

ANNOTATIE

TU & RE t. Google (HvJ EU, C-460/20) – Bij verwijderingsverzoek moet verzoeker onjuistheid informatie aantonen

T.F. Walree

*Annotatie bij Hof van Justitie van de Europese Unie, 08-12-2022,
ECLI:EU:C:2022:962 (EHRC-2023-0006)*

1. Het recht op vergetelheid (art. 17 AVG) geeft een 'betrokkene'[1] de mogelijkheid om een zoekmachine te verzoeken zoekresultaten over hem te verwijderen. In dit arrest geeft het Hof van Justitie door beantwoording van twee prejudiciële vragen verder invulling aan dat recht. Ten eerste gaat het in op de vraag wie de bewijslast draagt ten aanzien van het aantonen van de (on)juistheid van informatie bij een verwijderingsverzoek door de betrokkene omdat het zoekresultaat volgens hem verwijst naar onjuiste informatie. Ten tweede spreekt het Hof zich uit over de vraag in welke context 'miniaturen' (of: 'thumbnails') moeten worden beoordeeld bij een verwijderingsverzoek door een betrokkene. Dit arrest hakt op die punten knopen door, maar werpt ook veel nieuwe vragen op.

2. Eerst een samenvatting van de feiten. Een omstreden website (G-net) publiceert drie kritische artikelen over het investeringsmodel van de investeringsmaatschappij van twee bestuurders. Die artikelen werden vergezeld van foto's van de bestuurders in allerlei luxe voertuigen. Volgens de bestuurders konden die foto's, in samenhang met de artikelen, de suggestie wekken dat zij in door derden gefinancierde luxe leefden. De bestuurders en ook andere nieuwsbronnen stellen dat G-net een chantagemodel hanteert: dat wil zeggen dat zij tegen betaling 'kritische' berichten verwijdert van haar website. Bij het zoeken naar de namen van bestuurders en de bedrijfsnaam werden de publicaties in de resultatenlijst van Google

vermeld. Ook gaf Google bij het zoeken naar afbeeldingen met deze zoektermen de foto's uit het artikel in de vorm van miniatures weer in de lijst met zoekresultaten. De bestuurders vragen Google om de links naar de artikelen en miniatures uit de zoekresultaten te verwijderen. De bestuurders krijgen nul op hun rekest en stappen naar de Duitse rechter. Die wijst hun vorderingen in eerste en tweede aanleg af. De zaak belandt uiteindelijk bij het Bundesgerichtshof, die prejudiciële vragen stelt.

3. Op grond van art. 17 lid 3 sub a AVG moet een zoekmachine bij de beoordeling van een verwijderingsverzoek een belangenafweging maken tussen enerzijds het recht op vrije meningsuiting van de aanbieder van de inhoud en recht op informatie van internetgebruikers en anderzijds het recht op de bescherming van persoonsgegevens van degene die om verwijdering van de links verzoekt. Het Hof signaleert dat de bescherming van persoonsgegevens 'in de regel voorrang' heeft op het gerechtvaardigde belang van internetgebruikers die de informatie over de betrokkene zouden willen raadplegen. Het Hof zegt echter ook dat in bepaalde omstandigheden het recht op vrijheid van meningsuiting en van informatie zwaarder kan wegen dan het belang van de verzoeker. Dit zal zich met name voordoen als de verzoeker een publiek figuur is.[2] Uiteraard is het voor die belangenafweging ook relevant of de inhoud waarnaar het zoekresultaat verwijst juist is.[3] Het recht op de bescherming van persoonsgegevens zal in elk geval zwaarder wegen wanneer 'ten minste een niet onbeduidend deel van de informatie waarop het verzoek tot verwijdering van links betrekking heeft, onjuist blijkt te zijn'.[4] De verspreiding van en toegang tot onjuiste informatie valt immers niet onder het recht op informatie. Daarbij maakt het Hof wel onderscheid tussen 'feitelijke beweringen' en 'waardeoordelen'. [5]

