

HET RECHT OP VERGETELHEID ANNO 2024

Sjoerd Bakker *

Samenvatting | Het vorig jaar in Straatsburg gewezen arrest *Hurbain/België* vormt een goede aanleiding om te bezien of respectievelijk in hoeverre anno 2024 van een daadwerkelijk ‘recht’ op vergetelheid kan worden gesproken, wanneer het succesvol kan worden ingeroepen dan wel het zal moeten afleggen tegen andere rechten en (daardoor beschermde) belangen. In deze bijdrage wordt het arrest in context geplaatst en gecontrasteerd met eerdere arresten die in Luxemburg en Den Haag over deze thematiek zijn geweest. Voornaamste conclusie is dat het arrest een (op wezenlijke punten) andere casuspositie betreft dan aan de orde in eerder door het HvJ EU en de Hoge Raad gewezen arresten over het verwijderen van zoekresultaten op internet. Het aan te leggen toetsingskader is daarom ook (wezenlijk) anders.

Trefwoorden | [internetarchieff], [delisting], [vergetelheid], [EVRM], [privacy], [zoekresultaten]

DOI | 10.54195/NTM.19345

1 Inleiding

‘Zijn nagedachtenis op aarde zal vergaan, niemand zal nog weten wie hij was.’ Deze oudtestamentische woorden uit het – vaak als ondoorgrondelijk ervaren – Bijbelboek Job¹ hebben betrekking op de ongelovige die onvermijdelijk zijn einde tegemoet gaat. Zij zijn geschreven in een tijd dat de mens – gelovig of ongelovig – nog niet de computer (of zelfs maar de daarvoor benodigde elektriciteit) had uitgevonden en het internet nog niet zijn intrede had gedaan. In die tijd was voor de gewone sterveling het op aarde vergeten worden eerder regel dan uitzondering.

Tegenwoordig is allerm minst uitzonderlijk dat over ‘gewone’ personen die reeds decennia geleden kortstondig in het nieuws kwamen, op internet nog allerlei berichten² te vinden zijn, waarvan het voortbestaan, de raadpleeg- en vindbaarheid door hen (of inmiddels hun nabestaan-

■ Prof. mr. P.S. Bakker is bijzonder hoogleraar rechtspraak aan de Radboud Universiteit Nijmegen, raadsheer in het gerechtshof Arnhem-Leeuwarden en tevens verbonden aan de VU Amsterdam. De auteur dankt zijn collega Michiel van Emmerik voor het meelesen van een eerdere versie van deze bijdrage.

1 Job 18:17.

2 Een kras voorbeeld van zo’n bericht dat maar niet van het internet verdwijnt, vormt het pikant getinte e-mailbericht dat een zekere Claire Swire in 2000 stuurde aan Bradley Chait, een jongeman die toentertijd werkte bij het Londense advocatenkantoor Norton Rose. Deze Bradley stuurde het bericht door naar zes vrienden, van wie er één het op zijn beurt verder doorstuurde met de onderwerpregel ‘Do you know Claire Swire’ totdat het zich binnen enkele dagen wereldwijd verspreidde en brede aandacht kreeg in kranten en televisie. Zie hierover ook F.B.J. Grapperhaus, ‘Privacy op de werkplek: over de verhouding tussen grondrechten en funmail’, *Ondernemingsrecht* 2001, afl. 3, p. 53.

den) mogelijk als onplezierig wordt ervaren.³ Dat gold ook voor G., een Belgische arts die in 1994 onder invloed van alcohol een dodelijk ongeval veroorzaakte en daaraan pijnlijk werd herinnerd, elke keer als hij zijn naam op een zoekmachine op internet invoerde. Die bracht dan stevast een oud en gearchiveerd artikel uit de Franstalige krant *Le Soir* naar boven, waarin onder de onheilspellende titel ‘Série noire dans le Tournaisis: cinq morts en quatre jours’ werd verhaald over dit en enige andere ongevallen die kort na elkaar in 1994 hadden plaatsgevonden. Nadat een verzoek aan *Le Soir* om anonimisering van het betreffende artikel niets had uitgehaald, volgde een gerechtelijke procedure – op basis van onrechtmatige daad (art. 1382 van het Belgisch Burgerlijk Wetboek) – voor de Belgische rechter tussen de eigenaar van *Le Soir*, Hurbain, en G. Daarbij trok G. aan het langste eind.⁴ De juridische strijd verplaatste zich vervolgens naar Straatsburg, waar in 2021 eerst de Kleine Kamer⁵ en twee jaar later de Grote Kamer⁶ van het EHRM zich over de kwestie boog. De slotconclusie van het EHRM was, kort gezegd, dat de Belgische rechter terecht de afweging van de belangen van partijen, die in de sleutel stonden van artikel 8 en 10 EVRM, in het voordeel van G. had laten uitvallen.

2 Leeswijzer/plan van aanpak

Het arrest *Hurbain/België* roept de vraag op in hoeverre volgens het EHRM anno 2024 van een daadwerkelijk ‘recht’ op vergetelheid kan worden gesproken, in welke gevallen het succesvol kan worden ingeroepen dan wel het zal moeten afleggen tegen andere rechten en (daardoor beschermde) belangen. Alvorens dit Straatsburgse arrest en de mogelijk belangrijke implicaties ervan te bespreken, zullen wij eerst (in paragraaf 3) een korte schets geven van de oorsprong van het recht op vergetelheid en vervolgens (in paragraaf 4) ingaan op het bekende arrest *Van Gasteren/Het Parool*.⁷ Ook in dit arrest kwam het recht om vergeten te worden aan de orde. Vervolgens zal (in paragraaf 5) worden besproken hoe (i) het recht op vergetelheid zijn beslag heeft gekregen in jurisprudentie van het in Luxemburg zetelende Hof van Justitie van de Europese Unie (HvJ EU) en daaropvolgende Nederlands lagere rechtspraak en hoe (ii) de Hoge Raad deze Luxemburgse jurisprudentie vervolgens weer tot leidraad heeft gemaakt bij zijn eigen beslissingen over deze thematiek. Daarna volgt (in paragraaf 6) een bespreking van *Hurbain/België*. In deze paragraaf wordt tevens ingegaan op de vraag hoe dit nieuwe arrest zich denklijk verhoudt tot de eerder in het artikel besproken Luxemburgse en Nederlandse jurisprudentie over dit onderwerp en welke lessen er mogelijk uit zouden kunnen worden getrokken. In paragraaf 7 vindt het betoog zijn afronding en worden enkele conclusies geformuleerd.

