

Google/Costeja en wat daarop volgde

Gerrit-Jan Zwenne¹

1 Inleiding

Google bestaat bijna 25 jaar, ongeveer vijftien jaar langer dan JBP, en heeft inmiddels aanleiding gegeven voor vier belangrijke arresten van het Hof van Justitie. In het eerste en meest bekende arrest, *Google/Costeja*, beantwoordt het Hof vragen over de toepassing van privacywetgeving² op een zoekmachine en over wat inmiddels wordt aangeduid als 'het recht op vergetelheid'. In drie daaropvolgende arresten beantwoordt het Hof vragen over de reikwijdte en betekenis van dat recht.

Ik bespreek *Google/Costeja* uitgebreid en vervolgens beknopter de drie daaropvolgende arresten: *Google/CNIL*, *GC e.a./CNIL* en *TU & RE/Google*.³ Ik rond af met een korte afsluitende beschouwing.

2 Google/Costeja

2.1 Aanleiding

Mario Costeja González, advocaat te Madrid, stoorde zich eraan dat internetgebruikers met behulp van de zoekmachine van Google konden zoeken op zijn naam en vervolgens in de zoekresultaten verwijzingen aantreffen naar oudere krantenberichten over de openbare verkoop van hem toebehorend onroerend goed, in verband met een beslag ter betaling van socialezekerheidsschulden. De desbetreffende krant was niet gehouden deze berichten uit haar archief te verwijderen. Costeja deed daarom een beroep op zijn verwijderings- en bezwaarrechten en verlangde dat Google deze zoekresultaten niet meer worden beschikbaar stelde als een internetgebruiker zocht op zijn naam.

In het arrest beantwoordde het Hof eerst een aantal belangrijke, meer technische vragen om vast te stellen dat de privacywetgeving van toepassing was. Vervolgens oordeelde het Hof dat Google inderdaad de zoekresultaten moest verwijderen, omdat deze ontoereikend, niet ter zake dienend of bovenmatig waren. Van belang daarbij was de gevoeligheid van de informatie en de omstandigheid dat deze informatie zestien jaar daarvoor is gepubliceerd, alsook dat er geen bijzondere redenen waren om meer gewicht toe kennen

¹ Gerrit-Jan Zwenne is hoogleraar bij de Universiteit Leiden en de Open Universiteit, alsmede advocaat bij Pels Rijcken te Den Haag.

² In deze bijdrage sluit ik aan bij het dagelijks taalgebruik waarin de term «privacywetgeving» wordt gebruikt om (ook) gegevensbeschermingswetgeving aan te duiden, dat wil zeggen: de Avg en de UAVg (enz.).

³ Op het Hof is Verordening (EU) 2018/1725 van toepassing. Het in deze verordening vastgelegde gegevensminimalisatiebeginsel was aanleiding voor een aanpassing van het procesreglement van het Hof, met als gevolg dat anders dan voorheen natuurlijke personen in de arresten niet meer met hun volledige naam werden aangeduid, maar met hun initialen. In plaats van Bodil Lindqvist, Peter Nowak en Mario Costeja González duiden we arresten nu dus aan als GC e.a., UI, TU & RW. Aldus Reglement voor de procesvoering van het Hof van Justitie van 25 september 2012, PB L 265 van 29.9.2012, aangepast op 26 november 2019, PB L 316 van 6.12.2019, p. 103.

aan het belang van het publiek om, in het kader van een zoekopdracht, wél toegang te krijgen tot de informatie.

De meer technische vragen die het Hof beantwoord zijn de volgende:

- In hoeverre kwalificeren de activiteiten van een zoekmachine als «verwerking van persoonsgegevens»?
- In hoeverre kan de zoekmachine worden geacht daarvoor «verwerkingsverantwoordelijke» te zijn?
- Wanneer kan worden gezegd dat er sprake is van verwerkingen «in het kader van een vestiging» van de zoekmachine in een lidstaat?

Vervolgens komt het Hof tot de materiële vraag over, wat inmiddels wordt aangeduid als 'het recht op vergetelheid'.

- Wanneer kan van een zoekmachine worden verlangd dat links uit de zoekresultatenlijst worden verwijderd?

Ik bespreek de vragen.⁴

2.2 In hoeverre kwalificeren de activiteiten van een zoekmachine als een verwerking van persoonsgegevens?

Een zoekmachine stelt gebruikers in staat om informatie te vinden op het internet. Om de zoekdienst aan te bieden indexeert de exploitant de op internet gepubliceerde of opgeslagen informatie, waarna hij deze informatie tijdelijk opslaat en vervolgens in de vorm van zoekresultaten beschikbaar stelt aan gebruikers. Volgens Google zouden deze activiteiten niet kunnen worden opgevat als verwerking van persoonsgegevens. Dit omdat ze alle op het internet vindbare informatie verwerkt zonder daarbij onderscheid te maken tussen persoonsgegevens en andere informatie. Voor Google is het niet duidelijk of zich persoonsgegevens bevinden in de door haar gevonden en geïndexeerde informatie, althans niet in enige andere zin dan dat webpagina's statistisch gezien waarschijnlijk persoonsgegevens bevatten.

Het Hof is daarvan niet onder de indruk. Google betwistte niet dat de activiteiten ook betrekking hadden op persoonsgegevens. De conclusie is dan ook dat deze activiteiten kwalificeren als «verwerking van persoonsgegevens».⁵

Van belang is of Google daarvoor heeft te gelden als de verwerkingsverantwoordelijke. Daarover liepen de meningen uiteen, zo blijkt uit de conclusie van de A-G en het arrest van het Hof.

⁴ Ik verwijs, evenals het Hof, daarbij naar zowel de relevante bepalingen uit Richtlijn 95/46/EG als de overeenkomende bepalingen uit de Avg. Zie o.a. HvJ EU 24 september 2019, C-507/17, ECLI:EU:C:2019:772, (Google/CNIL) nr. 41; HvJ EU 24 september 2019, C-136/17, ECLI:EU:C:2019:773, (GC e.a./CNIL) nr. 33; HvJ EU HvJ EU 20 december 2022, C-460/20, ECLI:EU:C:2022:962, (TU & RE/Google) nr. 80.

⁵ HvJ EU C-101/01, EU:C:2003:596, (Lindqvist), nr. 25.