4. Tot dit arrest was het nog onbepaald op wie de bewijslast rust ten aanzien van het (on)juiste karakter van informatie. Het Hof geeft hierover duidelijkheid bij de beantwoording van de eerste prejudiciële vraag: het is de verzoeker die moet bewijzen dat de informatie over hem in de gelinkte inhoud 'kennelijk onjuist' is.[6] Hij hoeft niet aan te tonen dat alle informatie onjuist is: het moet ten minste gaan om 'een niet onbeduidend deel van die informatie'. [7] Die drempel werkt niet alleen in het voordeel van de verzoeker, maar is ook in het belang van het recht op de vrijheid van meningsuiting en informatie. Het voorkomt namelijk de onevenredige verwijdering van links naar inhoud waarvan de onjuiste informatie slechts van gering belang is, bijvoorbeeld als het gaat om kleine of onbelangrijke onjuistheden in een artikel.

5. Het Hof onderzoekt in het arrest ook of het overleggen van een beslissing in een procedure tegen de aanbieder van de inhoud - waarin de onjuistheid van de informatie is vastgesteld - als voorwaarde mag gelden voor de inwilliging van een verwijderingsverzoek door de zoekmachine, voor zover het voor de verzoeker redelijkerwijs mogelijk was om

‘rechtsbescherming’ te verkrijgen. Het Hof vindt het overleggen van een ‘rechterlijke beslissing’ aan de zoekmachine – voor zover dat redelijkerwijs mogelijk is voor de verzoeker - een ‘onredelijke last’ voor de verzoeker. Het overleggen van een dergelijke beslissing kan dus geen (minimum)voorwaarde zijn voor inwilliging van een verwijderingsverzoek door een zoekmachine. Dat geldt óók voor rechterlijke beslissingen na een kort geding.[8]

6. Bovenstaande laat onverlet dat een zoekmachine een verwijderingsverzoek hoe dan ook moet inwilligen als de betrokkene aan de zoekmachine een tegen de aanbieder rechterlijke beslissing overlegt waarin is vastgesteld dat ‘een niet onbeduidend deel van de informatie in de gelinkte inhoud op zijn minst op het eerste gezicht onjuist is’.[9] Omdat het Hof het in het kader van rechtsbescherming uitsluitend heeft over een ‘rechterlijke beslissing’, is het onduidelijk of ook een toezichthouder kan vaststellen dat de informatie in kwestie onjuist is, waardoor een verwijderingsverzoek door een zoekmachine moet worden ingewilligd. Rechtsbescherming kan namelijk door de betrokkene ook worden ingeroepen bij de toezichthouder (de Autoriteit Persoonsgegevens).[10]

7. Voor zover de verzoeker *geen* rechterlijke beslissing (waaruit de onjuistheid van die informatie blijkt) kan overleggen, hoeft de verzoeker volgens het Hof voor de inwilliging van zijn verwijderingsverzoek ‘alleen bewijzen aan te leveren als, gelet op de omstandigheden van het geval, redelijkerwijs van hem kan worden verlangd dat hij ze opzoekt om die kennelijke onjuistheid aan te tonen.’[11] In dit arrest konden betrokkenen in theorie vrij eenvoudig financiële gegevens overleggen aan Google, waarmee zij eenvoudig konden aantonen dat zij zich niet schuldig maakten aan financieel wanbeheer. Er zijn echter oneindig veel scenario’s denkbaar waarin een betrokkene wordt beticht van een *doen*, maar waarin hij onmogelijk het tegendeel kan bewijzen. Dat probleem zal vooral spelen bij aantijgingen in de privésfeer, zoals dat de betrokkene zou vreemdgaan of regelmatig prostituees bezoekt. Het zal voor de betrokkene in die gevallen haast onmogelijk zijn om te bewijzen dat hij juist *niets* heeft gedaan. Van hem kan niet worden verlangd dat hij bewijs aan de zoekmachine overlegt waaruit de onjuistheid van die informatie blijkt. In dergelijke gevallen zal een zoekmachine, naar de letter van dit arrest, dus een verwijderingsverzoek door de betrokkene moeten inwilligen. In gevallen waarin bewijs van de verzoeker niet redelijkerwijs kan worden verlangd, ligt het wel voor de hand dat de verzoeker moet aangeven waarom bewijs van de kennelijke onjuistheid niet van hem kan worden verlangd en dat hij - voor zover dat kan - aannemelijk moet maken waarom die informatie over hem onjuist is. Voor zover wél bewijs van de verzoeker kan worden verlangd, en hij de onjuistheid daarvan niet kan aantonen, kan de zoekmachine overigens alsnog besluiten om gehoor te geven aan het verwijderingsverzoek omdat het belang van de verzoeker zwaarder weegt dan het recht op de vrijheid van meningsuiting en informatie.

