

De journalistieke exceptie en de bescherming van persoonsgegevens

Laveren tussen twee grondrechten

Wetenschap

Wouter Hins*

Artikel 3 van de Wet bescherming persoonsgegevens (Wbp) bevat een uitzondering voor de verwerking van persoonsgegevens voor uitsluitend journalistieke, artistieke of literaire doeleinden. Het maken van een dergelijke uitzondering is voorgeschreven in artikel 9 van de EU richtlijn bescherming persoonsgegevens. Kunnen alleen integere en professionele journalisten een beroep doen op de journalistieke exceptie? Of iedereen die een boodschap aan het publiek heeft? Hieronder worden uiteenlopende beslissingen in Nederland en elders onderzocht. De Commissie heeft vorig jaar een verordening voorgesteld die in de plaats moet komen van de richtlijn. Het is te hopen dat de ruime uitleg die de verordening aan de exceptie geeft in het onderhandelingsproces gehandhaafd blijft.

Wbp en vrijheid van meningsuiting

De uitgangspunten van het recht op bescherming van persoonsgegevens en de vrijheid van meningsuiting staan diametraal tegenover elkaar. Artikel 8 Wbp, het centrale artikel van deze wet, bepaalt dat persoonsgegevens slechts mogen worden verwerkt indien daarvoor een rechtvaardiging bestaat. De mogelijke rechtvaardigingen zijn limitatief omschreven in de onderdelen a tot met f. Bovendien zijn de begrippen ‘persoonsgegeven’ en ‘verwerking’ in artikel 1 Wbp zeer ruim gedefinieerd. Een persoonsgegeven is ‘elk gegeven betreffende een geïdentificeerde of identificeerbare natuurlijke persoon’ (onderdeel a). Een verwerking van persoonsgegevens is

elke handeling of elk geheel van handelingen met betrekking tot persoonsgegevens, waaronder in ieder geval het verzamelen, vastleggen, ordenen, bewaren, bijwerken, wijzigen, opvragen, raadplegen, gebruiken, verstrekken door middel van doorzending, verspreiding of enige andere vorm van terbeschikkingstelling, samenbrengen, met elkaar in verband brengen, alsmede het afschermen, uitwissen of vernietigen van gegevens (onderdeel b).

Zodra je iets publiceert over een herkenbare persoon of iemands portret in een archief bewaart, is dat een verwerking van een persoonsgegeven. En dus slechts geoorloofd als de wet het toestaat.

Het is duidelijk dat de vrijheid van meningsuiting precies het tegenovergestelde voorschrijft. Niemand heeft voorafgaand verlof nodig om gedachten en gevoelens te openbaren, aldus artikel 7 van de Grondwet. Ook de internationale bepalingen over de vrijheid van meningsuiting, zoals artikel 10 EVRM, artikel 19 IVBPR en artikel 11 van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie, gaan uit van het principe dat een ieder mag publiceren wat hem goedgeeft. Vrijheid is de regel, een verbod de uitzondering. Mensen die de vrijheid van meningsuiting dierbaar is, zullen de Wet bescherming persoonsgegevens dan ook met zorg doorlezen. We komen bepalingen tegen over voorafgaand onderzoek door het College bescherming persoonsgegevens, een plicht om betrokkenen vooraf te waarschuwen en zelfs over voorafgaand verlof door een minister. Mede dankzij de journalistieke exceptie van artikel 3 Wbp kan strijd met de vrijheid van meningsuiting echter worden vermeden. Volgens artikel 3 is de wet niet van toepassing op onder meer journalistieke werkzaamheden, behoudens hoofdstuk 1, alsmede de artikelen 6 tot en met 11, 13 tot en met 15, 25 en 49.

Het is dus niet zo dat de Wbp geheel buiten werking wordt gesteld bij een succesvol beroep op de journalistieke exceptie. In het bijzonder artikel 8 blijft van toepassing. Dat kwam duidelijk naar voren in een uitspraak van de voorzieningenrechter van de rechtbank te 's-Hertogenbosch van 4 juli 2008

* Prof. mr. A.W. Hins is hoogleraar mediarecht aan de Universiteit Leiden, onderzoeker bij het IViR (Universiteit van Amsterdam) en redacteur van dit blad.

in de zaak Van de M. tegen stichting De Stelling.¹ De stichting exploiteerde een website met een elektronisch archief van 'Kleintje Muurkrant'. Eiser Van de M. vorderde dat oude publicaties betreffende zijn beweerde contacten met de onderwereld van de website zouden worden verwijderd, welke vordering door de voorzieningenrechter werd toegewezen op grond van artikel 8 Wbp. Kabel heeft zich in het *Nederlands Juristenblad* geërgerd over deze beslissing, omdat artikel 8 Wbp naar zijn mening niet is geschreven voor de publicatie van openbare persoonsgegevens, maar alleen voor de verwerking van niet-openbare persoonsgegevens.² In hoger beroep oordeelde het Hof te 's-Hertogenbosch dat artikel 8 Wbp weliswaar van toepassing was, maar niet geschonden. Het hof gaf een ruime uitleg aan de uitzondering van artikel 8 sub f, in die zin dat de vrijheid van meningsuiting een gerechtvaardigd belang van de stichting vormde, terwijl het privacybelang van de betrokkene niet prevaleerde.³ Het potentiële gevaar voor de persvrijheid werd op die manier afgewend.