2.3 In hoeverre kan de zoekmachine worden geacht voor deze verwerkingen verwerkingsverantwoordelijke te zijn?

De exploitant van de zoekmachine stelt het doel en de middelen vast van de ten behoeve van een zoekmachine verrichtte gegevensverwerkingen (indexeren, tijdelijk opslaan enz.). De exploitant heeft dus te gelden als verwerkingsverantwoordelijke. Een andere uitleg zou, overweegt het Hof, niet alleen in strijd zijn met de duidelijke bewoordingen van de begripsomschrijving in de richtlijn maar ook met de doelstelling daarvan, namelijk het waarborgen van 'een doeltreffende en volledige bescherming van de betrokkenen'.⁶

Het Hof ging daarmee voorbij aan de conclusie van A-G Jääskinen. Onder verwijzing naar het advies van WP29 daarover⁷ wees hij erop dat verwerkingsverantwoordelijkheid een functioneel begrip is dat is bedoeld om de verwerkingsverantwoordelijkheid te leggen daar waar er feitelijke zeggenschap is. Een exploitant van een zoekmachine heeft zelf geen controle over de persoonsgegevens die zijn te vinden op webpagina's van derden. Om deze redenen, stelt de A-G, kan deze exploitant niet worden opgevat als verwerkingsverantwoordelijke. Een andere uitleg zou met zich brengen dat zoekmachines in strijd zijn met het Unierecht, wat hij kwalificeerde als een 'absurde conclusie' ('I would find absurd.'). Daarvan zou sowieso sprake zijn waar het gaat om de bijzondere en strafrechtelijke persoonsgegevens, omdat daarvoor een verwerkingsverbod geldt.⁸

In het feitencomplex van het arrest was geen sprake van bijzondere persoonsgegevens, zodat het Hof zich daarover nog niet behoefde uit te laten. Later, in het *GC e.a./CNIL*, deed het Hof dat wel en met -- spoiler alert! -- een uitkomst die uiteindelijk toch minder absurd is dan de A-G veronderstelde. Ik bespreek dat in par. 3 van deze bijdrage.

2.4 Wanneer kan worden gezegd dat er sprake is van verwerkingen in het kader van een vestiging in een lidstaat?

Voor de territoriale toepassing van Richtlijn 95/46 en de Avg is relevant of de gegevensverwerking wordt verricht in het kader van de activiteiten van een vestiging van de verwerkingsverantwoordelijke op het grondgebied van een lidstaat. De vraag is dus in hoeverre de exploitant van de zoekmachine een vestiging heeft in een lidstaat. En, als dat zo is, of de gegevensverwerkingen worden verricht in het kader van de activiteiten van die vestiging.

Het was duidelijk dat Google Spain SL daadwerkelijk en reëel een activiteit verrichtte en aldus kwalificeerde als een vestiging van Google Inc.⁹ Volgens Google werden de desbetreffende gegevensverwerkingen echter niet verricht in het kader van de activiteiten van deze vestiging. De gegevens werden, zei de

⁶ Google/Costeja, nr. 34.

⁷ WP29 Advies 1/2010 over de begrippen "voor de verwerking verantwoordelijke" en "verwerker", WP169, goedgekeurd op 16 februari 2010.

⁸ Conclusie A-G Jääskinen van 25 juni 2013, C-131/12, ECLI:EU:C:2013:424 nr. 90.

⁹ Google/Costeja, nrs. 48-49.

zoekmachine-exploitant, verwerkt zonder enige tussenkomst van dochteronderneming Google Spain, die zich alleen bezighield met het ondersteunen van de reclameactiviteiten van het concern. Echter, voor het territoriale toepassingsbereik is niet vereist de persoonsgegevens worden verwerkt *dóór* de vestiging, maar alléén dat de verwerking plaatsvindt *in het kader van de* activiteiten van de vestiging. En daarvan was weldegelijk sprake. Google Spain verwerkte persoonsgegevens om de advertenties te verkopen die werden getoond naast de door de zoekmachine gevonden zoekresultaten. De activiteiten van de vestiging (zijnde: het plaatsen van advertenties die passen bij de bepaalde zoekresultaten) waren derhalve onlosmakend verbonden met de activiteiten van de zoekmachine (d.w.z. het vinden en vertonen van zoekresultaten). Deze gegevensverwerking werd verricht in het kader van de reclame- en handelsactiviteiten van de vestiging van de verwerkingsverantwoordelijke op het grondgebied van een lidstaat, in casu op het Spaanse grondgebied. Daarmee was duidelijk dat de verwerkingen vielen onder het territoriale toepassingsbereik van de richtlijn.¹⁰

2.5 Wanneer kan van een zoekmachine worden verlangd dat links uit de zoekresultatenlijst worden verwijderd?

Het antwoord van het Hof op deze vraag werd indertijd met scepsis ontvangen, om niet te zeggen verontwaardiging, vooral in de VS. Inmiddels is het arrest minder omstreden. Ook al geven individuele zaken soms nog steeds aanleiding tot veel discussie en debat, het is duidelijk dat het recht om te worden vergeten niet heeft geleid tot het einde van de informatievrijheid of het open internet.¹¹ En dat niet alleen omdat het Hof in zijn latere arresten, *GC e.a./CNIL*, *Google/CNIL* en *TU & RE/Google*, met belangrijke nuanceringen kwam, waarover in de hiernavolgende paragrafen meer.

Google vond dat niet van haar kan worden verlangd dat zij zoekresultaten verwijderde. Volgens Google moest het verzoek om verwijdering van bepaalde, op een webpagina bekendgemaakte informatie worden gericht aan de aanbieder van de desbetreffende website. Want die is in staat is om de rechtmatigheid van deze publicatie te beoordelen en die beschikt over de meest doeltreffende en minst restrictieve middelen om deze ontoegankelijk te maken. Anderen voerden wel aan dat zoekresultaten pas zouden kunnen worden verwijderd als de onrechtmatigheid van de desbetreffende informatie was vastgesteld – iets waar het Hof op ingaat in *TU & RE/Google*.¹²

Het Hof gaat daarin niet mee. Het wijst erop dat de activiteiten van een zoekmachine de gegevensbeschermingsrechten van iemand ernstig kunnen

¹⁰ Google/Costeja, nrs. 56-59.