8. Daarnaast is het nog de vraag hoe de zoekmachine kan beoordelen dat van een verzoeker ‘redelijkerwijs kan worden verlangd’ dat hij bewijzen opzoekt om de onjuistheid van de informatie in de gelinkte inhoud aan te tonen. Voor zover dit van de betrokkene kan worden verlangd, is het óók nog de vraag welke maatstaven gelden voor dat bewijs dat door de betrokkene moet worden geleverd. Kennelijk moet uit dat bewijs de ‘kennelijke onjuistheid’ van die informatie snel blijken. Voorts kun je je afvragen of het wenselijk is dat een zoekmachine van een betrokkene mag verlangen dat hij privé-gegevens overlegt om de onjuistheid van de informatie aan te tonen. Het is echter de vraag of een zoekmachine dit daadwerkelijk ook zal doen. Als het gaat om kwesties binnen de privésfeer, kan een zoekmachine dat verwijderingsverzoek ook inwilligen zonder bewijs van de onjuistheid van de informatie omdat in die gevallen het recht op de bescherming van persoonsgegevens in de regel voorrang heeft op het recht van de vrijheid van meningsuiting en informatie.[12] Met andere woorden, zelfs als de informatie waar blijkt te zijn, kan het belang van de betrokkene bij verwijdering van het zoekresultaat zwaarder wegen.

9. Over de beoordeling van het verwijderingsverzoek zegt het Hof dat de zoekmachine zich moet baseren ‘op alle betrokken rechten en belangen en op alle omstandigheden van het concrete geval’.[14] Anders gezegd, de zoekmachine heeft geen plicht om zelf bij te dragen ‘aan de vaststelling of de gelinkte inhoud al dan niet juist is’. Dit zou hem anders een last opleggen die verder gaat dan zijn ‘verantwoordelijkheden, bevoegdheden en mogelijkheden’ die hij heeft op grond van eerdere rechtspraak.[15] Ook zou een dergelijke last volgens het Hof het reële risico met zich brengen dat de zoekmachine ‘nagenoeg systematisch’ links zou verwijderen na verzoeken daartoe, om te voorkomen dat hij anders onderzoek moet doen naar ‘de feiten die relevant zijn om vast te stellen of de gelinkte inhoud al dan niet juist is’.[16] Terecht constateert het Hof dat daarmee het recht op de vrijheid van meningsuiting en informatie onder druk zou komen te staan.

10. De zoekmachine moet het verwijderingsverzoek dus inwilligen als de verzoeker ‘relevante en afdoende bewijzen overlegt die zijn verzoek kunnen staven en aantonen dat de informatie in de gelinkte inhoud, of ten minste een niet onbeduidend deel van die informatie, kennelijk onjuist is’.[17] In hoeverre de zoekmachine de feiten uit het bewijs van de verzoeker moet onderzoeken, maakt het Hof niet expliciet duidelijk. Het lijkt erop dat het Hof geen zware onderzoekspllicht oplegt aan de zoekmachines. Het Hof zegt immers dat verzoeker bewijs moet leveren waaruit de ‘kennelijke onjuistheid’ van de informatie blijkt. De zoekmachines komt daarom een grote mate van beoordelingsvrijheid toe bij de beoordeling van het bewijs dat de verzoeker aanlevert.