EU-richtlijn

Blijkens de considerans beoogt de Wbp uitvoering te geven aan de EU richtlijn bescherming persoonsgegevens van 1995.⁴ Over de relatie tussen de richtlijn en de vrijheid van meningsuiting heeft het Hof van Justitie zich uitgelaten in het arrest *Lindqvist*, dat gewezen werd naar aanleiding van prejudiciële vragen van een Zweedse rechter.⁵ Mevrouw Lindqvist had een forse boete gekregen wegens overtreding van de nationale privacywet. Op haar persoonlijke website had zij melding gemaakt van het feit dat één van haar collega's zijn voet geblesseerd had. Persoonsgegevens betreffende iemands gezondheid zijn extra beschermd, zoals blijkt uit artikel 8 van de richtlijn, welk artikel correspondeert met de Nederlandse artikelen 16 en 21 Wbp. Was een sanctie noodzakelijk op basis van de richtlijn? Het Hof van Justitie antwoordde dat de autoriteiten en rechterlijke instanties van de lidstaten niet alleen hun nationale recht conform de richtlijn moeten uitleggen, maar er ook op moeten toezien dat zij zich niet baseren op een uitlegging die in conflict zou komen met de door de communautaire rechtsorde beschermde grondrechten. Na gewezen te hebben op de vrijheid van meningsuiting krachtens artikel 10 EVRM concludeerde het Hof van Justitie:

Het staat aan de nationale autoriteiten en rechterlijke instanties die belast zijn met de toepassing van de nationale regeling tot omzetting van richtlijn 95/46, een juist evenwicht te verzekeren tussen de betrokken rechten en belangen, met inbegrip van de door de communautaire rechtsorde beschermde grondrechten.

In de zaak *Lindqvist* was het Hof terughoudend met het geven van aanwijzingen. Eerder in het arrest staat de overweging dat de nationale rechter 'alle omstandigheden' in aanmerking moet nemen, met name de duur van de schending van

de regels en het belang van de bescherming van de gegevens voor de betrokkene.⁶ Door de uitdrukkelijke vermelding van deze twee factoren krijgt men de indruk dat het Hof een beetje medelijden had met mevrouw Lindqvist. Ze had haar website snel gewijzigd toen zij hoorde dat haar collega's bezwaren hadden. Bovendien is de mededeling dat iemand zijn voet heeft geblesseerd niet van dien aard dat deze persoon gebrandmerkt door het leven moet gaan. De beslissing werd echter nadrukkelijk overgelaten aan de nationale rechter. Deze terughoudende opstelling wat betreft het afwegen van botsende grondrechten neemt het Hof van Justitie wel vaker in.⁷ Ongetwijfeld speelt een rol dat de Europese wetgever in dergelijke gevallen vaak 'open' normen gebruikt om recht te doen aan de verschillende opvattingen van de lidstaten. Op het moment dat een richtlijn gedetailleerde normen bevat of wanneer blijkt dat binnen de Europese Unie consensus bestaat over het gewicht van de belangen, kan het Hof zijn terughoudende opstelling laten varen.

Het Hof besteedde geen aandacht aan de journalistieke exceptie als bedoeld in artikel 9 van de richtlijn, waarvan de tekst luidt:

De Lid-Staten voorzien voor de verwerking van persoonsgegevens voor uitsluitend journalistieke of voor artistieke of literaire doeleinden in uitzonderingen op en afwijkingen van de bepalingen van dit hoofdstuk en van de hoofdstukken IV en VI uitsluitend voor zover deze nodig blijken om het recht op persoonlijke levenssfeer te verzoenen met de regels betreffende de vrijheid van meningsuiting.

'De bepalingen van dit hoofdstuk' zijn de bepalingen van hoofdstuk II van de richtlijn, getiteld 'Algemene voorwaarden voor de rechtmatigheid van de verwerking van persoonsgegevens'. Hoofdstuk IV heeft betrekking op de doorgifte van persoonsgegevens naar derde landen en hoofdstuk VI gaat over het toezicht. Een vergelijking tussen de richtlijn en de Nederlandse Wbp laat twee verschillen zien. Artikel 9 van de richtlijn verplicht tot het maken van uitzonderingen op alle algemene verwerkingsvoorschriften, neergelegd in hoofdstuk II, terwijl artikel 3 Wbp de algemene verwerkingsvoorschriften deels ongemoeid laat. Bovendien eist de richtlijn dat uitzonderingen noodzakelijk moeten zijn in verband met de vrijheid van meningsuiting. Artikel 3, eerste lid, Wbp stelt die eis niet.⁸

Op het eerste gezicht lijkt het logisch dat het Hof in het arrest *Lindqvist* geen analyse heeft gegeven van de journalistieke exceptie. Om te beginnen had de Zweedse rechter daar geen vraag over gesteld. Bovendien was de website van mevrouw Lindqvist een particuliere hobby, die zij vanaf haar computer thuis beoefende. In het dagelijks leven was zij actief voor de plaatselijke kerk en werkte zij als schoonmaakster. In opmerkingen ten behoeve van het Hof besteedde de Commissie echter wel aandacht aan artikel 9 van de richtlijn. De Commissie voerde aan dat een website zoals de onderhavige, gelet op het

1 V.zr. Rb. 's-Hertogenbosch 4 juli 2008, *Tijdschrift voor Internetrecht* 2008-5, p. 131.
2 J.J.C. Kabel., 'De werkers van het woord verworden tot verwerkers', *NJB* 2008/35, p. 2226-2227.
3 Hof 's-Hertogenbosch 1 februari 2011, *Mediaforum* 2011-4, nr. 10 m.nt. Quinten Kroes.
4 Richtlijn nr. 95/46/EG van het Europees Parlement en de Raad van de Europese Unie van 23 november 1995 betreffende de bescherming van natuurlijke personen in verband met de verwerking van persoonsgegevens en betreffende het vrije verkeer van die gegevens (*PbEG* L 281/31).
5 HvJ EG 6 november 2003, C-101/01, *Lindqvist*, *NJ* 2004, 248 en *NJCM-bulletin*