¹¹ Zie bijv. 'Editorial: Ordering Google to Forget', The New York Times, 13 May 2014, te vinden via www.nytimes.com/2014/05/14/opinion/ordering-google-to-forget.html?hp&rref=opinion (laatst. geraadpl. 31 mei 2023); Jeffrey Rosen, 'The Right to be Forgotten', Stanford Law Review, Vol. 64, February 2012, te vinden via www.stanfordlawreview.org/online/privacy-paradox-the-right-to-be-forgotten/ (laatst. geraadpl. 31 mei 2023); Marcus Wohlsen, For Google, the 'Right to Be Forgotten' Is an Unforgettable Fiasco, Wired July 3, 2014 te vinden via: www.wired.com/2014/07/google-right-to-be-forgotten-censorship-is-an-unforgettable-fiasco/ (laatst. geraadpl. 31 mei 2023).

¹² Google/Costeja, nrs. 63-64.

aantasten, omdat internetgebruikers daarmee een 'gestructureerd overzicht' kunnen verkrijgen van de over iemand op het internet vindbare informatie 'die potentieel betrekking heeft op tal van aspecten van zijn privéleven en die, zonder deze zoekmachine, niet of slechts zeer moeilijk met elkaar in verband had kunnen worden gebracht'.¹³

Deze aantasting kan niet worden gerechtvaardigd door alleen het economisch belang van Google. De belangen van enerzijds de zoekmachine en de internetgebruiker en anderzijds die van de betrokkene moeten tegen elkaar worden afgewogen. Voor de wijze waarop geeft het Hof vervolgens aanwijzingen. Omstreden was het eigenlijk niet onderbouwde standpunt van het Hof dat de privacy- en gegevensbeschermingsrechten van de betrokkene in beginsel voorrang hebben op de belangen van internetgebruikers die zoeken naar informatie over deze betrokkene. Daarmee kende het Hof meer gewicht toe aan de privacy- en gegevensbeschermingsrechten (art. 7 en 8 Handvest) dan aan de informatievrijheid (art. 11 Handvest). De kritiek op het arrest betrof vooral dit standpunt.¹⁴

Het Hof merkt nog wel op dat 'in bijzondere gevallen' gewicht toekomt aan de gevoeligheid van de informatie die met de zoekmachine kan worden gevonden, alsmede aan het belang van het publiek om over deze informatie te kunnen beschikken – wat vooral wordt bepaald door de rol die de betrokkene (d.w.z. degene op wie ene zoekopdracht betrekking heeft) in het openbare leven speelt. Aan verwijderings- of vergeetverzoeken hoeft een zoekmachine dus niet te voldoen als de gegevens niet zo gevoelig zijn of als de verzoeker een politicus is of een televisiepersoonlijkheid, of anderszins een bekende persoon is. In verschillende latere procedures zien we dat de feitenrechter onder andere van belang acht of iemand zelf de publiciteit heeft gezocht of over zich af heeft geroepen.¹⁵

In zijn drie latere arresten komt het Hof met een uitwerking, en tot op zekere hoogte nuancering, van de reikwijdte en werking van dit recht op vergetelheid. Vertrekpunt daarbij is het in overweging 4 van de Avg neergelegde beginsel dat het gegevensbeschermingsrecht géén absolute gelding heeft, maar moet worden beschouwd in relatie tot de functie ervan in de samenleving en conform het evenredigheidsbeginsel moet worden afgewogen tegen andere fundamentele rechten en vrijheden.¹⁶

¹³ Google/Costeja, nr. 37.

¹⁴ S. Kulk en F. Zuiderveen Borgesius, 'Google Spain vs. Gonzalez: Did the court Forget about Freedom of Expression', *European Journal of Risk Regulation*, Vol. 5, No. 3 (2014), p. 389-398.

¹⁵ G.-J. Zwenne, 'Het vergeetrecht vijf jaar later', *Ars Aequi* 2019/7.

¹⁶ Google/CNIL nr. 60; GC e.a./CNIL nr. 57; TU & RE/Google nr. 56.

3 Google/CNIL

3.1 Aanleiding

In *Google/CNIL* gaat het Hof in op de territoriale werking van het vergeetrecht.¹⁷ Aanleiding was een besluit waarin de Franse privacytoezichthouder, CNIL, aan Google een boete oplegde, omdat Google volstond met verwijdering van de zoekresultaten uit het overzicht dat werd weergegeven als gebruik wordt gemaakt van de zoekmachines aangeboden onder een domeinnaam van de desbetreffende lidstaat (zoals google.fr, google.be, google.nl etc.). CNIL vond dat Google de zoekresultaten wereldwijd moest verwijderen, dus van al haar zoekmachines waar ook ter wereld aangeboden en onder welke domeinnaam dan ook. Ook vond de toezichthouder het onvoldoende dat Google, als tegemoetkoming, geoblocking was gaan toepassen, dat wil zeggen dat de zoekmachine de zoekresultaten ook verwijderde als was gebleken dat bij een zoekactie gebruik werd gemaakt van een IP-adres uit een EU-lidstaat.

De door het Hof te beantwoorden vraag is dan of de zoekmachine de zoekresultaten wereldwijd moet verwijderen, zoals CNIL verlangde, of alleen in de lidstaat van de desbetreffende internetgebruiker of in alle lidstaten van de Unie.

3.2 In hoeverre moet de exploitant van de zoekmachine zoekresultaten wereldwijd verwijderen?

Het Hof begint met de overweging dat zowel de richtlijn als de verordening een hoog niveau van bescherming van persoonsgegevens beogen, en dat verwijdering van zoekresultaten voor alle, waar ook ter wereld aangeboden zoekmachines volledig daaraan beantwoordt. Het maakt immers weinig uit via welke versie van een zoekmachine informatie over iemand kan worden gevonden. Ook als de zoekresultaten alleen via een buiten de Unie aangeboden zoekmachine te zien zijn, kunnen de gevolgen daarvan voor de desbetreffende betrokkene aanzienlijk zijn. Daarom zou voor de hand liggen dat de zoekresultaten wereldwijd worden verwijderd, uit alle versies van de zoekmachine, waar ook ter wereld aangeboden.¹⁸

Maar zo een wereldwijde verwijdering gaat het Hof toch te ver. Het noemt een aantal omstandigheden die zo een wereldwijd, voor alle versies van de zoekmachine geldend verwijderingsrecht, problematiseren. Zo stelt het vast dat veel landen buiten de Unie niet bekend zijn met het vergeetrecht of dit recht heel anders benaderen. Daarbij merkt het Hof op dat er wereldwijd nogal wat verschillen zijn waar het gaat om de afweging van het recht op bescherming van persoonsgegeven tegen de vrijheid van informatie van internetgebruikers.¹⁹

¹⁷ Deze paragraaf betreft een (ingrijpende) bewerking van de door Lars Groeneveld en mijzelf opgestelde annotatie van het arrest in Mediaforum 2020/3, p. 103-104.