3 Zie over deze problematiek ook E. Myjer & P. Kempees, ‘Lord of the Cloud, The Right to be Forgotten; or, how the internet raises new human rights questions and how one of them was recently answered by the Court of Justice of the European Union in *Google v. Spain*’ in: J. Casadevall e.a. *Liber Amicorum Dean Spielmann*, Nijmegen: WLP 2015, p. 422.

4 Kenbaar uit de beschrijving van de Belgische rechtsgang onder 19-38 van het arrest *Hurbain/België*.

5 EHRM 22 juni 2021, 57292/16 (*Hurbain/België*).

6 EHRM 4 juli 2023, 57292/16, NJ 2023/321, m.nt. B.E.P. Myjer (*Hurbain/België*).

7 HR 6 januari 1995, ECLI:NL:HR:1995:ZC1602, NJ 1995/422, m.nt. E.J. Dommering.

3 De opkomst van het recht op vergetelheid

De oorsprong van wat wij tegenwoordig het recht op vergetelheid noemen kan vermoedelijk worden gevonden in een befaamd geworden artikel dat de Amerikaanse juristen Warren en Brandeis in 1890 het levenslicht lieten zien onder de titel 'The Right to Privacy'.⁸ Aldaar maakten zij zich sterk voor een recht om alleen gelaten te worden in een (moderne) tijd die onder meer wordt gekenmerkt door de opkomst van fotografie, krantenbedrijven en bijbehorende roddeljournalistiek:

'Recent inventions and business methods call attention to the next step which must be taken for the protection of the person, and for securing to the individual what Judge Cooley calls the right "to be let alone." Instantaneous photographs and news-paper enterprise have invaded the sacred precincts of private and domestic life; and numerous mechanical devices threaten to make good the prediction that "what is whispered in the closet shall be proclaimed from the house-tops."⁹

Emaus legt uit dat Warren en Brandeis dit recht op vergetelheid destijds fundeerden in een breder recht op privacy:

'Warren and Brandeis noticed that up until then privacy had been protected by means of contractual relationships and property rights and that these legal constructs could not provide adequate protection for new kinds of intrusions. Therefore, the authors argued that the time had come to extend the protection that had so far been offered to 'personal appearance, sayings, acts and to personal relations, domestic or otherwise'. That protection had to be built on a broader foundation, which the authors found in the already existing right to privacy. And so it happened.'¹⁰

Warren en Brandeis worden vandaag de dag begrijpelijkerwijs door menigeen gezien als de 'oervaders van de privacy'.¹¹ Hun echo weerklinkt in het hedendaagse privacy-begrip, zoals dat in Nederland pleegt te worden gehanteerd.¹² In de woorden van Koops:

8 S.D. Warren & L.D. Brandeis, *Harvard Law Review* 1980/4, p. 193-220.

9 Warren & Brandeis 1890 (*supra* noot 8), p. 195.

10 J. Emaus, 'Introduction to the Case Note on the Right to Be Forgotten', *European Review of Private Law* 2022/2, p. 235.

11 Zo bijvoorbeeld B.J. Koops, 'Privacyconcepten voor de 21e eeuw', *Ars Aequi* 2019, p. 534. Zie ook O.M.B.J. Volgenant, *GS Onrechtmatige daad VII.1.3* en, met verwijzing naar verdere literatuur, C.J.H. Jansen, 'Over de rechtshistorische achtergrond van de privaatrechtelijke bescherming van privacy in Nederland', *Weekblad voor Privaatrecht, Notariaat en Registratie* 2020/7296, p. 645.

12 Zie onder meer *Kamerstukken II* 1967/68, 9419, nr. 3, p. 3 en S. Gutwirth, *Privacyvrijheid! De vrijheid om zichzelf te zijn*, Den Haag: Rathenau Instituut/Otto Cramwinckel 1998. Zie recenter ook B.W. Schermer & B. van der Sloot, *Het recht op privacy in horizontale verhoudingen*, WODC 12 juli 2020, p. 25, als te vinden op: <https://bartvandersloot.com/onewebmedia/Horizontale.pdf>. 'Een meer specifiek element van de persoonlijke autonomie is de mogelijkheid om zonder de dwingende ogen van derden de eigen identiteit vorm te geven. In het publieke leven spelen wij allemaal tot op zekere hoogte een sociale rol uit. Het recht op privacy waarborgt een zekere afstand tussen het individu en de buitenwereld. Dit stelt ons in staat om ons 'sociale masker' tijdelijk af te leggen. Het recht op privacy creëert daarmee de ruimte om te experimenteren met onze eigen identiteit en (tijdelijk) te ontkomen aan de druk van sociaal wenselijk of verwacht gedrag. Privacy schept een ruimte om ongedwongen jezelf te kunnen zijn (...)' Zie ook M.J. Vetzo, J.H. Gerards & R. Nehmelman, *Algoritmes en grondrechten*, Boom juridisch: Den Haag 2018, p. 53: 'Een mens moet vrijelijk keuzes kunnen maken en uiteindelijk grotendeels zelf kunnen bepalen hoe hij zijn leven inricht. Het recht op privacy is met deze beide noties nauw verbonden. In oudere literatuur wordt dit recht veelal omschreven als het recht om met rust te worden gelaten. Moderner is de formulering dat het

'Privacy is de vrijheid om onbevangen zichzelf te zijn. De koppeling tussen privacy en identiteit wordt ook gelegd door Agre, die privacy definieert als het niet onredelijk beperkt worden in je identiteitsconstructie. Jezelf kunnen zijn (wat dat verder ook mag inhouden) lukt misschien het beste als je alleen bent, of in elk geval met rust gelaten wordt.'¹³

Algemeen wordt tegenwoordig onderscheid gemaakt tussen zogeheten informatiele en relationele privacy. Onder dat laatste pleegt te worden verstaan het recht om zelf te beslissen met wie men omgaat en het recht om met rust gelaten te worden; onder informatiele privacy verstaat men het recht te beslissen over het verzamelen, opslaan en verstrekken van informatie over privégegevens, met inbegrip van een inzagerecht in de opgeslagen gegevens.¹⁴ Het recht op privacy – in de Grondwet (Gw) het recht op bescherming van de persoonlijke levenssfeer genoemd¹⁵ – is tegenwoordig in vrijwel alle moderne constituties terug te vinden als een grondrecht dat (verticaal) kan worden ingeroepen tegenover de staat. Tegelijk is het een recht dat in moderne privaatrechtelijke stelsels ook (horizontaal) kan worden ingeroepen in relaties tussen burgers onderling. Het bekende arrest van de Edamse bijstandsvrouw vormt daarvan te onzent een sprekend voorbeeld.¹⁶