2004-3, p. 415-425, m.nt. H.J. Kranenborg. De feitelijke achtergronden van deze zaak in Zweden zijn beschreven door Mathias Klang, 'Technology, Speech, Law & Ignorance. The state of Free Speech in Sweden', *Hertfordshire Law Journal* 1 (2), Autumn 2003, p. 48-63.
6 *Lindqvist*, r.o. 89.
7 Zie o.a. HvJ EG 29 januari 2008, C-275/06, *Promusicae*, r.o. 67.
8 Het ontbreken van een noodzaakcriterium in artikel 3, eerste lid, Wbp heeft niet te betekenen dat de richtlijn verkeerd is omgezet. In Nederland heeft de vaststelling van de noodzaak in abstracto plaats gevonden door de wetgever. Artikel 3, tweede lid, bevat wel een noodzaakcriterium.

doel ervan, 'een creatie voor artistieke of literaire doeleinden in de zin van artikel 9 van de richtlijn is'.⁹ Relevant lijkt in dit verband het opschrift bij deze bepaling: 'Verwerking van persoonsgegevens en vrijheid van meningsuiting'. Men kan daaruit afleiden dat de opstellers van de richtlijn geen privilege wilden invoeren voor afgebakende beroepsgroepen (journalisten, artiesten en schrijvers), maar het oog hadden op de vrijheid van meningsuiting in ruimere zin. Ook als iemand geen journalist is, heeft hij of zij wel recht op vrijheid van meningsuiting. Tegen die achtergrond is het jammer dat het Hof artikel 9 van de richtlijn buiten beschouwing liet.

Richtsnoeren van het CBP

Vier jaar nadat het Hof van Justitie het arrest *Lindqvist* had gewezen, besloot het College bescherming persoonsgegevens (CBP) in Nederland tot het vaststellen van 'Richtsnoeren' met betrekking tot de publicatie van persoonsgegevens op internet. De richtsnoeren hebben het karakter van een beleidsregel en zijn in werking getreden op 11 december 2007.¹⁰ Zij zijn vandaag de dag nog steeds geldig. Voor ons is vooral interessant wat het College overweegt met betrekking tot de uitleg van artikel 3 Wbp. Hoewel deze bepaling niet alleen melding maakt van journalistieke, maar ook van artistieke en literaire doeleinden, beperken de richtsnoeren zich tot publicaties met een journalistiek doel. Ter verklaring merkt het College op dat een beroep op artistieke of literaire doeleinden in de praktijk zelden voorkomt.

Alvorens in te gaan op de betekenis van het woord 'journalistiek' brengt het College in herinnering dat artikel 9 van de EU Richtlijn bescherming persoonsgegevens uitzonderingen voor de media verplicht stelt, maar uitsluitend voor zover deze 'nodig blijken'. Volgens het College is het de taak van de wetgever om uit te maken of een uitzondering nodig is. De Nederlandse wetgever heeft journalistieke publicaties niet vrijgesteld van de algemene zorgvuldigheidsvereisten, neergelegd in de artikelen 6 tot en met 11 en 13 tot en met 15 Wbp, omdat dit niet nodig was. Van andere bepalingen was een vrijstelling wel nodig, zoals die met betrekking tot het toezicht door het College. Het College concludeert dan ook dat vaststelling van de grens tussen journalistieke en niet-journalistieke uitingen van groot belang is om te bepalen wanneer het CBP handhavend kan optreden. Kennelijk acht het College zich niet bevoegd om de exceptie slechts gedeeltelijk toe te passen, afhankelijk van het concrete geval. Het is alles of niets. Het gebruik van het woord 'uitsluitend' in artikel 9 van de Richtlijn en artikel 3 van de Wbp is inderdaad moeilijk te rijmen met de gedachte dat een publicatie met een gedeeltelijk journalistiek karakter ook gedeeltelijk zou kunnen profiteren van de exceptie.

Om recht te doen aan het College volgt hieronder een letterlijk citaat uit de richtsnoeren:

De publicatie van persoonsgegevens op internet valt onder de journalistieke exceptie als zij een uiting is van algemeen maatschappelijk belang die in journalistieke hoedanigheid wordt gedaan (dus

niet perse als journalist). Of een uiting met recht en reden een uitsluitend journalistiek doeleinde beweert te dienen, dient te worden beoordeeld door de uiting in zijn context te bekijken en daarna tot een afweging van belangen te komen. Bij die beoordeling hanteert het CBP de volgende criteria:

- a. *is de activiteit gericht op (objectieve) informatieverzameling en verstrekking?*
- b. *gaat het om een regelmatige bezigheid?*
- c. *gaat het erom iets van maatschappelijke strekking aan de orde te stellen?*
- d. *kent de publicatie een recht van repliek of rectificatie achteraf?*

*Alleen als een publicatie aan alle vier criteria voldoet, is de journalistieke exceptie in ieder geval van toepassing.*¹¹

De woorden 'in ieder geval' in de laatste zin zijn belangrijk. Kennelijk is niet uitgesloten dat de journalistieke exceptie ook kan worden ingeroepen wanneer niet aan alle vier criteria is voldaan.¹² Het College laat echter in het midden wanneer sprake zou kunnen zijn van een dergelijk geval. In de toelichting bij het vierde criterium wordt wel benadrukt hoe belangrijk het is dat betrokkenen de mogelijkheid hebben om achteraf, na publicatie op internet, commentaar te leveren op persoonsgegevens over hen die evident onjuist zijn. Als die mogelijkheid niet bestaat 'kan niet worden aangenomen dat de publicatie een uitsluitend journalistiek doeleinde dient'. 'In dat geval zijn dus alle verplichtingen uit de Wbp van toepassing', zo concludeert het College.¹³ Het vierde criterium is dus essentieel.