¹⁸ Google/CNIL nrs. 54, 58.

¹⁹ Google/CNIL nrs. 59-60; daarover: J. Meeusen in zijn annotatie bij het arrest in SEW 2020/2, 98-101.

Het Hof stelt dan vast dat de gemeenschaps- resp. Uniewetgever nergens heeft bepaald dat er, wat betreft verwijderingsrechten, moet worden uitgegaan van een werkingssfeer die verder gaat dan grondgebied van de lidstaten.²⁰ De verordening biedt weliswaar de mechanismen waarmee toezichthouders samen kunnen komen tot een afweging van privacyrechten en de informatievrijheid. Maar die gaan niet over de reikwijdte van het vergeetrecht buiten de Unie.²¹ De verordening verlangt dus niet dat Google de zoekresultaten ook verwijdert uit de versies van zoekmachines die buiten de Unie worden aangeboden.²²

3.3 In hoeverre moet de exploitant van de zoekmachine zoekresultaten verwijderen uit alle zoekmachines in de Unie?

De Uniewetgever heeft ervoor gekozen om de gegevensbeschermingsregels vast te leggen in een voor alle lidstaten geldende verordening. En dat met het uitdrukkelijke doel om te komen tot een hoog, consistent en gelijkwaardig beschermingsniveau in alle lidstaten en om de belemmeringen voor het verkeer van persoonsgegevens binnen de Unie op te heffen.²³ Het Hof leidt daaruit af dat de zoekresultaten in beginsel in alle lidstaten moeten worden verwijderd.²⁴

Maar ook dat niet zonder meer. Het Hof stelt vast dat ook de belangenafweging over verwijderverzoeken van lidstaat tot lidstaat verschilt, onder andere omdat lidstaten bij nationale wet kunnen voorzien in eigen, lidstaat-specifieke uitzonderingen voor verwerkingen voor journalistieke doeleinden.²⁵ Als dergelijke verschillen tot problemen leiden, is het aan de nationale toezichthouders om die op te lossen. Het regelgevingskader biedt de instrumenten en mechanismen om gegevensbeschermingsrechten van betrokkenen te verzoenen met de belangen van het publiek bij het kunnen kennismaken van zoekresultaten.²⁶

Verder kan van Google worden verwacht dat ze doeltreffende maatregelen neemt om de rechten van de betrokkene te waarborgen. Google moet ontmoedigen dat de internetgebruikers in lidstaten via een zoekopdracht toegang hebben tot verwijderde zoekresultaten.²⁷ Het is aan de toezichthouder en nationale rechter om te beoordelen of de zoekmachine dit in voldoende mate heeft gedaan. Zij kunnen, na afweging van de onderscheiden belangen, zo nodig de zoekmachine-exploitant opdragen de

²⁰ Google/CNIL nr. 62.

²¹ Google/CNIL nr. 63.

²² Google/CNIL nr. 64.

²³ Overw. 10.

²⁴ Google/CNIL nr. 66.

²⁵ Google/CNIL nr. 67; zie resp. art. 9 van de richtlijn en art. 85 AVG en art. 43 van de Uitvoeringswet Avg.

²⁶ Google/CNIL nrs. 68-69.

²⁷ Google/CNIL nr. 70.

zoekresultaten wereldwijd te verwijderen uit alle versies van haar zoekmachines, waar ook ter wereld aangeboden.²⁸

In het arrest zien we dus een nuancering van het in *Google/Costeja* gehanteerde uitgangspunt dat de gegevensbeschermingsrechten in beginsel voorrang hebben op de rechten van internetgebruikers om kennis te kunnen nemen van persoonsgegevens. Het Hof vindt dat deze rechten niet, althans niet zonder meer, voorrang hebben als het gaat om de zoekresultaten die worden gepresenteerd bij gebruikmaking van een buiten de Unie aangeboden zoekmachine.

Opmerkelijk is dat het arrest zo een vier jaar later voor Autoriteit persoonsgegevens (AP)²⁹ aanleiding was om bij de Tweede Kamer aan te dringen op uitbreiding van de reikwijdte van het vergeetrecht, zodanig dat betrokkenen er aanspraak op kunnen maken dat op hen betrekking hebbende zoekresultaten wereldwijd worden verwijderd. In de Uitvoeringswet Avg zou dan, zo begrijp ik AP, aan haar de bevoegdheid moeten worden toegekend om dit uitgebreide, wereldwijde vergeetrecht te handhaven.³⁰

Erg goed doordacht lijkt deze wens – of dit proefballonnetje – van de toezichthouder niet. In het arrest heeft het Hof uitgelegd dat er wereldwijd, en in de onderscheiden EU-lidstaten, heel verschillend wordt gedacht over de afweging van enerzijds het belang bij gegevensbescherming en de informatievrijheid. Juist daarom acht het Hof het nodig dat lidstaten en nationale toezichthouders samenwerken om te komen tot consensus.³¹ Onduidelijk is hoe die, door het Hof opgemerkte verscheidenheid is te verenigen met een vergeetrecht dat op grond van de Nederlandse wet wereldwijd moet gaan gelden. En dat vervolgens wereldwijd moet worden gehandhaafd door een privacytoezichthouder die volgens velen nou niet bepaald bekend staat om zijn heel evenwichtige en onomstreden opvattingen over de toepassing van de verordening.³²

²⁸ Google/CNIL nrs. 71-72.