4 De zaak *Van Gasteren*

Een bekend – en nog voor de massale opkomst van internet geweest – arrest van de Hoge Raad dat ging over het recht om alleen of met rust te worden gelaten, betreft de zaak *Van Gasteren/Het Parool*.¹⁷ In deze, op de kop af dertig jaar geleden aan de Hoge Raad voorgelegde zaak liet ons hoogste rechtscollege er geen misverstand over bestaan dat een natuurlijk persoon een dergelijk recht toekomt en dat dit recht tegen anderen inroepbaar is. Het ging, kort gezegd, om het volgende. Op 24 mei 1943 werd door de later bekend geworden filmmaker Louis van Gasteren de bij hem in Amsterdam ondergebrachte joodse onderduiker Walter Oettinger om het leven gebracht. Het stoffelijk overschot van deze persoon werd enkele dagen later door Van Gasteren in een op eigen naam gehuurde boot in een zijslot van de Boerenwetering achtergelaten. Van Gasteren werd vervolgens gearresteerd en in juni 1944 veroordeeld wegens doodslag (en het onttrekken van het lijk aan nasporing) tot een gevangenisstraf voor de duur van vier jaar. Begin 1946 werd aan Van Gasteren gratie verleend in die zin dat hem het nog onvervulde gedeelte van de straf werd kwijtgescholden. In een artikel in *NRC Handelsblad* van 1 december 1989 zijn uitingen van Van Gasteren over het destijdse ombrengen van Oettinger opgetekend. In dit artikel wordt hij onder meer geciteerd als volgt:

individu het recht heeft om 'zichzelf' te zijn en te doen en laten wat hij wil, zonder bemoeienis van de overheid of derden.'

13 Koops 2019 (*supra* noot 11).

14 Aldus Volgenant (*supra* noot 11), VII.1.3.

15 Artikel 10 Grondwet. Dit recht beschermt zowel tegen schendingen van de privacy als tegen schendingen van de eer en goede naam; zie nader over de reikwijdte van dit recht, dat tevens is verankerd in artikel 8 EVRM en de artikelen 7 en 8 Handvest EU, Volgenant (*supra* noot 11), VII.1.1.2.

16 HR 9 januari 1987, ECLI:NL:PHR:1987:AG5500, NJ 1987/928. Het arrest is door de auteur besproken in het vorig jaar verschenen *Grondrechten in het vermogensrecht*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2023, p. 57 e.v.

17 HR 6 januari 1995, ECLI:NL:HR:1995:ZC1602, NJ 1995/422, m.nt. E.J. Dommering (*Van Gasteren I*).

‘Er zijn in dit land twee gevallen geweest die als gevolg van verzetsactiviteiten in aanraking zijn gekomen met de toenmalige Nederlandse justitie. Een ervan ben ik (...). Ik heb al dingen gefilmd en gereconstrueerd, materiaal verzameld uit de oorlog, zelfs over de liquidatie van die onderduiker, die voor mij gewoon een levensbedreiging was – en niet voor mij alleen, maar ook voor anderen – en na gemeen overleg moest worden geliquideerd.’

Naar aanleiding van dit artikel verschijnen in januari en februari 1990 artikelen in Het Parool van de hand van Bart Middelburg. In die artikelen wordt gesuggereerd dat de liquidatie van Oettinger eigenlijk een ‘ordinaire roofmoord’ was. Ook zou Van Gasteren hebben geprobeerd Oettinger te vergifigen. Van Gasteren is ‘not amused’ over deze aantijgingen en betreft Het Parool en Middelburg in rechte. In hoger beroep oordeelt het hof Amsterdam dat deze artikelen voor Van Gasteren beledigend zijn en zijn goede naam aantasten en worden Het Parool en Middelburg veroordeeld tot betaling van schadevergoeding. Het tegen deze uitspraak ingestelde cassatieberoep wordt bij arrest van 6 januari 1995 door de Hoge Raad verworpen.¹⁸ Deze overweegt dat in het geschil met Het Parool en Middelburg voor Van Gasteren niet enkel zijn goede naam op het spel stond, maar tevens

‘(...) en zelfs in de eerste plaats diens – uit zijn algemene persoonlijkheidsrecht af te leiden – recht om niet, méér dan veertig jaar nadat hij voor het ombrengen van Oettinger werd veroordeeld, zijn straf ter zake had ondergaan en voor het overige gratie had gekregen, in het openbaar wederom met deze – op jeugdige leeftijd, onder oorlogsomstandigheden begane – daad te worden geconfronteerd, en dat nog wel in de vorm van de zowel grievende als ontorende beschuldiging dat het daarbij, anders dan in het strafvonnis was aangenomen, ging om roofmoord.’

Vervolgens overweegt de Hoge Raad dat het antwoord op de vraag of *in casu* voldaan is aan het vereiste dat in een democratische samenleving toewijzing van het gevorderde noodzakelijk is ter bescherming van de rechten van Van Gasteren slechts worden gevonden door een afweging die met inachtneming van alle bijzonderheden van het gegeven geval ertoe strekt ‘na te gaan welk van beide hier tegenover elkaar staande fundamentele rechten – aan de zijde van Het Parool c.s. het recht op vrijheid van meningsuiting en aan de zijde van V.G. diens recht op eer en goede naam en vooral diens (...) recht om ‘alleen te worden gelaten’ – in dit geval zwaarder weegt.’ De Hoge Raad wijst de in het cassatiemiddel vervatte gedachte af dat bij die door de rechter te maken afweging het recht op vrijheid van meningsuiting in beginsel zou moeten prevaleren:

‘Voor zover in het middel de klacht zou moeten worden gelezen dat van deze beide fundamentele rechten het recht op vrijheid van meningsuiting – met name nu het gaat om het recht van vrijheid van meningsuiting van de pers – in beginsel voorrang toekomt, gaat het uit van een onjuiste rechtsopvatting (...).’

De Hoge Raad vervolgt door te constateren dat de door het hof gemaakte afweging van botsende belangen de toets der kritiek kan doorstaan. Daarbij neemt de Hoge Raad in aanmerking

‘dat de hiervoor (...) genoemde rechten van V.G. bijzonder zwaar wegen. Eerbied voor de menselijke persoon brengt mee dat aan een veroordeelde zijn daad, nadat hij haar heeft geboet, in beginsel niet meer wordt nagehouden. Aan dit beginsel wordt niet relevant afbreuk gedaan doordien, zoals hier, de berechting onder

18 HR 6 januari 1995, ECLI:NL:HR:1995:ZC1602, NJ 1995/422, m.nt. E.J. Dommering (*Van Gasteren I*).

bijzondere omstandigheden heeft plaatsgevonden welke waarschijnlijk ertoe hebben geleid dat bij het onderzoek ter terechtzitting niet alle relevante omstandigheden aan de orde zijn geweest.’