Het arrest Satamedia

In de zaak *Tietosuojavaltuutettu/Satakunnan Markkinapörssi Oy en Satamedia Oy* heeft het Hof zich nogmaals gebogen over de spanning die bestaat tussen de bescherming van persoonsgegevens en de vrijheid van meningsuiting.¹⁴ Zoals de naam van de partijen doet vermoeden, ging het om prejudiciële vragen uit Finland. Satakunnan is een uitgever die al enkele jaren per regio lijsten publiceerde van burgers die meer verdienen dan een bepaald bedrag. Toen de procedure begon ging het om 1,2 miljoen personen, een kwart van alle inwoners. De informatie was gerangschikt op naam, woonplaats en inkomenscategorie. Een indrukwekkend staaltje van vrije nieuwsgaring? Nee, Satakunnan kreeg de gegevens gewoon van de fiscus. Volgens het Finse recht behoren gegevens uit fiscale opgaven namelijk tot het publieke domein.

De uitgever was op het idee gekomen de informatievoorziening op papier uit te breiden met een elektronische variant. Satamedia, een bedrijf dat tot hetzelfde concern behoort, zou een sms-dienst aanbieden waarmee consumenten tegen betaling gericht informatie kunnen opvragen. Door het intoetsen van de voornaam, achternaam en woonplaats van een bepaalde persoon, kon de verzoeker op zijn beeldscherm een opgave krijgen van diens inkomen uit arbeid, overige inkomsten en vermogen. Kosten: ongeveer twee euro per verzoek. Naar aanleiding van protesten van enkele burgers kwam de Finse ombudsman voor databescherming, de Tietosuojavaltuutettu,

9 *Lindqvist*, r.o. 33.

10 CBP Richtsnoeren 'Publicatie van persoonsgegevens op internet', december 2007, http://www.cbprecht.nl/Pages/rs_publicatie_persgeg_internet.aspx.

11 CBP-richtsnoeren p. 43-44.

12 Tjeerd Schiphof, 'De onduidelijke journalistieke exceptie in de Wet bescherming persoonsgegevens', *Mediaforum* 2008-5, p. 208-211, leest de richtsnoeren zo

dat aan alle vier criteria moet zijn voldaan (p. 209).

13 CBP-richtsnoeren, p. 45.

14 HvJ EG 16 december 2008, C-73/07, *Tietosuojavaltuutettu/Satakunnan Markkinapörssi Oy en Satamedia Oy*, *Mediaforum* 2009-2, nr. 5 m.nt. Q.R. Kroes en *Common Market Law Review* Vol. 47 no. 1, 2010, p. 215-233 m.nt. A.W. Hins.

hiertegen in het geweer. Hij diende een klacht in bij de nationale toezichthouder voor gegevensbescherming – vergelijkbaar met ons CBP –, maar zijn klacht werd afgewezen. Beroep bij de rechtbank in Helsinki had geen succes, waarop hoger beroep volgde bij de hoogste administratieve rechter, de Korkein hallinto-oikeus. Het is deze rechter die prejudiciële vragen stelde aan het Hof van Justitie. Niet over de verstrekking van persoonsgegevens door de overheid, die voortvloeide uit een wettelijke verplichting. Wel over de commerciële exploitatie daarvan door particuliere bedrijven.

Het Hof behandelt eerst de vraag of de richtlijn bescherming persoonsgegevens überhaupt van toepassing is op het verwerken van persoonsgegevens die eerder in de media zijn gepubliceerd. De vraag doet denken aan de eerder genoemde bezwaren van Kabel tegen het toepassen van de Wet bescherming persoonsgegevens op het digitale archief van ‘Klein-tje Muurkrant’.¹⁵ Naar het oordeel van het Hof is de richtlijn inderdaad van toepassing. Er gelden slechts twee algemene uitzonderingen op de toepasselijkheid van de richtlijn, die beide zijn omschreven in artikel 3, tweede lid: enerzijds specifieke activiteiten van overheidsdiensten die geen commercieel karakter hebben en anderzijds activiteiten van natuurlijke personen die tot het persoonlijke of gezinsleven behoren. Een algemene uitzondering voor het doorgeven van reeds eerder gepubliceerde gegevens kent de richtlijn niet. In zijn noot bij het *Satamedia*-arrest merkte Kroes op dat in andere opzichten wel relevant kan zijn dat persoonsgegevens reeds op straat liggen, bijvoorbeeld doordat de betrokkene ze zelf op het internet heeft gezet.¹⁶

Vervolgens bespreekt het Hof de betekenis van de journalistieke exceptie krachtens artikel 9 van de richtlijn. Is in een geval als dit sprake van een verwerking van persoonsgegevens voor uitsluitend journalistieke doeleinden? Ook voor Nederland is dat een relevante vraag. Zouden diensten zoals verzorgd door Satakunnan en Satamedia moeten worden beschouwd als diensten met een uitsluitend journalistiek doel, dan vervalt de bevoegdheid van het CBP geheel. Geschillen over de rechtmatigheid van de verwerking kunnen dan alleen worden voorgelegd aan de burgerlijke rechter. Het Hof overweegt:

Om rekening te houden met het belang dat de vrijheid van meningsuiting in elke democratische samenleving toekomt, is het in de eerste plaats noodzakelijk, de daarmee samenhangende begrippen, waaronder het begrip journalistiek, ruim te interpreteren. In de tweede plaats, om tot een evenwichtige afweging tussen de beide fundamentele rechten te komen, eist het fundamentele recht op bescherming van het privéleven dat de uitzonderingen op en beperkingen van de gegevensbescherming in vorengenoemde hoofdstukken van de richtlijn, binnen de grenzen van het strikt noodzakelijke blijven.¹⁷

