,5% ook daadwerkelijk verwijderd”. David Gilbert in International Business Times stelt dat Google 70% van de zgn. *removal requests* afwijst (<http://www.ibtimes.co.uk/right-be-forgotten-google-rejects-70-250000-removal-requests-1501029>).

⁸ Vzr Amsterdam 18 september 2014 ECLI:NL:RBAMS:2014:6118 (en HB Hof Amsterdam 31 maart 2015 ECLI:NL:GHAMS:2015:1123) en Vzr Amsterdam 13 februari 2015 (ECLI:NL:RBAMS:2015:716).

⁹ Mr. F.J. Van Eeckhoutte, Het recht om te worden vergeten en de vrijheid van meningsuiting, www.vaneeckhoutteadvocaten.nl/ArtPrivacy01.html.

¹⁰ TK- vergaderjaar 1997-1998, 25 892, nr. 3, p. 81.

¹¹ zie de Gedragscode Persoonlijk Onderzoek van het Verbond van Verzekeraars en is ook Hoge Raad 09 september 2011 BQ8097 en Conclusie (Santander/X).

¹² Mr. F.J. Van Eeckhoutte, Iedereen heeft het recht om met rust gelaten te worden. Of niet?, www.vaneeckhoutteadvocaten.nl/ArtMetRustGelaten01.html.

¹³ Zie o.a. Hof Arnhem-Leeuwarden 4 november 2014 ECLI:NL:GHARL:2014:8585.

“Toewijzing van het subsidiair gevorderde is evenmin aan de orde, reeds omdat Google Inc onweersproken heeft gesteld dat het technisch niet mogelijk is het zoekresultaat te beïnvloeden in die zin dat kan worden gemanipuleerd op welke pagina een gevonden URL wordt getoond.”¹⁴

Deze rechtsoverweging is niet op zichzelf staand; ook in andere zaken loopt de uitwerking van het subsidiariteitsbeginsel spaak. Het lijkt erop dat de rechterlijke macht aan de toetsing van het subsidiariteitsbeginsel maar bitter weinig woorden wil verspillen, in ieder geval niet daadwerkelijk zoekt naar een adequate invulling van dat beginsel.¹⁵

In de vorenbedoelde Container-zaak zou een bottom ranking een realistischer kijk geven op de persoon van eiser, een topman van KPMG die een paar jaren tevoren ten prooi was gevallen van een ordinaire *gossip* van de Telegraaf. Door de top ranking van de zgn. container-verhalen, kon een onjuist beeld over zijn aard ontstaan, namelijk een topman die tegen beter weten in nog liever in een container bivakkeert dan netjes zijn rekening te betalen. Alsof dat het eerste en belangrijkste is wat over eiser moest gezegd?! Het verhaal dat de Telegraaf had gekopt en door andere media klakkeloos was overgenomen (en over internet was verspreid) was niet slechts aantoonbaar onjuist en futiel - het was een roddel die niet bijdroeg aan een maatschappelijk debat -, het stamde uit 2012.

De overweging van de voorzieningenrechter in de Container-zaak wekt opzien, omdat het neerkomt op omkering van de stel- en bewijslast. Daar waar stel- en bewijslast in beginsel liggen bij de partij die de persoonsgegevens wil verwerken¹⁶, moest de topman stellen en bewijzen dat Google in praktisch en technisch opzicht aan het subsidiariteitsbeginsel kon voldoen; een schier onmogelijke opgave, want hoe moest hij bewijzen dat het technisch mogelijk was het zoekresultaat te beïnvloeden in die zin dat kan worden gemanipuleerd op welke pagina een gevonden URL wordt getoond.

De eiser had ter invulling van het subsidiariteitsbeginsel gevorderd de gewraakte URL's met de container-verhalen een bottom ranking te geven. Dit met de wetenschap dat dit een minder vergaande inbreuk zou zijn op zijn persoonlijke levenssfeer. Door die URL's een *bottom ranking* te geven in plaats van een top ranking, zou Google het subsidiariteitsbeginsel correct invullen. Maar Google stelde ter zitting dat zij die ranking niet kon manipuleren, een menselijke interventie waarmee de URL's lager worden gerangschikt is niet mogelijk, aldus de advocaat van Google. Dat lijkt ongelooftwaardig, al is tegenbewijs moeilijk te leveren.¹⁷

In haar drang om de commercieel beste zoekresultaten te leveren, maakt Google Inc. van een aantal technische ingrediënten gebruik die bepalen of een webpagina op een bepaalde zoekterm in het

¹⁴ R.o. 4.9 Vzv Amsterdam 13 februari 2015 (ECLI:NL:RBAMS:2015:716).

¹⁵ HR 9 september 2011 LJN BQ8097 (BKR-registratie): “[het] belang kan niet op andere, minder belastende wijze worden gerealiseerd”; zie ook: Gerechtshof 's-Hertogenbosch 19 augustus 2014 ECLI:NL:GHSHE:2014:2803 (Belastingdienst opvraging): “Werkwijze voldoet aan eisen van proportionaliteit en subsidiariteit. De Wet bescherming persoonsgegevens staat niet aan afgifte in de weg omdat de overheid nu eenmaal deze gegevens moet kunnen opvragen.”

¹⁶ Vzv Amsterdam, 29 oktober 2009, domjur 2011-760 (123Video-Ziggo): “3.9 Video heeft onvoldoende aannemelijk gemaakt dat er in het onderhavige geval geen minder ingrijpende mogelijkheden bestonden de door haar benodigde gegevens van [S] te achterhalen.”

¹⁷ Zie echter Mariella Moon, FTC report reveals how Google manipulated its search results, 20 maart 2015, www.engadget.com/2015/03/20/ftc-report-google-search-bias/, zie ook Tansy Woan, Searching for an Answer: Can Google Legally Manipulate Search Engine Results?, 16 J. Bus. L. 294 (2014), pag 303, <http://scholarship.law.upenn.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1463&context=jbl>: “Search engine bias creates significant opportunity for abuse. Search engine operators such as Google and Microsoft have the power to manipulate search results in ways that serve their own company's interests.”

zoekresultaat hoger of lager scoort; tot die ingrediënten behoren onder andere het gewicht of kaliber van de website of webpagina (voorheen de zgn. page ranking) en het aantal links naar die webpagina. Maar ook de inhoud van de webpagina zelf en de metatags van die pagina spelen bij de rangschikking een rol.

Google heeft alles onder controle, behalve naar eigen zeggen haar ranking systeem. Zo kan het verkeren dat een persoon door zoekresultaten wordt achtervolgd die in de vergetelheid behoren te zijn geraakt, maar door Google Inc. kunstmatig *alive and kicking* worden gehouden.