De Hoge Raad maakt vervolgens duidelijk dat dit recht om alleen gelaten te worden ‘bijzonder zwaar’ weegt en dat er bijzondere redenen (de Hoge Raad spreekt van ‘klemmende redenen van publiek belang’)¹⁹ moeten zijn om na zoveel jaren een reeds voor zijn daad veroordeelde persoon te confronteren met een publieke oprakeling van zijn misdrijf.

Een interessant aspect van de uitspraak wordt onder meer gevormd door het feit dat de Hoge Raad het recht om alleen gelaten te worden eerst en vooral koppelt aan het *algemeen persoonlijkheidsrecht* van de mens en niet zozeer aan meer specifieke rechten, zoals het in artikel 10 Gw verankerde recht op eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer.²⁰ Dat is in zoverre opmerkelijk nu ook ten tijde van het wijzen van dit arrest al gemeengoed was dat het in genoemde bepaling ondergebrachte recht op privacy mede omvat het recht om alleen gelaten te worden.²¹ Men zou dus kunnen zeggen dat de Hoge Raad niet naar het algemeen persoonlijkheidsrecht had hoeven grijpen ter stoffering van zijn oordeel in dezen.²² Evenzeer is interessant dat de Hoge Raad niet (kenbaar) in zijn beoordeling betreft dat Van Gasteren destijds een bekend publiek persoon was die zelf meermaals in de pers over deze kwestie had gerept, alvorens Het Parool en Middelburg daarover publiceerden.²³ Wij zullen verderop in dit artikel bij de bespreking van de *Hurbain*-uitspraak terugkomen op de vraag in hoeverre naar het oordeel van het EHRM dit soort aspecten in de afweging moet worden betrokken als het gaat om verwijdering of aanpassing van *online* gearchiveerde nieuwsberichten.

19 De Hoge Raad overweegt: ‘Een en ander impliceert dat indien na zodanig tijdsverloop als hier, een met veel ophef in de publiciteit brengen van een beschuldiging als de onderhavige al ooit gerechtvaardigd kan zijn, dan toch hoogstens onder bijzondere omstandigheden die meebrengen dat bij kennisneming daarvan een gerechtvaardigd publiek belang bestaat. Ter rechtvaardiging van een dergelijke publicatie moeten derhalve klemmende redenen van publiek belang bestaan, terwijl bovendien mag worden verlangd dat de beschuldiging berust op onderzoek dat aan hoge eisen van zorgvuldigheid voldoet.’

20 HR 9 januari 1987, ECLI:NL:PHR:1987:AG5500, NJ 1987/928. Het arrest is door de auteur besproken in het vorig jaar verschenen *Grondrechten in het vermogensrecht*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2023, p. 57 e.v.

21 Zie bijvoorbeeld L.F.M. Verhey, *Horizontale werking van grondrechten, in het bijzonder van het recht op privacy* (diss. Utrecht), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1992, p. 192.

22 Door Vetzo, Gerards & Nehmelman 2018 (*supra* noot 12), p. 58, wordt voor de aanpak van de Hoge Raad een lans gebroken: ‘Het algemeen persoonlijkheidsrecht is na het Parool-arrest slechts sporadisch toegepast in de Nederlandse rechtspraak. Tot op heden is dat ook nooit meer op een zo indringende wijze gebeurd als in het Valkenhorst- en Het Parool-arrest. Niettemin gaat het hier om een potentieel belangrijk fundamenteel recht, dat meerwaarde kan hebben voor discussies over de impact van nieuwe technologieën. Het algemeen persoonlijkheidsrecht verenigt immers op een waardevolle manier elementen van privacy, integriteit, menselijke waardigheid en persoonlijke autonomie. Het is dan ook niet verbazend dat de interpretatie van het recht op persoonlijke levenssfeer (art. 10, eerste lid Gw) en de equivalenten daarvan zoals vervat in art. 8 EVRM, art. 7 Hv en art. 17 IVBPR – waarover hierna meer – in de afgelopen jaren zo zijn geëvalueerd dat voorzichtig kan worden geconcludeerd dat veel toepassingen van deze rechten overeenkomen met de toepassing van het algemeen persoonlijkheidsrecht zoals hierboven omschreven.’

23 Vgl. HR 18 januari 2008, ECLI:NL:HR:2008:BB3210, r.o. 3.10, NJ 2008/274, m.nt. E.J. Dommering (*Van Gasteren II*). In deze rechtsoverweging wordt nadrukkelijk wel betekenis gehecht aan het feit dat Van Gasteren andermaal zelf de publiciteit heeft gezocht over de kwestie-Oettinger.

In de volgende paragraaf zullen wij zien hoe na de stormachtige opkomst van internet²⁴ eind vorige eeuw het recht om alleen gelaten worden – net als in de tijd van Warren en Brandeis vanwege nieuwe technologische en maatschappelijke ontwikkelingen – opnieuw als een van de kernaspecten van het recht op privacy zijn beslag heeft gekregen in belangrijke jurisprudentie van het HvJ EU.²⁵ Ook de receptie van deze jurisprudentie in Nederland vindt in deze paragraaf bespreking.

5 Het Google Spain-arrest en de receptie daarvan in Nederland

Met de opkomst van internet kwam al snel ook het gebruik van *search engines* (zoekmachines) in zwang. Waar aanvankelijk zoeksites als Altavista, Ask Jeeves en Yahoo! nog veelvuldig door informatiezoekenden werden geraadpleegd, werd eind jaren negentig Google gelanceerd en in korte tijd mateloos populair. Al snel verkreeg Google een suprematie als zoekmachine die het bedrijf achter Google, Google Inc., nadien niet meer uit handen heeft gegeven. Zoekmachines zoals Google volgen, zo valt op internet²⁶ te lezen, links van website naar website. Een zoekmachine als Google bestaat uit drie delen: een zoekmachine, een index en een algoritme. De zoekrobot of *crawler* volgt de links 24 uur per dag en slaat de HTML-versies van de bezochte pagina's op in een enorme database. Als een pagina bereikbaar is voor een zoekmachine, dan noemt men deze 'crawlbaar'. Wanneer *crawlers* een zogeheten 'indexeerbare website' tegenkomen wordt de URL daarvan doorgegeven aan de Google Index. Door het aldus indexeren oftewel verzamelen van informatie die op webpagina's aanwezig is, ontstaan (pagina's van)²⁷ zoekresultaten, zoals we die tegenwoordig allemaal kennen.²⁸ Het valt voor te stellen dat niet iedereen even blij is als (bepaalde informatie over) zijn of haar persoon bij die zoekresultaten 'naar boven' komt. Dit gold ook voor de hoofdrolspeler in het *Google Spain*-arrest van het HvJ EU, de heer Mario Costeja González.²⁹