11. Als de onjuistheid van die informatie niet duidelijk blijkt uit het door de verzoeker overlegde bewijsmateriaal, hoeft de zoekmachine het verwijderingsverzoek niet in te willigen

als een rechterlijke beslissing waaruit die onjuistheid blijkt, ontbreekt.[18] Het Hof zegt in dit kader ook dat als de informatie bijdraagt aan een debat van algemeen belang, bijzondere betekenis moet worden toegekend aan het recht op vrijheid van meningsuiting en informatie. Het Hof lijkt daarmee te suggereren dat de bewijslast voor de verzoeker ten aanzien van de onjuistheid van de informatie hoger ligt als het gaat om informatie die bijdraagt aan een debat van algemeen belang. Draagt die informatie niet bij aan een debat van algemeen belang, dan is de vraag of de informatie al dan juist is ook minder van belang, omdat in die gevallen het recht op bescherming van persoonsgegevens in de regel voorrang heeft op recht van de vrijheid van meningsuiting en informatie.

12. Ten slotte benadrukt het Hof bij het beantwoorden van de eerste prejudiciële vraag dat als de zoekmachine het verwijderingsverzoek niet inwilligt, de verzoeker de mogelijkheid moet hebben om zich tot de toezichthouder of rechter te wenden. Als een administratieve of gerechtelijke procedure wordt ingeleid over de vermeende onjuistheid van informatie in gelinkte inhoud, moet de zoekmachine bij de zoekresultaten 'een waarschuwing opnemen over het bestaan van een dergelijke procedure.'[19] Dit arrest roept daarmee een notificatieplicht voor de zoekmachine in het leven. Dat betekent dus een extra administratieve last voor zoekmachines. Wel is vereist dat de zoekmachine van die procedure op de hoogte is gebracht. Ook deze notificatieplicht roept vragen op. Een belangrijke vraag is bijvoorbeeld over welke ingeleide procedure het Hof het eigenlijk heeft: gaat het om een procedure tegen de aanbieder van de inhoud of om een procedure tegen de zoekmachine? Aannemelijk is dat het gaat om een procedure tegen de zoekmachine: deze overweging komt immers direct nadat het Hof zegt dat de betrokkene na afwijzing van het verwijderingsverzoek beroepsmogelijkheden heeft. Daarnaast rijst de vraag wanneer er eigenlijk sprake is van een inleiding van een procedure bij een toezichthouder. Betekent dit dat er een klacht is gedaan door de betrokkene bij de toezichthouder? Of moet de toezichthouder daadwerkelijk in de onderzoekende fase zitten? Bijna vijf jaar na inwerkingtreding van de AVG weten we immers dat dat wel even kan duren, als de toezichthouder überhaupt al besluit om na een klacht een onderzoek te starten.[20]

13. Vervolgens buigt het Hof zich over de tweede prejudiciële vraag: moet een zoekmachine bij de beoordeling van een verwijderingsverzoek dat ertoe strekt om miniaturen te verwijderen op doorslaggevende wijze rekening houden met de oorspronkelijke context waarin deze foto's op internet werden geplaatst? Het Hof vindt van niet. Volgens het Hof kunnen miniatuurweergaven een bijzonder ernstige inmenging vormen in de rechten van de betrokkene.[21] Bovendien is er bij miniaturen sprake van twee verschillende gegevensverwerkingen: de plaatsing van de foto op de website (door de aanbieder) en de miniatuurweergave in de zoekresultaten (door de zoekmachine). Terecht signaleert het Hof

dat deze partijen verschillende belangen hebben bij de plaatsing en ook dat de gevolgen van die afzonderlijke plaatsingen verschillend kunnen zijn voor de betrokkene.[22] Dit alles brengt met zich dat de miniatuurweergave ‘autonoom’ moet worden beoordeeld. Dat wil zeggen dat de zoekmachine moet kijken naar de informatieve waarde van de foto’s los van de context van de publicatie op de oorspronkelijke website. Daarbij moet hij wel alle tekst in aanmerking nemen die direct bij de weergave van deze foto’s in de zoekresultaten is geplaatst, omdat die meer duidelijkheid kan geven over de informatieve waarde daarvan.[23]