Enkele overwegingen later geeft het Hof dan ook een ruime definitie. Activiteiten als die van Satakunnan en Satamedia zijn journalistieke activiteiten ‘indien zij de bekendmaking aan

het publiek van informatie, meningen of ideeën tot doel hebben, ongeacht het overdrachtsmedium’. Deze activiteiten zijn niet voorbehouden aan mediaondernemingen en kunnen een winstooigmerk hebben.¹⁸ Advocaat-Generaal Kokott had een andere benadering voorgesteld. Zij was voorstander van een restrictieve interpretatie van artikel 9 van de richtlijn, omdat dit een uitzondering vormt op een hoofdregel. Daar komt bij dat artikel 9 niet altijd nodig is om recht te doen aan de vrijheid van meningsuiting. Andere bepalingen van de richtlijn bieden daar ook ruimte voor. Haar conclusie was dat journalistieke doeleinden in de zin van artikel 9 van de richtlijn alleen aanwezig zijn wanneer de verspreiding van persoonsgegevens als doel heeft het publiek te informeren over zaken van maatschappelijk belang. De beperking tot informatie van ‘maatschappelijk belang’ komt in het arrest van het Hof niet terug.¹⁹

Het vervolg in Finland

Wie na *Satamedia* verwachtte dat de betrokken uitgevers op rozen zaten, is bedrogen uitgekomen. Het Hof maakte duidelijk welke factoren *niet* doorslaggevend zijn: de gebruikte techniek van verspreiding (bijvoorbeeld drukpers, omroep of sms-dienst), het functioneren als mediaonderneming en het al dan niet commerciële karakter van de activiteiten. Welke factoren wel doorslaggevend zijn komt minder goed uit de verf. Wanneer kan men spreken van een ‘bekendmaking aan het publiek’? Wanneer worden ‘uitsluitend’ journalistieke doelen beoogd? En last but not least: wanneer is een afwijking van de normale privacyregels ‘noodzakelijk’? Het administratieve gerechtshof in Finland, dat de bodemprocedure moest afhandelen, kwam tot een verrassend eindoordeel. Enkele maanden na het antwoord op de prejudiciële vragen oordeelde dit nationale gerecht dat de sms-dienst van Satamedia niet gerechtvaardigd kon worden op basis van de journalistieke exceptie, omdat alleen specifieke persoonsgegevens werden verschaft aan afnemers met een individuele belangstelling.²⁰

Een informele vertaling van de overwegingen van het Finse administratieve gerechtshof luidt als volgt:

The text message service of Satamedia Oy is based on the fact that the company's service processes an individual person's tax data according to a request by another person. The question is not, as mentioned above, about expressing knowledge to a public, but about fulfilling a request made by an individual person about a person's personal data. The necessary, open and socially interesting discussion or the control of society's exercise of power and the freedom of evaluation, all necessary in a democratic society, do not require an ability to treat individual personal data in the manner that is discussed here. Freedom of speech does not require an exemption to the protection of privacy in a situation of this kind.²¹

Niet alleen de sms-dienst van Satamedia moest eraan geloven, maar ook de papieren lijsten met namen, woonplaatsen

15 Zie hierboven voetnoot 2.

16 Q.R. Kroes, *Mediaforum* 2009-2, p. 75. Het arrest van het Hof 's-Hertogenbosch van 1 februari 2011 heeft dit bevestigd. Zie hierboven voetnoot 3.

17 *Satamedia* (zie noot 14), r.o. 56.

18 *Satamedia* (zie noot 14), r.o. 61. In overweging 62 stelt het Hof dat het taak is van de nationale rechter te beoordelen of een verwerking ‘uitsluitend’ journalistieke doeleinden beoogt.

19 Zowel het Hof (r.o. 53 t/m 56) als A-G Kokott (par. 37 t/m 45) baseren hun uitleg op de noodzaak de achterliggende grondrechten met elkaar te verzoenen.

20 Korkein Hallinto-orkeus 23 september 2009, KHO, Case 2009/82 [2009]. Integraal in het Fins te raadplegen op www.kho.fi/paatokset/47977.htm. Een zeer summier samenvatting in het Engels staat op www.aca-europe.eu/WWJURIFAST_WEB/DOCS/FI01/FI01000075.pdf.

21 David Erdos, ‘Confused? Analysing the Scope of Freedom of Speech Protection vis-à-vis European Data Protection’ (July 28, 2012). *Oxford Legal Studies Research Paper* No.48/2012, p. 15-16. Te downloaden van SSRN: <http://ssrn.com/abstract=2119187>.

en inkomens, die haar zusteronderneming Satakunnan al een paar jaar op de markt had gebracht. Weliswaar was daar geen sprake van een specifieke informatieverstrekking op individueel verzoek, maar het gerechtshof wees op het ongeredige karakter en de grote omvang van de lijsten. Als we de informele vertaling van het Finse arrest mogen geloven overwoog het gerechtshof: *‘Because the processing of registered data to this extent can be compared with publishing of a so-called background register gathered by the whole company for editorial use, the question is not only about expressing information, opinion and ideas.’*²² De zaak werd terugverwezen naar de Finse toezichthouder, vergelijkbaar met het CBP, die vervolgens aan zowel Satamedia als aan Satakunnan een last oplegde de gewraakte verwerkingen van persoonsgegevens te staken.

Op de overwegingen van de Finse rechter is wel iets af te dingen. Het enkele feit dat Satamedia specifieke informatie verstrekke op individueel verzoek kan niet doorslaggevend zijn voor het ontbreken van een journalistiek oogmerk. Online kranten, waarvan niemand het journalistieke karakter zal ontkennen, bieden steeds vaker de mogelijkheid dat abonnees op hun verzoek individueel informatie ontvangen over een specifiek onderwerp. Lezers kunnen zich aanmelden voor de Twitterberichten van een bepaalde columnist of voor de discussiebijdragen op een gespecialiseerd forum.²³ Wat betreft de papieren lijsten van Satakunnan lijkt het gerechtshof een wat gekunsteld onderscheid te maken tussen ruwe achtergrondinformatie, die door journalisten bewerkt moet worden en een eindproduct, dat voor consumenten bestemd is. Wanneer journalisten hun werkwijze controleerbaar maken door belangstellenden inzage te bieden in hun ruwe materiaal is dat dan geen journalistiek meer? Kennelijk is de Finse rechter van oordeel dat al gauw sprake is van een niet-journalistieke toevoeging, waardoor de kwestie *‘not only’* journalistieke kenmerken heeft.