In 2010 meldde deze Costeja González, een Spaanse staatsburger, zich bij de *Agencia Española de Protección de Datos* (Spaans agentschap voor gegevensbescherming, de AEPD) met een klacht tegen *La Vanguardia Ediciones SL* (de uitgever van een dagblad met een grote oplage in Spanje,

24 De oorsprong van het huidige internet ligt vermoedelijk in de jaren zeventig, toen door het *Advanced Research Projects Agency* (ARPA) en Stanford University een standaard protocol werd ontwikkeld om verschillende netwerken via het zogeheten ARPANET te laten communiceren, het *Transmission Control Protocol/Internet Protocol* (TCP/IP). TCP/IP werd vanaf de introductie ervan gezien als een 'open standaard' die alle vormen van communicatie tussen alle soorten netwerken mogelijk diende te maken. TCP/IP wordt algemeen beschouwd als een cruciale stap voorwaarts naar het internet zoals het tegenwoordig bestaat en functioneert. Zie voor enige (andere) mijlpaaldata in de geschiedenis van het internet <https://www.engagementmedia.nl/de-geschiedenis-van-het-internet/>.

25 Zie het in een modern, op de *online* wereld toegespitst 'jasje'. Zo bijvoorbeeld D. Haux, 'Vergessen dürfen? Erinnern müssen?', *sui generis* 2023, p. 211, die over het huidige recht op vergetelheid opmerkt: 'Das "Recht auf Vergessenwerden" umfasst dem Grunde nach den persönlichkeitsrechtlich geprägten Anspruch eines Individuums, öffentlich einsehbare Informationen unter bestimmten Voraussetzungen löschen, berichtigen oder anonymisieren zu lassen.'

26 Zie aldus 'Hoe werkt Google zoeken – De Google zoekmachine handleiding', <https://www.smartdata.agency/hoewerkt-google/>.

27 Men spreekt wel van SERPs, oftewel *Search Engine Results Pages*.

28 Zie aldus 'Crawlen en indexeren – hoe werkt een zoekmachine?', <https://www.sdim.nl/blog/crawlen-en-indexeren-hoe-werkt-een-zoekmachine/>.

29 HvJ EU 13 mei 2014, C-131/12, NJ 2014/385, m.nt. M.R. Mok.

in met name in Catalonië) en tegen Google Spain en Google Inc. Costeja González betoogde dat wanneer een internetgebruiker zijn naam invoerde in de zoekmachine van de Google-groep ('Google Search'), de lijst met zoekresultaten links bevatte naar twee pagina's van de krant La Vanguardia uit januari en maart 1998. Op die specifieke pagina's stond een aankondiging voor een onroerend goed veiling die was georganiseerd naar aanleiding van een beslagprocedure voor de invordering van door Costeja González onbetaald gelaten sociale zekerheidsschulden. Met zijn klacht trachtte Costeja González te bewerkstelligen dat de AEPD La Vanguardia zou opdragen om de betreffende pagina's te verwijderen of te wijzigen (zodat de op hem betrekking hebbende persoonsgegevens niet langer zouden verschijnen) of om bepaalde *tools* te gebruiken die door zoekmachines ter beschikking worden gesteld om dit soort gegevens af te schermen. Ten tweede verlangde hij dat Google Spain of Google Inc. zou worden opgedragen de persoonsgegevens die op hem betrekking hadden te verwijderen of te verbergen, zodat de gegevens niet meer in de zoekresultaten en in de links naar La Vanguardia zouden voorkomen. In dit verband stelde Costeja González dat de beslagprocedure tegen hem al een aantal jaren terug volledig was afgedaan en dat verwijzing daarnaar nu volkomen irrelevant was. De AEPD verwierp de klacht tegen La Vanguardia en was van mening dat de informatie in kwestie door laatstgenoemde rechtmatig was gepubliceerd. De klacht werd daarentegen gegrond verklaard in relatie tot Google Spain en Google Inc. De AEPD droeg deze twee bedrijven op om de noodzakelijke maatregelen te nemen om de gegevens uit hun index te halen en om toegang tot de gegevens in de toekomst onmogelijk te maken. Google Spain en Google Inc. stelden hierop beroep in bij de *Audiencia Nacional*, het nationaal Hoogerechtshof van Spanje. Zij stelden dat het besluit van de AEPD nietig moest worden verklaard. Hierop werd door laatstgenoemd rechtscollege een reeks vragen aan het HvJ EU gesteld en werd de zaak 'on hold' gezet. De beroepen van Google Spain en Google Inc. deden volgens de *Audiencia Nacional* de vraag rijzen naar de wijze waarop Richtlijn 95/46 moet worden uitgelegd in de context van (internet-)technologieën, die na de publicatie van deze richtlijn hun intrede hebben gedaan en in relatie tot de *derecho al olvido* (*the right to be forgotten*).

In zijn – baanbrekend gebleken – uitspraak in deze zaak oordeelt het HvJ EU onder meer dat het verwerken van persoonsgegevens door (een exploitant van) een zoekmachine op zichzelf toelaatbaar is in de zin van artikel 7 onder f van Richtlijn 95/46.³⁰ Deze bepaling maakt duidelijk dat persoonsgegevens mogen worden verwerkt

'indien de verwerking noodzakelijk is voor de behartiging van het gerechtvaardigde belang van de voor de verwerking verantwoordelijke of van de derde(n) aan wie de gegevens worden verstrekt, mits het belang of de fundamentele rechten en vrijheden van de betrokkene die aanspraak maakt op bescherming uit hoofde van artikel 1, lid 1, van deze richtlijn, niet prevaleren.'³¹

30 De richtlijn werd met ingang van 25 mei 2018 ingetrokken en vervangen door de Algemene verordening gegevensbescherming (AVG), waardoor verdergaande harmonisatie kon worden bereikt.