²⁹ Ik ga uit van de spellingswijze uit de Uitvoeringswet Avg. De toezichthouder wordt daarin aangeduid met een hoofdletter en een kleine letter: Autoriteit persoonsgegevens. Ik wijk daarmee dus af van de spellingswijze waaraan de toezichthouder zelf, om vooralsnog onopgehelderde redenen, de voorkeur geeft (nl. met twee hoofdletters).

³⁰ AP, brief van 26 januari 2023, kenm. 2023-01-AWO-ABR inzake 'Aanvullende thema's ter overweging bij de aankomende evaluatie UAVG en eerstvolgende wetswijziging UAVG', te vinden via: https://autoriteitpersoonsgegevens.nl/sites/default/files/atoms/files/brief_aanvullende_themas_evaluatie_en_eerstvolgende_wetswijziging_uavg.pdf (laatst. geraadpl. 31 mei 2023).

³¹ Google/CNIL nrs. 66-69.

³² Zie C. Prins, 'Toezichthouders en publiekelijke verantwoording', NJB 2021/1799; C. Prins 'Rutte IV: toezichtreflex en Autoriteit Persoonsgegevens', NJB 2022/233; M. van Eck, 'Grensverkenningen door de Autoriteit Persoonsgegevens', NJB 2022/2795; P. Hustinx, 'Onafhankelijk toezicht en publieke verantwoording – de AP 'revisited'', NJB 2023/885. Zie ook: T. van Gent, 'Verslag van Rapporteur, 'Twee jaar toepassing van de AVG', 15 januari 2021. En natuurlijk ook: European Commission, Letter to Mr Wolfsen, 6 March 2020, ref. Ref. Ares(2020)1417369-06/03/2020, te vinden via < <https://static.nrc.nl/2022/pdf/letter-dutch-dpa-legitimate-interest.pdf> > (laatst. geraadpl. 25 mei 2023).

4 GC e.a./CNIL

4.1 Aanleiding

In *GC e.a./CNIL* beantwoordde het Hof vragen over het vergeetrecht³³ in relatie tot het verbod op de verwerking van bijzondere gegevens en strafrechtelijke gegevens.³⁴ We zagen in het voorgaande al dat A-G Jääskinen er in zijn conclusie bij *Google/Costeja* had gewezen op de naar zijn mening 'absurde conclusie' dat, waar het gaat om de verwerking van bijzondere gegevens, de verwerkingen in het kader van zoekmachines in strijd zouden zijn met het Unierecht.³⁵ In dat arrest was daarvan evenwel geen sprake en dus kon het Hof daaraan voorbijgaan. In *GC e.a./CNIL* ging het echter wel om bijzondere en strafrechtelijke persoonsgegevens, te weten: gegevens over een vermeende intieme relatie van een burgemeester en een kabinetschef (gegevens over seksueel gedrag), alsmede gegevens over iemands betrokkenheid bij de Scientology Church (gegevens over religieuze overtuigingen), en ook gegevens over een gerechtelijk onderzoek en een strafrechtelijke veroordeling wegens aanranding van minderjarigen (resp. strafrechtelijke gegevens en gegevens over seksueel gedrag).

De betrokkenen verzochten Google om deze bijzondere en strafrechtelijke persoonsgegevens te verwijderen uit de zoekresultaten. In de daaropvolgende procedure stelde de rechter aan het Hof de vraag of het verwerkingsverbod voor bijzondere en strafrechtelijke persoonsgegevens ook van toepassing is op exploitanten van zoekmachines, en als dat zo is, in hoeverre deze exploitanten gebruik kunnen maken van de uitzonderingen op dat verbod. Ook vroeg de verwijzende rechter of zoekresultaten die verwijzen naar een gerechtelijke procedure of een veroordeling al dan niet kwalificeren als «strafrechtelijke gegevens», alsmede in hoeverre ermee rekening moet worden gehouden dat de uitkomst van een gerechtelijke procedure mogelijk niet meer actueel is.

4.2 Is het verwerkingsverbod voor bijzondere en strafrechtelijke persoonsgegevens van toepassing op verwerkingen in het kader van een zoekmachine?

Er is, volgens het Hof, geen reden om ervan uit te gaan dat het verwerkingsverbod niet van toepassing is op verwerkingen in het kader van een zoekmachine, alleen vanwege de specifieke kenmerken daarvan. Maar daarmee is niet gezegd dat de exploitant van een zoekmachine zonder meer zoekresultaten moet verwijderen als deze kwalificeren als bijzondere of strafrechtelijke persoonsgegevens. Er zijn uitzonderingen waarvan een exploitant van een zoekmachine in voorkomend geval gebruik kan maken. Daarover gaan de, in de volgende paragraaf te bespreken vragen.

³³ Deze paragraaf betreft een (ingrijpende) bewerking van mijn annotatie van het arrest in Mediaforum 2020/3, p. 103-104.

³⁴ Art. 8, eerste en vijfde lid, van de richtlijn resp. art. 9, eerste lid en art. 10 Avg.

³⁵ Conclusie A-G Jääskinen van 25 juni 2013, C-131/12, ECLI:EU:C:2013:424 nr. 90.

4.3 In hoeverre kan een zoekmachine gebruik maken van de uitzonderingen op dat verwerkingsverbod?

Voor de beantwoording van deze vraag bespreekt het Hof de relevante uitzonderingen op het verwerkingsverbod. De eerste betreft de uitdrukkelijke toestemming van degene op wiens naam kan worden gezocht met behulp van een zoekmachine.³⁶ Van deze uitzondering kan zoekmachine-exploitant evenwel geen gebruik maken omdat toestemming specifiek moet zijn,³⁷ wat bij een zoekmachine al snel onhaalbaar is. En, zelfs als er sprake was van toestemming, moet deze worden geacht te zijn ingetrokken door de betrokkene die het wissingsverzoek deed.³⁸

Een andere uitzondering betreft de openbaarmaking van de gegevens door de betrokkene zelf.³⁹ Het Hof gaat hierop niet in, maar ook deze uitzondering is voor een zoekmachine onbruikbaar, al was het maar omdat veel op het internet vindbare bijzondere gegevens niet door de betrokkene zelf openbaar zijn gemaakt.⁴⁰ Zelfs als er gebruik kan worden gemaakt van deze uitzondering, kan de betrokkene op grond van zijn bezwaarrecht verwijdering verlangen om redenen die verband houden met zijn specifieke situatie.⁴¹ In dat geval moet de exploitant de onderscheiden belangen afwegen.⁴²

De derde door het Hof genoemde uitzondering is die van het zwaarwegend algemeen belang. Om van deze uitzondering gebruik te maken moet de exploitant van de zoekmachine beoordelen of de bekendmaking van de zoekresultaten om redenen van een zwaarwegend algemeen belang strikt noodzakelijk is ter bescherming van de informatievrijheid, waarbij de wezenlijke inhoud van het gegevensbeschermingsrecht wordt geëerbiedigd en passende en specifieke maatregelen worden getroffen ter bescherming van de grondrechten en de fundamentele belangen van de betrokkene.⁴³ Deze uitzondering is, zegt het Hof, wel voor de zoekmachine bruikbaar.

