

Rechtbank Midden-Nederland

8 oktober 2020, C/16/504246 / KL ZA 20-163

**Inzagerecht, recht op beperking, recht op dataportabiliteit.**

[AVG art. 15, 18, 20]

Noot Paapst

*Eiser*

tegen

*Microsoft*

(uitspraak)

ECLI:NL:RBMNE:2020:4348

(annotatie)

Eiser in deze zaak neemt al enige jaren diverse producten en diensten af van gedaagde Microsoft, waaronder de opslagdienst OneDrive. Met OneDrive kunnen consumenten via hun account (grote) hoeveelheden bestanden in de vorm van documenten, video's en foto's online opslaan. Ook bevat het de mogelijkheid tot het extra beveiligd opslaan van bijvoorbeeld verzekeringspapieren.

Microsoft beperkt de toegang tot alle bestanden van eiser, nadat gebleken is dat er tussen alle bestanden een afbeelding is geüpload waarop naakte kinderen te zien zijn, in een suggestieve houding door het ongelukkige moment waarop de foto is genomen. Volgens eiser een grappig bedoelde foto, maar volgens Microsoft is er met deze foto sprake van een schending van de gebruiksvoorwaarden. Eiser heeft voor de herkomst van de foto een aannemelijke verklaring en heeft er begrip voor dat Microsoft de bewuste foto gaat verwijderen, maar wil los daarvan wel graag weer toegang tot al zijn overige bestanden.

Alvorens dieper in te gaan op het AVG-aspect van deze uitspraak, schets ik eerst kort de technische achtergrond van deze zaak. Eiser heeft zijn WhatsApp account zo ingesteld dat alle filmpjes en foto's die daarop binnenkomen, automatisch gedownload worden op zijn telefoon. Daarnaast heeft hij zijn telefoon zo ingesteld dat er vanuit de fotomap op zijn telefoon automatisch een back-up wordt gemaakt richting een cloudopslag, in dit geval de OneDrive van Microsoft. De mappen op de OneDrive kunnen op hun beurt weer passief gedeeld worden met anderen. In veel gezinnen is het bijvoorbeeld gebruikelijk om de fotomap in de cloud toegankelijk te maken voor de overige gezinsleden, zodat met de smartphone genomen familiefoto's ook voor hen direct zichtbaar kunnen zijn.

Volgens eiser is de foto hem, naar ik aanneem ongevraagd, toegezonden in een appgroep "met de vrienden van voetbal", waarna deze derhalve automatisch terecht is gekomen op de OneDrive, in een gedeelde map. Blijkens een recent artikel van de Consumentenbond is eiser niet de enige waarbij dit op een vergelijkbare wijze is gebeurd., Inmiddels zijn meerdere verhalen bekend van mensen die hun eigen kinderen in bad op de foto hebben gezet en vervolgens de toegang hebben verloren tot complete fotoarchieven, correspondentie of tot alle digitale aankopen voor de X-Box die via het Microsoft-account zijn gedaan.

Eiser gaat in deze zaak voor meerdere ankers liggen en meent onder meer een recht op toegang tot de bestanden te hebben op grond van artikel 15 (recht van inzage) en van artikel

20 (recht op overdraagbaarheid van gegevens) uit de AVG. Uit de uitspraak blijkt niet of de eiser zich al eerder bij Microsoft heeft beroepen op deze rechten, of dat dit pas bij deze zaak voor het eerst naar voren is gebracht. Wel blijkt dat het lange tijd voor eiser onduidelijk is geweest wat de reden is voor het blokkeren van het account. Bij een inzageverzoek had Microsoft de betrokkene onder meer moeten informeren over het bestaan van geautomatiseerde besluitvorming, de onderliggende logica, alsmede het belang en de gevolgen van die verwerking voor de betrokkene. Het slechts in algemene zin verwijzen naar een gedragscode is daarvoor naar mijn mening volstrekt onvoldoende.

De voorzieningenrechter is van oordeel dat de bestanden die eiser door Microsoft op de OneDrive heeft laten opslaan, niet vanzelf persoonsgegevens vormen of bevatten in de zin van de verordening. De door eiser opgeslagen documenten of foto's behoeven volgens de rechter immers geen informatie over hemzelf te bevatten. De omstandigheid dat hij degene is die de bestanden opgeslagen heeft, heeft weliswaar betrekking op hem persoonlijk, maar doet die bestanden zelf nog geen persoonsgegevens zijn.

Ik zet mijn vraagtekens bij het uitgangspunt van de voorzieningenrechter dat de gevraagde bestanden niet noodzakelijkerwijs persoonsgegevens hoeven te bevatten, en dat daarom de rechten op inzage en dataportabiliteit niet door eiser ingeroepen kunnen worden. Waar het gaat om opgeslagen bestanden waarvan eiser heeft aangegeven dat ze van emotionele waarde voor hem zijn, lijkt het tegenovergestelde uitgangspunt meer voor de hand lijkt te liggen. Klaarblijkelijk zijn de bestanden voor eiser belangrijk genoeg om een rechtszaak over aan te spannen. Het is bij bestanden met een emotionele waarde immers niet onaannemelijk dat er bijvoorbeeld foto's van (wellicht al overleden) familieleden inzitten. En dit zal bij consumenten ook al veel sneller het geval zijn dan bij een zakelijke gebruiker van diensten zoals OneDrive. Ik acht de kans dat de bestanden wel persoonsgegevens zullen bevatten, waaronder die van eiser zelf, daarom vele malen groter. De voorzieningenrechter had er op voorhand vanuit moeten gaan dat de bestanden persoonsgegevens bevatten.