31 Artikel 7 van Richtlijn 95/46 luidt op dit punt: 'De Lid-Staten bepalen dat de verwerking van persoonsgegevens slechts mag geschieden indien: (...) f) de verwerking noodzakelijk is voor de behartiging van het gerechtvaardigde belang van de voor de verwerking verantwoordelijke of van de derde(n) aan wie de gegevens worden verstrekt, mits het belang of de fundamentele rechten en vrijheden van de betrokkene die aanspraak maakt op bescherming uit hoofde van artikel 1, lid 1, van deze richtlijn, niet prevaleren.'

Het HvJ EU past dit beoordelingskader vervolgens toe op het onderhavige feitencomplex:

‘80. In dit verband moet er meteen op worden gewezen dat (...) een verwerking van persoonsgegevens als aan de orde in het hoofdgeding, door de exploitant van een zoekmachine, de grondrechten op eerbiediging van het privéleven en op bescherming van persoonsgegevens ernstig kan aantasten wanneer met behulp van deze machine op de naam van een natuurlijke persoon wordt gezocht, aangezien elke internetgebruiker op basis van deze verwerking via de resultatenlijst een gestructureerd overzicht kan krijgen van de over deze persoon 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, en deze internetgebruiker aldus een min of meer gedetailleerd profiel van de betrokkene kan opstellen. Bovendien is de inmenging in deze rechten van de betrokkene des te sterker door de belangrijke rol van internet en zoekmachines in de moderne samenleving, waardoor de in een dergelijke resultatenlijst weergegeven informatie overal beschikbaar is.

81. Gelet op de potentiële ernst van deze inmenging moet worden vastgesteld dat zij niet kan worden gerechtvaardigd door louter het economisch belang dat de exploitant van een dergelijke zoekmachine bij deze verwerking heeft. Aangezien echter de verwijdering van de koppelingen uit de resultatenlijst, naargelang van de betrokken informatie, gevolgen kan hebben voor het gerechtvaardigde belang van de internetgebruikers die potentieel toegang daartoe willen krijgen, moet in situaties als aan de orde in het hoofdgeding worden gezocht naar een juist evenwicht tussen met name dit belang en de grondrechten van deze persoon krachtens de artikelen 7 en 8 van het Handvest. Weliswaar hebben in de regel de door deze artikelen beschermde rechten van de betrokkene tevens voorrang op dit belang van internetgebruikers, maar dit evenwicht kan in bijzondere gevallen afhangen van de aard van de betrokken informatie en de gevoeligheid ervan voor het privéleven van de betrokkene en van het belang dat het publiek erbij heeft om over deze informatie te beschikken, wat met name wordt bepaald door de rol die deze persoon in het openbare leven speelt.’

Ergo: het komt bij dit soort gevallen aan op een afweging van de privacybelangen van enerzijds de betrokkene en anderzijds die van de internetgebruikers bij toegang tot de door de zoekmachine gegenereerde resultatenlijst en de informatie waarnaar vervolgens kan worden ‘doorgeklikt’. Bij die afweging is uitgangspunt dat de door de artikelen 7 en 8 van het Handvest beschermde rechten prevaleren, maar een andere uitkomst is mogelijk, afhankelijk van de aard van de betrokken informatie, de gevoeligheid ervan voor het privéleven van de betrokkene en van het belang dat het publiek erbij heeft om over deze informatie te beschikken. Dit laatste belang wordt hoofdzakelijk bepaald door de rol die deze persoon in het openbare leven speelt.

Het HvJ EU vervolgt zijn uitspraak met de overweging dat als de rechter oordeelt dat de door de artikelen 7 en 8 van het Handvest beschermde rechten prevaleren, deze de exploitant van de zoekmachine kan

‘bevelen om van de naam van een persoon weergegeven resultatenlijst de koppelingen te verwijderen naar door derden gepubliceerde websites die informatie over deze persoon bevatten, zonder dat een dergelijk bevel veronderstelt dat deze naam en deze informatie, hetzij vrijwillig door de redacteur of op last van een van deze autoriteiten, voordien of gelijktijdig worden verwijderd van de website waarop zij zijn gepubliceerd.’

De uitspraak van het HvJ EU heeft hier te lande naast bijval ook kritiek opgeleverd. Zo menen onder meer Kulk en Zuiderveen Borgesius dat het HvJ EU in zijn arrest ten onrechte de vrijheid van meningsuiting als grondrecht buiten het toetsingskader heeft gehouden en menen zij dat

het in uitgangspunt laten prevaleren van de rechten van de betrokkene niet aan de orde zou dienen te zijn:

‘Met deze “in beginsel”-voorrangsregel vaart het Hof een andere koers dan het Straatsburgse Hof. Het EHRM zegt immers dat vrijheid van meningsuiting en privacy in beginsel hetzelfde gewicht hebben. Er moet dus in het licht van de omstandigheden van een concreet geval een afweging worden gemaakt tussen deze rechten. De ‘in beginsel’-voorrangsregel uit het Google Spain arrest valt moeilijk te rijmen met de EHRM-jurisprudentie.’³²

Andere auteurs, zoals Zwenne, hebben zich eveneens tegen de ‘in beginsel’-benadering van het HvJ EU gekeerd, nu deze benadering in hun ogen miskent dat niet alleen het recht op privacy op grond van het Handvest bescherming toekomt, maar ook (en evenzeer) de belangen van internetgebruikers om kennis te nemen van de informatie via het recht op vrijheid van meningsuiting en van informatie die in artikel 11 van datzelfde Handvest worden gewaarborgd.³³ Deze kritiek is ter harte genomen door diverse lagere rechters in Nederland die in het kielzog van het *Google Spain*-arrest uitspraken over het vergeetrecht van justitiabelen hebben gedaan.³⁴ Zo oordeelde de rechtbank Amsterdam eind 2015 dat

‘terughoudendheid is geboden bij het opleggen van beperkingen aan de werking van een zoekmachine als Google Search. Dergelijke zoekmachines vervullen immers een belangrijke maatschappelijke functie. Het internet bevat een onmetelijke hoeveelheid informatiebronnen, waaronder een onvoorstelbaar groot aantal websites. De inhoud van het internet verandert bovendien per seconde. Zoekmachines helpen de internetgebruiker in deze oceaan van informatie bij het zoeken naar de informatie waarnaar hij/zij op zoek is. Verder is van belang dat zoekmachines zonder menselijke tussenkomst functioneren, in die zin dat de zoekresultaten via een geautomatiseerd, algoritmisch systeem volgen op door de internetgebruiker ingevoerde zoektermen. De functie van catalogus, die de zoekmachine in feite is, zou ernstig worden belemmerd indien strenge beperkingen aan de werking ervan zou worden opgelegd en daarmee zou de zoekmachine aan geloofwaardigheid inboeten.’³⁵

Niettegenstaande de meer terughoudende lijn die zich in de lagere rechtspraak aan het aftekenen was, heeft de Hoge Raad in 2017 de ‘in beginsel’-benadering van het HvJ EU omarmd. In zijn

32 S. Kulk & F. Zuiderveen Borgesius, ‘De implicaties van het Google/Spain-arrest voor de vrijheid van meningsuiting’, *NJCM-Bulletin* 2015, p. 3-19.