Andere landen in de EU

De reikwijdte van de journalistieke exceptie kwam in 2009 aan de orde bij het Duitse Bundesgerichtshof (BGH).²⁴ Een leraar voelde zich in haar privacy aangetast door een ‘Bewertungsforum’ op het internet. Het ging om de site voor scholieren ‘www.spickmich.de’, die nog steeds in bedrijf is. De toegang is gratis, maar gebruikers moeten zich laten registreren met naam, voornaam, geboortedatum en emailadres. Steen des aanstoots was de rubriek ‘Mijn School’. Scholieren kunnen daar onder meer cijfers geven aan hun docenten voor diverse aspecten van hun functioneren. Als minstens tien vragenlijsten over een docent zijn ingevuld komt Spickmich met een rapport. De exploitant heeft bepaalde maatregelen genomen om de eerlijkheid te bevorderen. Een beoordeling die uitsluitend uit de allerlaagste (of allerhoogste) cijfers bestaat telt niet mee voor het gemiddelde. Als gebruikers denken dat een verkeerd beeld van een leraar wordt gegeven, kunnen zij op de site een reactie plaatsen. Tenslotte wordt ervoor gewaakt dat de cijfers niet verouderd zijn. Vast staat wel dat een verwerking van persoonsgegevens plaats vindt. De leraren worden met name

genoemd, de school waaraan zij verbonden zijn, de vakken die zij geven en de recensies die zij hebben gekregen. Dat is volgens het Bundesdatenschutzgesetz (BDSG) verboden, behoudens uitzonderingen.

Kon Spickmich zich beroepen op de journalistieke exceptie? Het BDSG eist daarvoor dat de bewerking een *‘pressemäßigen Veröffentlichung’* dient en dat de persoonsgegevens uitsluitend voor eigen journalistieke of literaire doelen bestemd zijn. Daarvan is volgens het gerecht in dit geval geen sprake.

*Übertragen auf den Bereich der Telemedien kann mithin die reine Übermittlung von erhobenen Daten an Nutzer nicht unter den besonderen Schutz der Presse fallen, weil die bloße automatische Auflistung von redaktionellen Beiträgen noch nicht eine eigene journalistisch-redaktionelle Gestaltung darstellt [...]. Erst wenn die meinungsbildende Wirkung für die Allgemeinheit prägender Bestandteil des Angebots und nicht nur schmückendes Beiwerk ist, kann von einer solchen Gestaltung gesprochen werden.’*²⁵

Niettemin komt Spickmich als overwinnaar uit de strijd. Na een belangenafweging in het licht van de grondrechten oordeelt het BGH dat het belang van de vrijheid van meningsuiting zwaarder weegt dan het belang van de leraar.

Scheuer en Schweda hebben dit arrest vergeleken met een vonnis van de Parijse Tribunal de Grande Instance, dat later is bevestigd door de Cour d’Appel de Paris.²⁶ De feitelijke achtergronden zijn bijna identiek. Ook in Frankrijk had het geschil betrekking op een beoordelingsite voor leraren. De uitslag was echter anders. De Franse rechter woog het belang van de uitingvrijheid af tegen het belang van de integriteit van het onderwijs en gaf voorrang aan het laatste. Aan de journalistieke exceptie kwam het Tribunal niet toe. In Nederland heeft het CBP begin 2009 twee klachten gegrond verklaard van leraren tegen de site www.beoordeelmijnleraar.nl. Aan de uitzondering van artikel 3 Wbp besteedde het College geen aandacht.²⁷

Het Verenigd Koninkrijk en Italië blijken evenmin geneigd een ruime uitleg te geven aan de journalistieke exceptie. Flanagan heeft onderzocht hoe deze twee landen uitvoering geven aan artikel 9 van de richtlijn bescherming persoonsgegevens. Haar conclusie is dat beide landen een *‘public interest test’* hanteren.²⁸ Het CBP in Nederland neemt dus geen uitzonderingspositie in. De richtsnoeren van het CBP die hierboven werden geciteerd eisen immers dat de journalistieke uiting van ‘algemeen maatschappelijk belang’ is en dat deze ‘iets van maatschappelijke strekking’ aan de orde beoogt te stellen. Het Satamedia arrest vormde voor het College geen aanleiding de richtsnoeren in te trekken of te wijzigen.²⁹

Voorstel EU-verordening

Op 25 januari 2012 diende de Commissie een voorstel in voor een verordening van het Europees Parlement en de Raad die aangeduid zal worden als de ‘algemene verordening gegevens-

22 David Erdos, a.w., p. 16.

23 Anne Flanagan, ‘Defining “journalism” in the age of evolving social media: a questionable EU test’, *International Journal of Law and Information Technology*, Vol. 21, No. 1 (2013), pp. 1–30.

24 BGH 23 juni 2009, VI ZR 196/08 (Spickmich). Te vinden op <http://bit.ly/14XhiIB>.

25 BGH 23 juni 2009 (Spickmich), t.o. 21.

26 Alexander Scheuer en Sebastian Schweda, ‘The Protection of Personal Data and the Media’, *IRIS plus* 2011/6, p. 13. De Franse uitspraken zijn TGI 3 maart 2008, No. RG 08/51650, <http://bit.ly/12xkQ9S>, en Cour d’Appel de Paris 25 juni 2008, No. RG: 08/04727, <http://bit.ly/16FX269>.

27 CBB 10 februari 2009, 22008-00583. ‘Definitieve bevindingen. Onderzoek CBB naar www.beoordeelmijnleraar.nl.’ Te vinden op www.cbweb.nl.