We zien dat exact twee maanden na het arrest, als het gerechtshof Den Haag deze uitzondering toepast.⁴⁴ In het kader van de afweging van de onderscheiden belangen stelde het hof vast dat het weergeven van de desbetreffende zoekresultaten inderdaad moet worden aangemerkt als een verwerking die nodig is om redenen van zo een zwaarwegend algemeen belang. En ook dat er, zoals de verordening vereist, daarvoor een grondslag is te vinden in het Unierecht of lidstatelijk recht, te weten in art. 10 EVRM en art. 11 Handvest. Dit betreft lidstatelijk recht dat voorziet in de passende en

³⁶ Art. 8, tweede lid 2, onderdeel a, van de richtlijn en art. 9, tweede lid 2, onderdeel a, Avg.

³⁷ Art. 4, onderdeel 11, Avg

³⁸ GC E.A./CNIL nr. 62.

³⁹ Art. 8, tweede lid 2, onderdeel e, van de richtlijn en art. 9, tweede lid 2, onderdeel e, Avg

⁴⁰ GC E.A./CNIL nr. 63.

⁴¹ Art. 14, eerste lid, onderdeel a van de richtlijn en art. 17, eerste lid, onderdeel c en art. 21, eerste lid, Avg.

⁴² GC E.A./CNIL nr. 66.

⁴³ GC E.A./CNIL nr. 68.

⁴⁴ Hof Den Haag 24 december 2019, ECLI:NL:GHDHA:2019:3539.

specifieke maatregelen ter bescherming van de betrokkenen. Daarmee was voldaan aan de voorwaarden die deze uitzondering stelt.

Het belang van *GC e.a./CNIL* ligt daarmee niet alleen in de erkenning van de maatschappelijke rol van zoekmachines, maar vooral ook in de nuancering van het veelbekritiseerde uitgangspunt uit *Google/Costeja* dat de privacyrechten van de betrokkene in de regel voorrang hebben op het belang van internetgebruikers om kennis te nemen van informatie over deze betrokkenen.

Van belang is dat de exploitant van de zoekmachine weliswaar moet voldoen aan verplichtingen uit de verordening, maar kennelijk alleen als dat kan binnen zijn 'verantwoordelijkheden, bevoegdheden en mogelijkheden'. Dat betekent dat de exploitant niet is gehouden om al bij het doorzoeken en indexeren van het internet te voldoen aan deze verplichtingen, maar pas als er een verwijderverzoek is gedaan. Hij mag derhalve, ondanks het verwerkingsverbod, bijzondere en strafrechtelijke persoonsgegevens indexeren en in de vorm van zoekresultaten beschikbaar stellen. In zoverre geldt het verbod op verwerking van bijzondere en strafrechtelijke persoonsgegevens dus niet in absolute vorm.⁴⁵

4.4 Zijn de zoekresultaten die verwijzen naar een gerechtelijke procedure en, in voorkomend geval een veroordeling, «strafrechtelijke persoonsgegevens»? En in hoeverre moet een zoekmachine er rekening mee houden dat de uitkomst van een gerechtelijke procedure niet meer actueel is?

De laatste vragen die het Hof in het arrest beantwoordt hebben betrekking op het begrip strafrechtelijke persoonsgegevens.⁴⁶ Het Hof wordt gevraagd wat dat begrip omvat en verder, als er van dergelijke gegevens sprake is, in hoeverre de exploitant van een zoekmachine gehouden kan zijn om niet meer actuele zoekresultaten te verwijderen. Er valt dan te denken aan de zoekresultaten die verwijzen naar de veroordeling door de rechtbank, die in hoger beroep ongedaan is gemaakt.

Het Hof gaat uit van een ruim begrip van strafrechtelijke persoonsgegevens. Daarvan is ook sprake als het gaat om zoekresultaten die verwijzen naar berichten over de verdere vervolging van de betrokkene of de desbetreffende gerechtelijke procedure en in voorkomend geval de veroordeling van deze betrokkene. Daarbij maakt het niet uit of in die procedure al dan niet is komen vast te staan dat de betrokkene de overtreding heeft begaan.⁴⁷

De beoordeling of dergelijke gegevens moeten worden verwijderd, vereist een afweging van enerzijds om de privacybelangen van de betrokkene en anderzijds om belangen van het publiek om kennis te kunnen nemen van deze gegevens. Daarbij moet rekening worden gehouden met 'de essentiële rol van de pers in een democratische samenleving' die onder meer omvat dat verslag

⁴⁵ E. Dommering in zijn annotatie bij *GC E.A./CNIL* in NJ 2019/435, nr. 10.

⁴⁶ Art. 8, vijfde lid, van de richtlijn en art. 10 Avg.

⁴⁷ *GC e.a./CNIL* nr. 72.

wordt gedaan van en commentaar wordt gegeven op gerechtelijke procedures. Daarbij gaat het er ook om dat het publiek ook onderzoek moet kunnen doen naar gebeurtenissen uit het verleden, zo voegt het Hof daaraan toe onder verwijzing naar rechtspraak van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens.⁴⁸

Vervolgens komt het Hof met een extra vereiste waaraan de exploitant van een zoekmachine moet voldoen, als de belangenafweging erin resulteert dat de strafrechtelijke gegevens niet behoeven te worden verwijderd omdat die strikt noodzakelijk zijn in het licht van de informatievrijheid. In dat geval moet de aanbieder de zoekresultaten zodanig ordenen dat deze een goed beeld geven van de actuele gerechtelijke situatie. De exploitant van de zoekmachine moet er wel voor zorgen dat 'het algehele beeld dat hiermee voor de internetgebruiker wordt geschetst' actueel is.⁴⁹ Dat betekent dat hij de zoekresultaten die verwijzen naar recente uitspraken hoger in de zoekresultaten weergeeft dan de minder recente uitspraken.