33 G.J. Zwenne, ‘Het internetvergeetrecht na Google t. Costeja (HvJ EU 13 mei 2014, C-131/12)’, in: D.C. van Beelen e.a. (red.), *Privacy en gegevensbescherming*, Apeldoorn-Antwerpen: Maklu 2015, p. 51-71. Zie ook L. Mourcou & M. Weij, ‘Drie jaar het recht om vergeten te worden: een analyse van de Nederlandse rechtspraak’, *Tijdschrift voor Internetrecht* 2017, p. 153, met verwijzing naar verdere literatuur.

34 Zie over deze tendens onder meer G.J. Zwenne, ‘Het vergeetrecht vijf jaar later’, *Ars Aequi* 2019, p. 604 e.v.

35 Rechtbank Amsterdam 24 december 2015, ECLI:NL:RBAMS:2015:9515, *NJF* 2016/105. Voor een bespreking van deze en andere uitspraken van lagere rechters in de ‘slipstream’ van het *Google Spain*-arrest, zie het artikel van Mourcou & Weij (*supra* noot 33), p. 154 e.v. Zie Volgenant, (*supra* noot 11), VII.9.5.3: ‘Het Europese Hof van Justitie heeft de vrijheid van meningsuiting niet expliciet meegewogen in dit Google-arrest. Daar is vanuit de media en de wetenschap nogal wat kritiek op, omdat gevreesd werd dat dit de weg zou openen voor censuur, alhoewel alleen de zoekresultaten van Google worden ‘vergeten’ en de informatie gewoon aanwezig blijft op de oorspronkelijke website. Aan de Nederlandse rechter zijn in vervolg hierop verzoeken voorgelegd om Google te verplichten om bepaalde links niet langer te tonen. De afwegingen van de Nederlandse rechter zijn evenwichtiger en hebben die vrees grotendeels weggenomen.’

arrest van 24 februari 2017³⁶ heeft de Hoge Raad zich bij het als uitgangspunt laten prevaleren van de privacybelangen van de betrokkene aangesloten door als volgt te overwegen:

'3.5.6 Uit het vorenstaande volgt dat het betoog van het middel in het incidentele beroep dat 'in abstracto' geen rangorde geldt tussen de aan de orde zijnde rechten, en dat geen 'bijzondere redenen' nodig zijn om een inmenging in de grondrechten van betrokkene te rechtvaardigen, berust op een onjuiste rechtsopvatting. Uit de aangehaalde overwegingen van het HvJEU volgt immers dat het privacybelang van een natuurlijke persoon in de regel prevaleert boven het belang bij informatie van de internetgebruikers en boven het economisch belang van de exploitant, en dat dit anders kan zijn in bijzondere gevallen, wanneer sprake is van bijzondere redenen die de inmenging in het recht op privacy rechtvaardigen. Het hof heeft dus (...) de juiste maatstaf tot uitgangspunt genomen. Het middel faalt derhalve.'

Omdat het hof in zijn uitspraak niet kenbaar de maatstaf van rechtsoverweging 81 van het *Google Spain*-arrest heeft toegepast en daarbij de relevante omstandigheden heeft afgewogen, wordt zijn arrest door de Hoge Raad toch gecasseerd.

Wellicht niet heel verrassend heeft ook deze Nederlandse variant op de *Google Spain*-uitspraak kritische geluiden vanuit de doctrine opgeleverd. Zo meent Spruyt dat de Hoge Raad

'(m)et deze uitspraak inzake het 'recht om vergeten te worden' (...) de slinger wel erg (heeft) laten doorslaan richting het recht op privacy. Het arrest (...) heeft negatieve gevolgen voor de vrijheid van informatie. Het *Google Spain*-arrest en de daarin opgenomen uitlegregel en criteria laten wel degelijk meer ruimte voor een benadering waarbij het belang van de vrijheid van meningsuiting meer voorop komt te staan en explicieter gebalanceerd wordt tegenover het recht op privacy.'³⁷

Mourcoux en Weij menen zelfs dat met de door de Hoge Raad gevolgde lijn van de afweging van belangen in de praktijk maar weinig zal terecht komen: 'Hoewel daarmee een belangenafweging niet per definitie is uitgesloten, brengt het uitgangspunt dat de privacybelangen voorrang hebben ons inziens met zich mee dat een dergelijke afweging in de praktijk in de meeste gevallen een farce is.'³⁸

Wenden wij thans de blik naar Straatsburg om te bezien of het EHRM in de zaak-*Hurbain* op een (met het *Google Spain*-oordeel) vergelijkbare manier aankeek tegen de wijze waarop het belang van G. bij een beroep op zijn vergeetrecht diende te worden afgewogen tegen het belang van *Hurbain* en *Le Soir* bij het intact laten van het *online* gearchiveerde krantenartikel, waarin gewag werd gemaakt van het door G. in 1994 veroorzaakte dodelijke ongeval.

6 Het arrest *Hurbain/België*³⁹ en de lessen die daaruit kunnen worden getrokken

Zoals aan het begin van dit artikel al aan- en prijsgegeven was in de zaak-*Hurbain* de slotconclusie van het EHRM dat de Belgische rechter terecht de afweging van de belangen van partijen,

36 HR 24 februari 2017, ECLI:NL:HR:2017:316, *RvdW* 2017/300, *Computerrecht* 2017/102, m.nt. S. Kulk & F.J. Zuiderveen Borgesius.