Had eiser wellicht zelf nog een nadere uitleg moeten geven over waarom de bestanden persoonsgegevens zijn, dan wel bevatten? Hij heeft slechts in algemene bewoordingen aangegeven dat de bestanden voor hem van emotionele waarde zijn, zonder daarbij aan te geven om wat voor bestanden het gaat, en ook zonder aan te geven dat er voor hem een dringende noodzaak bestaat tot spoedige toegang.

De vraag is echter of een dergelijke uitleg überhaupt wel noodzakelijk is bij een beroep op het recht op inzage. Wanneer dit recht wordt ingeroepen ligt het op de weg van de verwerkingsverantwoordelijke om aan te geven of de bestanden persoonsgegevens zijn dan wel bevatten. Voor de betrokkene moet het voldoende zijn om een verzoek om inzage te doen zonder dat er een nodeloze drempel wordt opgeworpen.

Er vanuit gaande dat de bestanden persoonsgegevens bevatten, en deze door Microsoft worden verwerkt onder een overeenkomst, heeft de betrokkene ook het recht op overdraagbaarheid van de gegevens (dataportabiliteit). De gegevens zijn immers verstrekt door de betrokkene, of direct afkomstig van zijn apparatuur, en zijn langs geautomatiseerde weg verwerkt. De bedoeling van dit recht is om het in die gevallen mogelijk te maken dat een gebruiker van een dienst zijn bestanden, zoals berichten en foto's, kan downloaden in een standaardformaat, en dit kan onderbrengen bij een andere dienstverlener.

Eiser heeft tevens een vordering ingediend met het verzoek om Microsoft te verbieden de bestanden te verwijderen. Aangezien het in deze procedure gaat het om een voorlopig oordeel zonder dat aan een uitgebreid partijdebat wordt toegekomen, ziet de voorzieningenrechter in

dit geval, gelet op het belang van de eiser, aanleiding om Microsoft een verbod op te leggen de bestanden definitief te verwijderen. Daarmee wordt voorkomen dat een onomkeerbare situatie ontstaat. De toelaatbaarheid van de verwijdering van de bestanden als reactie op de schending van de gedragscode blijft daarom vooralsnog onbesproken.

Opvallend is dat eiser zich ter onderbouwing van deze vordering niet tevens beroept op artikel 18 AVG (het recht op beperking van de verwerking). Microsoft heeft de gegevens immers zelf niet meer nodig en wil deze gaan wissen, terwijl eiser -als betrokkene- nog gebruik wil maken van zijn inzagerecht, en van het recht op overdraagbaarheid van de gegevens. Bovendien zijn de bestanden, gelet op het uitgangspunt van de voorzieningenrechter dat deze niet noodzakelijkerwijze persoonsgegevens bevatten, nog nodig voor de onderbouwing van een rechtsvordering. In afwachting van een definitief besluit daarover, ligt een tijdelijke beperking voor de hand, en zou aan een beroep hierop tegemoet moeten worden gekomen.

Een vraag die in de zaak niet aan bod is gekomen, maar die wel samenhangt met de rechten waar eiser zich op wenst te beroepen: is Microsoft überhaupt verwerkingsverantwoordelijke, of zou het bedrijf met betrekking tot de dienst OneDrive juist gezien moeten worden als verwerker? De voorzieningenrechter lijkt steeds uit te gaan van het eerste, maar het is maar zeer de vraag of Microsoft doel en middelen van de verwerking vaststelt. Het is evengoed verdedigbaar dat Microsoft met OneDrive, hetgeen feitelijk slechts een cloud opslag dienst is, verwerkt in opdracht van de eiser. En ook Microsoft zelf wekt die indruk door het voor zakelijke klanten aanbieden van een standaard verwerkersovereenkomst, de Professional Service Data Protection Addendum, bij onder meer het gebruik van OneDrive.

Het gevolg van deze omdraaiing van rollen zou dan zijn dat eiser richting Microsoft niet alleen kan optreden als betrokkene, maar tevens als verwerkingsverantwoordelijke voor waar het bestanden betreft die persoonsgegevens bevatten van derden. In dat geval hoeft eiser niet aan te tonen dat de gegevens in de bestanden betrekking hebben op eiser zelf, en hoeft hij zich ook niet richting Microsoft te beroepen op het recht van inzage. Hij zou zich daarentegen kunnen beroepen op onderlinge afspraken die tussen een verwerkingsverantwoordelijke en een verwerker gebruikelijk zijn. Zo stelt de door Microsoft gebruikte standaard verwerkersovereenkomst dat na afloop van de verwerkingsdiensten, naar gelang de keuze van de klant, de persoonsgegevens aan de klant worden terugggegeven, of worden gewist. Omdat de keuze van de klant in dat geval niet afhankelijk is gesteld van het van het al dan niet opvolgen van regels uit de gedragscode, zou eiser dan kunnen kiezen voor een teruggave van de bestanden die persoonsgegevens bevatten.

De belangrijkste les die uit deze zaak te trekken is, moet wel het besef voor consumenten zijn dat je altijd, ondanks het hebben van cloudopslag zoals OneDrive of iCloud, zelf ook een backup van je dierbare foto's, video en belangrijke documenten moet bijhouden.

Mr. dr. M.H. Paapst, universitair docent Rijksuniversiteit Groningen