28 Anne Flanagan, a.w. (zie noot 23), p. 20–25

29 Zie hierboven noten 10 en 11.

bescherming³⁰. De verordening, die gebaseerd zal zijn op artikel 16, tweede lid, van het VWEU, zal in de plaats komen van de huidige richtlijn bescherming persoonsgegevens. Achtergrond is de wens om via de rechtstreekse toepasselijkheid van een verordening (artikel 288 VWEU) meer eenheid binnen de Europese Unie te bewerkstelligen. Verwijzingen naar de ingetrokken richtlijn zullen in de toekomst gelden als verwijzingen naar de verordening. Artikel 9 van de richtlijn vinden we in de ontwerpverordening terug als artikel 80. Dit artikel luidt:

Artikel 80

Verwerking van persoonsgegevens en vrijheid van meningsuiting

1. De lidstaten voorzien voor de verwerking van persoonsgegevens voor uitsluitend journalistieke of voor artistieke en literaire doeleinden in uitzonderingen op of afwijkingen van de bepalingen inzake de algemene beginselen in hoofdstuk II, de rechten van de betrokkenen in hoofdstuk III, de voor de verwerking verantwoorde lijke en de verwerker in hoofdstuk IV, de doorgifte van persoonsgegevens naar derde landen en internationale organisaties in hoofdstuk V, de onafhankelijke toezichthoudende autoriteiten in hoofdstuk VI en samenwerking en conformiteit in hoofdstuk VII, om het recht op bescherming van persoonsgegevens te verzoenen met de regels betreffende de vrijheid van meningsuiting.

2. Elke lidstaat deelt de Commissie uiterlijk op de in artikel 91, lid 2, vastgelegde datum de rechtsvoorschriften mee die hij overeenkomstig lid 1 vaststelt, alsook onverwijld alle latere wijzigingen daarvan.

Artikel 80 past eigenlijk niet goed in een verordening. Volgens de systematiek van artikel 288 VWEU is een verordening verbindend in al haar onderdelen en is zij rechtstreeks toepasselijk in elke lidstaat. Het geven van een opdracht tot wetgeving hoort meer thuis in een richtlijn. Aan de lidstaten wordt in artikel 80 van het ontwerp bovendien een grote beleidsvrijheid gelaten. Op zichzelf is dat verklaarbaar gezien de voorgeschiedenis. De Europese Toezichthouder voor gegevensbescherming heeft tijdens de voorbereiding van het ontwerp opgemerkt dat op sommige terreinen flexibiliteit nodig is. Dat zou in het bijzonder gelden voor de journalistieke exceptie, gezien de verschillende tradities van lidstaten op het terrein van de vrijheid van meningsuiting.³¹ Bij de uitvoering zullen nationale wetgevers zich weliswaar moeten laten leiden door het Handvest Grondrechten van de EU, maar dat schrijft niet voor hoe botsende grondrechten tegen elkaar moeten worden afgewogen.³² Houvast zal daarom moeten komen van de toelichting bij de verordening en eventuele jurisprudentie van het Hof van Justitie.

Blijkens overweging 121 van de considerans zal de uitzondering van artikel 80 ‘met name’ voor audiovisuele doeleinden en voor nieuws- en persarchieven gelden. Gelet op het belang van het recht van vrijheid van meningsuiting in elke democratische samenleving, zo is in deze overweging te lezen, dienen begrippen die betrekking hebben op die vrijheid, zoals ‘journalistiek’, ruim te worden uitgelegd. De lidstaten dienen activiteiten als journalistiek aan te merken, indien zij de bekendmaking aan

het publiek van informatie, meningen of ideeën tot doel hebben, ongeacht het voor de doorgifte gebruikte medium. Het hoeft niet noodzakelijkerwijs om activiteiten van mediaondernemingen te gaan en zij kunnen met of zonder winst oogmerk worden uitgevoerd. We herkennen in overweging 121 zonder moeite de woorden van het Hof van Justitie uit het *Satamedia*-arrest.

Er is één relevant verschil tussen artikel 9 van de richtlijn en artikel 80 van de voorgestelde verordening. In artikel 80 keren niet de woorden terug ‘uitsluitend voor zover deze nodig blijken’. Daarmee komt de gelijkwaardigheid van de achterliggende grondrechten – bescherming van persoonsgegevens en vrijheid van meningsuiting – beter over het voetlicht. Het staat niet bij voorbaat 1-0 voor de bescherming van persoonsgegevens, maar de wedstrijd begint bij 0-0.³³ Een dergelijke uitleg sluit aan bij een resolutie van het Europees Parlement van 6 juli 2011. Daarin onderstreepte het Europees Parlement het belang van artikel 9 van Richtlijn 95/46/EC en riep het de Commissie op ‘to ensure that these exemptions are maintained and that every effort is made to evaluate the need for developing these exceptions further in the light of any new provisions in order to protect freedom of the press’.³⁴

Binnen Nederland heeft de ontwerpverordening ruime aandacht gekregen van de politiek. Staatssecretaris Teeven van Veiligheid en Justitie deed bij brief van 11 februari 2013 verslag aan de Tweede Kamer over de voortgang van de onderhandelingen.³⁵ De journalistieke exceptie wordt daarin echter niet genoemd. Wel is dit aspect aan de orde geweest in de schriftelijke voorlichting die de Afdeling advisering van de Raad van State op 28 juni 2012 heeft gegeven op verzoek van de Tweede Kamer.³⁶ De Afdeling stelde voor de tekst van artikel 80 overeenkomstig overweging 121 toe te spitsen op ‘uitingen die tot doel hebben de bekendmaking aan het publiek van informatie, meningen of ideeën, ongeacht het overdrachtsmedium’. Voorts merkte de Afdeling op dat de afwezigheid van de noodzakelijkheidseis in het voorgestelde artikel 80 de suggestie kan wekken dat de uitzonderingsmogelijkheid verruimd is. Dat vond de Afdeling geen goed idee. Naar het oordeel van de Afdeling zou het de voorkeur verdienen op dit punt de terminologie over te nemen van het thans geldende artikel 9 van de richtlijn.

Hoe nu verder?