5 TU & RE/Google

5.1 De feiten en de vragen

In *TU & RE/Google* ging het om de verwijdering van de zoekresultaten die verwijzen naar drie, volgens de verzoekers, onjuiste en lasterlijke publicaties. In de zoekresultaten werden bij deze publicaties ook miniatures van foto's ('thumbnails') van verzoekers getoond die 'technisch gezien links naar de websites van derden' waren. Ook deze thumbnails moesten, vonden verzoekers, worden verwijderd. Google weigerde dat en kreeg tot twee keer toe van de Duitse rechter gelijk. Vervolgens belandde de zaak bij de hoogste Duitse rechter, het Bundesgerichtshof (BVG), die vragen stelde aan het Hof van Justitie. Het BVG wilde weten in hoeverre van de verzoekers kan worden verlangd dat zij aantonen dat de desbetreffende publicaties onjuist zijn. En verder, waar het de thumbnails betrof, in hoeverre bij de belangenafweging rekening moet worden gehouden met de oorspronkelijke context waarin de desbetreffende foto's op internet waren gepubliceerd.

5.2 In hoeverre kan van verzoekers worden verlangd dat zij aantonen dat publicaties onjuist zijn?

In *GC e.a./CNIL* oordeelde het Hof al dat de zoekmachine-exploitant, als hem dat wordt verzocht, moet nagaan of de desbetreffende zoekresultaten al dan niet noodzakelijk zijn voor het recht op vrijheid van informatie van internetgebruikers. Het in *Google/Costeja* geformuleerde uitgangspunt is dat de privacyrechten van de betrokkene in de regel voorrang hebben op het belang van internetgebruikers om kennis te nemen van informatie. Maar, afhankelijk van de omstandigheden van het geval, kan de belangenafweging anders uitpakken. Daarbij komt betekenis toe aan de gevoeligheid ervan voor

⁴⁸ GC e.a./CNIL nr. 76; EHRM 28 juni 2018, CE:ECHR:2018:0628JUD006079810,nrs. 89 en 100-102.

⁴⁹ GC e.a./CNIL nrs. 78-79.

het privéleven van de betrokkene, en het belang van publiek bij het kennismaken van deze informatie, waarbij onder meer van belang is of de betrokkene een rol speelt in het openbare leven.⁵⁰

In *TU & RE/Google* maakt het Hof duidelijk dat óók van belang is of de informatie waarnaar in de zoekresultaten wordt verwezen juist is. Als 'een niet onbeduidend deel van de informatie' onjuist blijkt te zijn, kan niet worden gezegd dat toegang daartoe nodig is om de informatievrijheid te waarborgen. De zoekresultaten die verwijzen naar dergelijke onjuiste informatie moeten dan dus worden verwijderd.⁵¹ Onder verwijzing naar de rechtspraak uit Straatsburg⁵² wijst het Hof er wel op dat van feitelijke beweringen kan worden aangetoond dat die onjuist zijn, waar dat voor waardeoordelen niet kan.⁵³

Over de bewijslast met betrekking tot de juistheid van de informatie is het Hof genuanceerd. Het is aan de verzoeker om aan te tonen dat de informatie kennelijk onjuist is. Echter, de verzoeker behoeft alleen bewijs leveren als dat, gelet op de omstandigheden van het geval, redelijkerwijs van hem kan worden verlangd. Dat betekent dat de verzoeker níet is gehouden om ter ondersteuning van zijn verwijderingsverzoek een gerechtelijke uitspraak, ook niet in kort geding, te verkrijgen tegen de aanbieder van de website die de onjuiste informatie bekendmaakt. Omgekeerd kan van de exploitant van de zoekmachine echter ook niet worden verlangd dat die zelf actief onderzoek doet naar de juistheid van de informatie of dat hij daarover in gesprek gaat met de websiteaanbieder. In dat verband verwijst het Hof, zoals het ook deed *GC e.a./CNIL*,⁵⁴ naar de 'verantwoordelijkheden, bevoegdheden en mogelijkheden' van de exploitant. In het licht daarvan betekent het voor de exploitant een onredelijke last om zelf na te gaan of de informatie al dan niet juist is. Er is dan bovendien het risico dat de exploitant, om deze last te vermijden, ertoe zou overgaan om systematisch alle zoekresultaten te verwijderen waarvan niet meteen duidelijk is of die verwijzen naar al dan niet juiste informatie. Dat zou een reëel risico betekenen voor de informatievrijheid.⁵⁵

Waar brengt dit ons? De exploitant van de zoekmachine moet zoekresultaten verwijderen als de verzoeker kan aantonen dat de informatie waarnaar die zoekresultaten verwijzen, inderdaad onjuist is. De verzoeker behoeft daarvoor geen gerechtelijke uitspraak te overleggen, maar als hij dat toch doet is dat op zichzelf voldoende om de onjuistheid aan te tonen.⁵⁶ Als de onjuistheid niet duidelijk blijkt uit het door verzoeker overlegde bewijs, behoeven de zoekresultaten niet te worden verwijderd.⁵⁷ Verder moet de zoekmachine-

⁵⁰ *Google/Costeja* nr. 81; *GC e.a./CNIL* nr. 66.

⁵¹ *TU & RE/Google* nr. 65.

⁵² EHRM, 23 april 2015, (*Morice/Frankrijk*), CE:ECHR:2015:0423JUD002936910 nr. 126.

⁵³ *TU & RE/Google* nr. 66.

⁵⁴ *GC e.a./CNIL* nrs. 43, 48-49; zie par. 4.3 van deze bijdrage.

⁵⁵ *GC e.a./CNIL* nrs. 71.

⁵⁶ *TU & RE/Google* nrs. 72.

⁵⁷ *TU & RE/Google* nr. 73.

exploitant, als hij ervan op de hoogte is gebracht dat er een gerechtelijke procedure over de juistheid van de informatie aanhangig is, dat in de zoekresultaten vermelden.⁵⁸

5.3 In hoeverre moet rekening worden gehouden met de oorspronkelijke context waarin foto's van betrokkenen op internet waren gepubliceerd?