14. Die autonome beoordeling kan dus met zich brengen dat een zoekmachine een miniatuur moet verwijderen als in die context de belangen van de verzoeker zwaarder wegen, ook als de publicatie van die foto in de oorspronkelijke context (op een website) op zichzelf rechtmatig is.[24] Ook moeten links naar websites én foto’s afzonderlijk door de zoekmachine worden beoordeeld. Het is dus mogelijk dat een zoekmachine een verzoek tot verwijdering van links naar informatie op een website moet afwijzen omdat de vrijheid van meningsuiting en informatie voorrang heeft, maar dat het een verzoek tot het verwijderen van miniaturen wel moet toewijzen omdat in die context het recht op de bescherming van hun persoonsgegevens wél zwaarder weegt.[25] Andersom werkt dat niet zo. Als het verzoek tot verwijdering van links wordt ingewilligd, moeten ook *altijd* de miniaturen van de bij die website opgenomen foto’s worden verwijderd. Met andere woorden, de zoekmachine kan de belangenafweging bij het verwijderingsverzoek van miniaturen overslaan als hij reeds heeft vastgesteld dat de links naar het artikel moeten worden verwijderd. Als de miniaturen nog zouden worden weergegeven, zouden internetgebruikers immers nog steeds eenvoudig toegang hebben tot de website waarnaar deze miniaturen verwijzen. Dat zou afbreuk doen aan het ‘nuttig effect’ van het verwijderen van de links naar het artikel.[26]

T.F. Walree

Universitair docent privaatrecht en technologie, Radboud Universiteit

Of counsel, Freshfields Bruckhaus Deringer

[1] Art. 4 sub 1: de betrokkene is een natuurlijke persoon van wie persoonsgegevens worden verwerkt.

[2] *TU & RE t. Google*, punt 62, 63, 65.

[3] *TU & RE t. Google*, punt 64.

[4] *TU & RE t. Google*, punt 65.

- [5] *TU & RE t. Google*, punt 66.
- [6] *TU & RE t. Google*, punt 68.
- [7] Zie ook *TU & RE t. Google*, punt 74.
- [8] *TU & RE t. Google*, punt 68.
- [9] *TU & RE t. Google*, punt 72.
- [10] Zie art. 77-79 AVG.
- [11] Punt 68.
- [12] *TU & RE t. Google*, punt 62. Zie ook *Caroline von Hannover t. Duitsland*, EHRM 24 juni 2004, ECLI:NL:XX:2004:AQ6531, NJ 2005/22.
- [13] *TU & RE t. Google*, punt 69.
- [14] *TU & RE t. Google*, punt 70-71.
- [15] *GC e.a. t. CNIL*, HvJ EU 24 september 2019, C|136/17, EU:C:2019:773, punt 47.
- [16] *TU & RE t. Google*, punt 71.
- [17] *TU & RE t. Google*, punt 72.
- [18] *TU & RE t. Google*, punt 73.
- [19] *TU & RE t. Google*, punt 76.
- [20] Nationale Ombudsman, 'Voor een dichte deur. Een onderzoek naar hoe de Autoriteit Persoonsgegevens omgaat met ongenoegen van burgers over de behandeling van privacyklachten', *nationaleombudsman.nl* 21 december 2021.
- [21] *TU & RE t. Google*, punt 94 en 100.
- [22] Zie ook *Google Spain en Google t. Costeja*, HvJ EU 13 mei 2014, C|131/12, EU:C:2014:317, punt 86.
- [23] *TU & RE t. Google*, punt 106.
- [24] *TU & RE t. Google*, punt 102.
- [25] *TU & RE t. Google*, punt 106.

[26] *TU & RE t. Google*, punt 107.