

Het recht op vergetelheid: een oud recht in een verkeerd jasje

Dr. J. van Hoboken*

97

Een van de meest in het oog springende elementen in het voorstel voor de herziening van de Privacyrichtlijn is het zogenoemde 'right to be forgotten'.¹ Dit recht is samen met een verduidelijking van het al bestaande recht op verwijdering opgenomen in artikel 17 van het voorstel. Er is al het nodige over dit recht geschreven en dat zal nog wel even aanhouden. Er is namelijk van alles mis met dit voorgestelde 'nieuwe' recht. Goed beschouwd voegt alleen het tweede lid van het voorstel echt iets toe aan het reeds bestaande en het in het eerste lid verder gespecificeerde recht op verwijdering. Artikel 17 lid 2 van het voorstel bepaalt nu:

'Where the controller (...) has made the personal data public, it shall take all reasonable steps, including technical measures, in relation to data for the publication of which the controller is responsible, to inform third parties which are processing such data, that a data subject requests them to erase any links to, or copy or replication of that personal data. Where the controller has authorized a third party publication of personal data, the controller shall be considered responsible for that publication.'

Er zijn een aantal zaken die bij deze bepaling in het oog springen. Zij maakt bijvoorbeeld duidelijk dat dit recht ziet op publicaties van persoonsgegevens die deel zijn van de publieke informatievoorziening. Die gerichtheid op publieke informatie is in lijn met het klassieke recht op vergetelheid zoals dat al bestaat in verscheidene lidstaten van de EU, bijvoorbeeld Duitsland.² Dat klassieke recht komt er kort gezegd op neer dat de media gehouden kunnen worden om natuurlijke personen niet langer te achtervolgen met bepaalde negatieve gebeurtenissen uit hun verleden, zoals een strafrechtelijke veroordeling. De gerichtheid op publieke informatie roept uiteraard meteen de vraag op hoe dit nieuwe recht zich verhoudt tot de zogenaamde media-exceptie, waarover later in deze bijdrage meer.

Vanuit materieel oogpunt valt op dat het voorstel in vergelijking met het eind 2011 gelekte voorstel van de

Commissie³ zodanig is afgezwakt dat er in artikel 17 lid 2 van een recht op verwijdering of een recht om vergeten te worden überhaupt geen sprake meer is. Het tweede lid is namelijk niets meer dan een informatieplicht voor de verantwoordelijke van publicaties van persoonsgegevens. De verantwoordelijke dient derde partijen op de hoogte te stellen van verzoeken van betrokkenen tot verwijdering. Deze informatieplicht lijkt vervolgens door de laatste volzin verder beperkt te worden tot herpublicaties van persoonsgegevens waarvoor de verantwoordelijke toestemming heeft verleend.

Het right to be forgotten is dus afgezwakt tot een informatieplicht waarvan de reikwijdte voor betrokkenen moeilijk te overzien is. Met deze afzwakking lijkt de Commissie er verder impliciet blij van te geven dat zij de toepassing van het recht op vergetelheid op zoekmachines zoals aangehangen door de Spaanse privacytoezichthouder niet onderschrijft. De juridische procedures van de Spaanse toezichthouder tegen Google zijn erop gericht verwijzingen naar publicaties op internet verwijderd te krijgen. Het opmerkelijke van deze juridische acties, die ondertussen hebben geleid tot een verwijzing naar het Hof van Justitie van de EU, is echter dat het onder meer gaat om verwijzingen naar artikelen in kranten die niet onrechtmatig zijn bevonden evenals om overheidspublicaties waarvan de rechtmatigheid kan worden aangenomen, omdat zij plaatsvinden op basis van een wettelijke verplichting.⁴ De toezichthouder was op basis van de media-exceptie niet bevoegd om de betreffende kranten (waaronder het gezaghebbende *El País*) direct aan te spreken.

Hoe verhoudt het voorstel zich ten slotte tot deze media-exceptie en tot het recht op vrijheid van meningsuiting meer in het algemeen? De media-exceptie is opgenomen in artikel 80 van het voorstel en verplicht lidstaten ertoe de werking van bepalingen uit bijna alle hoofdstukken van de verordening te beperken voor zover dat noodzakelijk is vanuit het oogpunt van het recht op de vrijheid van meningsuiting. Wat aan deze bepaling opvalt, is dat nog steeds dezelfde formulering wordt gebruikt – 'solely for journalistic purposes' – als in het

* Joris van Hoboken is senior onderzoeker aan het Instituut voor Informatierecht. De auteur wil graag Vicky Breemen bedanken voor haar onderzoek naar het voorstel voor het 'right to be forgotten'.

1 Het voorstel en de daarmee samenhangende documenten zijn te vinden op de website van de Europese Commissie, zie http://ec.europa.eu/justice/newsroom/data-protection/news/120125_en.htm.

2 Zie L. Siry & S. Schmitz, 'A Right to be Forgotten? – How Recent Developments in Germany May Affect the Internet Publishers in the US', *European Journal of Law and Technology*, vol. 3 no. 1 (2012).

3 Zie www.statewatch.org/news/2011/dec/eu-com-draft-dp-reg-inter-service-consultation.pdf.

4 Zie bijvoorbeeld M. Peguera, 'Spain asks the ECJ whether Google must delete links to personal data', 2 maart 2012. Het lijkt te gaan om nr. C-131/12.

huidige artikel 9 van de richtlijn. Er lijkt dus sprake van een media-exceptie met een klassieke insteek. Maar uit overweging 119 blijkt dat toch aansluiting wordt gezocht bij de rechtspraak van het HvJ EU dat dit begrip heel erg ruim heeft uitgelegd.⁵

Die ruime uitleg van de media-exceptie roept natuurlijk nadrukkelijk de vraag op of dit wel ruimte laat voor een op de publieke informatievoorziening toegesneden recht van betrokkenen. Een redelijke lezing van artikel 80 van het voorstel impliceert immers dat deze bepaling voor het overgrote deel van de publicaties van persoonsgegevens buiten toepassing dient te worden verklaard. In plaats van oplossingen te bieden voor privacy-schendingen online, problematiek waarvoor het persoonsgegevensbeschermingsrecht mogelijk in het geheel niet het juiste middel is, biedt het voorstel slechts een uitgekleed en onduidelijk recht dat tot nog vele juridische debatten en uiteindelijk slechts verwarring zal leiden bij Europese burgers. Het zou beter zijn dit uitgeklede recht op vergetelheid maar gewoon te schrappen.

5 HvJ EG 16 december 2008, nr. C-73/07 (*Satakunnan Markkinapörssi and Satamedia*).