De journalistieke exceptie is in veel gevallen niet nodig om de bescherming van persoonsgegeven te verzoenen met de vrijheid van meningsuiting. Wanneer het gaat om de beoordeling van de rechtmatigheid van een publicatie of een digitaal archief, komt men goed uit de voeten met artikel 8 sub f van de Wbp, dat overeenkomt met artikel 7 sub f van de EU-richtlijn. Het arrest van het Hof ’s-Hertogenbosch in de zaak *Kleintje Muurkrant* illustreert dat de rechter de twee betrokken grondrechten – de vrijheid van meningsuiting en de bescherming van persoonsgegevens – tegen elkaar kan afwegen, met inacht-

30 COM(2012) 11 final.

31 Advies van de Europese Toezichthouder voor gegevensbescherming betreffende de mededeling van de Commissie ‘Een integrale aanpak van de bescherming van persoonsgegevens in de Europese Unie’, *PbEU* van 22 juni 2011, C 181/1 (paragraaf 53).

32 Het belang van het Handvest is recent weer benadrukt door HvJ EU 26 februari 2013, C-617/10, *Åkerberg Fransson* en HvJ EU 26 februari 2013, C-399/11, *Melloni*.

33 Scheuer en Schweda, a.w. (zie noot 26), p. 14, herinneren eraan dat de European Broadcasting Union tijdens de voorbereiding van de verordening pleitte voor versterking van de vrijheid van meningsuiting.

34 Resolutie van het Europees Parlement van 6 juli 2011 over een integrale aanpak van de bescherming van persoonsgegevens in de Europese Unie (2011/2025(INI)), *PbEU* 2013, C 33 E, p. 101-110, punt 3.

35 *Kamerstukken II* 2012/13, 32 761, nr. 46.

36 *Kamerstukken II* 2011/12, 32 761, nr. 32.

neming van alle bijzonderheden van het concrete geval.³⁷ Een checklist is te vinden in het arrest *Gemeenteraadslid* van de Hoge Raad van 1983.³⁸ Het belang van de vrijheid van meningsuiting zal zwaar wegen wanneer een ernstige misstand wordt onthuld. Minder zwaar zal dit belang wegen wanneer iemand onware beweringen doet over het privéleven van zijn buurman. Dat systeem werkt goed, zodat een aparte voorziening voor de vrijheid van meningsuiting niet nodig is. In Nederland geldt de journalistieke exceptie dan ook niet ten aanzien van onder meer artikel 8 Wbp en de burgerlijke rechter kan dit artikel gewoon toepassen.

De situatie ligt anders bij het bestuurlijke en preventieve toezicht krachtens de EU-richtlijn en de Wbp. Te noemen zijn het voorafgaand onderzoek door het CBP, de plicht om betrokkenen te informeren over het verzamelen van gegevens, het correctierecht, de toepassing van bestuursdwang en de ministeriële vergunning voor de export van gegevens naar landen buiten de Europese Unie.³⁹ Hier dreigt een conflict met artikel 7 Grondwet, dat stelt niemand voorafgaand verlof nodig heeft om gedachten en gevoelens te openbaren. Deze bepaling kent geen uitzondering voor de bescherming van de privacy en maakt geen onderscheid tussen journalistieke en niet-journalistieke doeleinden. Uit het vonnis over het fotografeerverbod in Wassenaar blijkt dat ook het garen van informatie wordt beschermd.⁴⁰ Omdat de bepalingen van de Wbp over bestuur-

lijk en preventief toezicht geen passende clausulering bevatten, is het goed dat artikel 9 van de Richtlijn en artikel 3 Wbp een exceptie bevatten voor journalistieke, artistieke of literaire doeleinden. Op die manier kan strijd met artikel 7 van de Grondwet worden vermeden.

Gelukkig heeft het Hof van Justitie in het arrest *Satamedia* een ruime uitleg gegeven aan het begrip 'journalistieke doeleinden'. Artikel 7 Grondwet beschermt immers ook niet-journalisten. Zeker nu artikel 9 van de Richtlijn tevens melding maakt van artistieke en literaire doeleinden, kan men het arrest zo interpreteren dat een ieder die gedachten en gevoelens openbaart kan worden uitgezonderd van bestuurlijk en preventief toezicht. Of dit de juiste interpretatie is, staat echter niet vast.⁴¹ Verscheidene lidstaten hebben een restrictieve uitleg gegeven aan het arrest, waardoor bijvoorbeeld een rating site en een sms-dienst buiten de exceptie vielen. Het voorstel voor de 'Algemene verordening gegevensbescherming', dat de Commissie begin 2012 indiende, biedt een kans duidelijkheid te scheppen. Nederland zou er verstandig aan doen bij de onderhandelingen te pleiten voor een ruime uitleg van de exceptie. Het voorstel van de Raad van State om een eis van noodzakelijkheid toe te voegen is wat dat betreft niet erg tactisch. Wat voor de Nederlandse Grondwet noodzakelijk is, hoeft in het Europese recht niet als noodzakelijk te worden erkend.

37 Hof's-Hertogenbosch 1 februari 2011. Zie hierboven noot 3.

38 HR 24 juni 1983, *NJ* 1984, 801 m.nt. M. Scheltema.

39 Vgl. de artikelen 31 t/m 42, 46, 65 en 77 van de Wbp.

40 V.zr. Rb. Den Haag 6 augustus 2003, *Mediaforum* 2003-9, nr. 42. Zie ook J.A. Peters, 'Het Wassenaarse fotografeerverbod', *Mediaforum* 2003-9, p. 273.

41 In haar Conclusie voor het *Satamedia*-arrest overwoog A-G Kokott dat de exceptie van artikel 9 van de Richtlijn niet het gehele terrein van de vrijheid van meningsuiting bestrijkt (par. 56 t/m 64 Conclusie), maar het Hof besloot tot een ruimere uitleg.