Een zoekopdracht op naam kan ertoe leiden dat thumbnails of miniatures met foto's van de betrokkene worden weergegeven in de zoekresultaten. Dit betreft, zegt het Hof, een bijzonder belangrijke inmenging in de privacyrechten van deze betrokkene. Dit omdat een beeltenis van een individu wordt opgevat als een van de belangrijkste karakteristieke eigenschappen van zijn persoonlijkheid. En omdat die beeltenis diens originaliteit uitdrukt en het mogelijk maakt hem van anderen te onderscheiden. En ook omdat uit een foto 'bijzonder persoonlijke of zelfs intieme informatie over een persoon of zijn familie' kan blijken.⁵⁹

De exploitant van de zoekmachine moet, net als bij gewone zoekresultaten, afwegen of het weergeven van deze foto's nodig is voor de uitoefening van de informatievrijheid. Het zal dan vooral gaan om de informatieve waarde van de foto's, oftewel de bijdrage die de weergave van foto's levert aan een maatschappelijk debat ('een debat van algemeen belang'). Dat moet autonoom worden beoordeeld, dus los van de context van de oorspronkelijke publicatie van de foto's. Daarbij moet alle tekst worden betrokken die direct bij de weergave van deze foto's in de zoekresultaten wordt geplaatst en meer duidelijkheid kan geven over de informatieve waarde ervan.

De omstandigheid dat er sprake kan zijn van zo een bijdrage aan een maatschappelijk debat in de context van de oorspronkelijke publicatie, betekent nog niet dat ook het weergeven van de foto's in de vorm van thumbnails bij de zoekresultaten kan worden gezien als zo een bijdrage aan een maatschappelijk debat. Het kan derhalve zijn dat er vanwege het belang van de informatievrijheid geen zoekresultaten behoeven te worden verwijderd, maar wél de thumbnails die worden afgebeeld bij de zoekresultaten. Echter, als de zoekresultaten moeten worden verwijderd, moeten ook de thumbnails worden verwijderd.

6 Afsluiting

Er was indertijd, en er is nog steeds, kritiek op het in *Google/Costeja* door het Hof gekozen uitgangspunt dat privacy- en gegevensbeschermingsrechten in beginsel voorrang hebben op de belangen van internetgebruikers bij informatievrijheid. Er kan misschien niet worden gezegd dat het Hof zich die kritiek heeft aangetrokken, al was het maar omdat het in de drie daaropvolgende arresten dit uitgangspunt met zoveel woorden heeft

⁵⁸ TU & RE/Google nrs. 43, 48-49.

⁵⁹ TU & RE/Google nrs. 94-95.

gehandhaafd.⁶⁰ Toch is duidelijk dat het in deze latere arresten Hof belangrijke nuanceringen daarop heeft aangebracht.

In *CNIL/Google* maakte het Hof duidelijk dat het vergeetrecht géén wereldwijde reikwijdte heeft maar is beperkt tot de lidstaten van de Unie. In andere landen heeft het vergeetrecht dus in beginsel géén voorrang op andere belangen. In *GC e.a./CNIL* bepaalde het Hof dat de exploitant van een zoekmachine, ook waar het gaat om de verwerking van bijzondere en strafrechtelijke gegevens, op verzoek van de betrokkene moet afwegen of diens privacybelang al dan niet voorrang heeft op de belangen van internetgebruikers bij het kunnen kennismaken van deze gegevens. Het Hof nam daarmee de zorg weg dat gegevensbeschermingsregels het gebruik van zoekmachines zouden verbieden.

Interessant is vooral dat het Hof weliswaar vooropstelt dat de verordening onverminderd van toepassing is op de exploitant van een zoekmachine. Echter, rekening houdend met de verantwoordelijkheden, bevoegdheden en mogelijkheden van de exploitant, beperkt het Hof de werking van het verwerkingsverbod voor bijzondere en strafrechtelijke persoonsgegevens toch nadrukkelijk. Het verbod heeft, zo begrijp ik het Hof, kennelijk nog geen betekenis bij de gegevensverwerkingen die bestaan uit het indexeren van op het internet te vinden persoonsgegevens en het in de vorm van zoekresultaten aan gebruikers beschikbaar stellen daarvan. De exploitant is er niet voor verantwoordelijk, of heeft geen bevoegdheid of mogelijkheid, om bij deze verwerkingen geen bijzondere of strafrechtelijke gegevens te verwerken, althans om de verschillende daarbij betrokken belangen af te wegen. Dat kan dus niet van hem worden gevraagd.

In *TU & RE/Google* werkte het Hof dit verder uit. Evenals in *GC e.a./CNIL*, hield het daarbij rekening met 'de verantwoordelijkheden, bevoegdheden en mogelijkheden van de exploitant van de zoekmachine'. De exploitant heeft niet de verantwoordelijkheid, bevoegdheid of mogelijkheid om zelf na te gaan of de informatie waarnaar de zoekresultaten verwijzen juist zijn. Dat kan dan ook niet van hem worden gevraagd.

Een vooralsnog onbeantwoorde vraag is hoe deze, op zichzelf heel goed te begrijpen benadering van het Hof zich verhoudt tot de verantwoordings- of *accountability*-plicht.⁶¹ Onduidelijk is in hoeverre ook verwerkingsverantwoordelijken, gelet op hun 'specifieke verantwoordelijkheden, bevoegdheden en mogelijkheden', bij de verschillende door hen verrichtte gegevensverwerkingen al dan niet gehouden zijn te voldoen aan de Avg.

⁶⁰ Google/CNIL nr. 45; GC e.a./CNIL nrs. 53 en 66; TU & RE/Google nrs. 62 en 64.

⁶¹ Art. 5, tweede lid, resp. art. 24, eerste lid, Avg.

G.-J. Zwenne, 'Google/Costeja en wat daarop volgde. Hof van Justitie EU, 13 mei 2014, ECLI:EU:C:2014:317', in: van der Jagt-Vink, Klingenberg & Kranenborg (red.), *IBP Select. Tien jaar Jurisprudentie Bescherming Persoonsgegevens*, SDU2023