37 G.H. Spruyt, 'Hoge Raad past *Google Spain* onevenwichtig toe', *Tijdschrift voor Internetrecht* 2017/2.

38 Mourcoux en Weij 2017 (*supra* noot 33), p. 154.

39 EHRM 4 juli 2023, 57292/16, *NJ* 2023/321, m.nt. B.E.P. Myjer (*Hurbain/België*).

die in de sleutel stonden van artikel 8 en 10 EVRM, in het voordeel van G. had laten uitvallen. De uitspraak is lijk en het EHRM is er eens goed voor gaan zitten. Onder IV van zijn uitspraak releveert het EHRM wat het HvJ EU heeft beslist in de *Google Spain*-uitspraak en gaat het EHRM in op de nadien verschenen *guidelines* ter implementatie daarvan. Ook gaat het EHRM in op twee andere uitspraken (over *delisting*) die nadien door het Luxemburgse hof zijn geweest. Onder V volgt een vrij uitgebreide beschrijving van rechtspraak die binnen Europa in het kielzog van ‘*Google Spain*’ is geweest en eerst daarna komt het EHRM tot de eigenlijke beoordeling van de zaak. Ook die beoordeling is uitvoerig van opzet. Het Straatsburgse hof vangt aan met vast te stellen dat met het rechterlijk bevel om het betreffende gearchiveerde krantenbericht over G. te anonimiseren sprake is van een beperking op het in artikel 10 EVRM beschermde recht op vrije meningsuiting. Ook oordeelt het hof dat die beperking een *legitimate aim* dient, te weten de bescherming van G.’s recht op respect voor zijn privé leven. Hamvraag is voor het EHRM of die beperking ook noodzakelijk is in een democratische samenleving. Het EHRM stelt vervolgens voorop dat het, anders dan in veel andere door hem behandelde zaken, in deze zaak niet gaat om de merites van de originele publicatie van *Le Soir* (het destijdsde krantenartikel behelsde een *lawful* en *non-defamatory* publicatie), maar om de gecontinueerde aanwezigheid van de in het bericht vervatte informatie in een *online* archief dat voor journalistieke doeleinden is opge-tuigd. Daarmee raakt de kwestie, aldus het Straatsburgse hof, het ‘hart’ van de uitingsvrijheid die door artikel 10 EVRM wordt beschermd (paragraaf 174). Wat daarna volgt is een college over strekking en reikwijdte van deze bepaling, waarin niet alleen het grote belang van persvrijheid wordt benadrukt maar ook het recht van het publiek op kennisname van journalistieke producten (paragraaf 178). Het hof vervolgt zijn uiteenzetting door te overwegen dat de pers niet alleen een functie als ‘publieke waakhond’ vervult, maar tevens een secundaire maar niettemin waardevolle rol heeft bij de bewaring van oud nieuws dat toegankelijk moet blijven voor het publiek. Digitale archieven zijn een belangrijke bron van educatie en geschiedkundig onderzoek, zeker als ze, zoals in dit geval, vrij toegankelijk zijn (paragraaf 180). In het licht van dit alles dienen nationale autoriteiten ‘*vigilant*’ te zijn met het beoordelen en toewijzen van verzoeken om verwijdering of wijziging van gegevens uit de elektronische versie van publicaties die destijds een rechtmatig karakter hadden (paragraaf 186). Hierna volgt een uitgebreide behandeling van artikel 8 EVRM en het recht op vergetelheid. Het hof stelt daarin voorop dat dit laatste rechtsconcept ‘*under construction*’ is en meerdere facetten heeft en eindigt zijn uiteenzetting over het ‘*right to be forgotten*’ met de observatie dat dit recht(sconcept) gelinkt kan worden aan artikel 8 EVRM, maar niet als een zelfstandig recht binnen het EVRM kan worden beschouwd (paragraaf 199):

‘In the Court’s view, a claim of entitlement to be forgotten does not amount to a self-standing right protected by the Convention and, to the extent that it is covered by Article 8, can concern only certain situations and items of information. In any event, the Court has not hitherto upheld any measure removing or altering information published lawfully for journalistic purposes and archived on the website of a news outlet.’

Onder paragraaf 200 en verder komt het EHRM vervolgens tot het formuleren van een zevental criteria die zijns inziens dienen te worden gehanteerd bij de beantwoording van de vraag wanneer een betrokkene er recht op heeft dat ‘zijn’ informatie in een *online* nieuwsarchief wordt

verwijderd of geanonimiseerd. De criteria⁴⁰ die het EHRM in stelling brengt (paragraaf 205) zijn:

1. de aard van de gearchiveerde informatie;
2. het tijdsverloop tussen de gerapporteerde gebeurtenis, de oorspronkelijke publicatie en de *online* publicatie;
3. de actuele relevantie van de informatie;
4. de vraag of het om een bekend persoon gaat en/of zijn gedrag sindsdien;
5. de negatieve gevolgen van de blijvende beschikbaarheid van de informatie voor de betrokkene;
6. de toegankelijkheid van de informatie in het digitale archief;
7. de impact van de maatregel op de vrijheid van meningsuiting in het algemeen en de persvrijheid in het bijzonder'

Het EHRM licht toe dat de toe te passen criteria niet alle eenzelfde gewicht kan worden toegekend:

'In this context, in fact, the principle of preservation of the integrity of press archives must be upheld, which implies ensuring that the alteration and, a fortiori, the removal of archived content is limited to what is strictly necessary, so as to prevent any chilling effect such measures may have on the performance by the press of its task of imparting information and maintaining archives. Hence, in applying the above-mentioned criteria, particular attention should be paid to properly balancing, on the one hand, the interests of the individuals requesting the alteration or removal of an article concerning them in the press archives and, on the other hand, the impact of such requests on the news publishers concerned and also, as the case may be, on the functioning of the press as described above.'⁴¹

De paragrafen 212-254 worden vervolgens besteed aan de beantwoording van de vraag hoe het Hof van Beroep in Luik die criteria heeft afgewogen in de onderhavige zaak. Het EHRM concludeert in paragraaf 255 vervolgens dat de Belgische nationale rechters

'took account in a coherent manner of the nature and seriousness of the judicial facts reported on in the article in question, the fact that the article had no topical, historical or scientific interest, and the fact that G. was not well known. In addition, they attached importance to the serious harm suffered by G. as a result of the continued online availability of the article with unrestricted access, which was apt to create a 'virtual criminal record', especially in view of the length of time that had elapsed since the original publication of the article. Furthermore, after reviewing the measures that might be considered in order to balance the rights at stake – a review whose scope was consistent with the procedural standards applicable in Belgium – they held that the anonymisation of the article did not impose an excessive and impracticable burden on the applicant, while constituting the most effective means of protecting G.'s privacy.'

40 De formulering is overgenomen van de samenvatting in *Computerrecht* 2023/181.

41 Vgl. Myjer in zijn noot onder EHRM 4 juli 2023, 57292/16, NJ 2023/321 (*Hurbain/België*): 'In dit verband moet immers het beginsel van behoud van de integriteit van persarchieven worden geëerbiedigd, hetgeen inhoudt dat ervoor moet worden gezorgd dat de wijziging en, a fortiori, de verwijdering van gearchiveerde inhoud beperkt blijft tot het strikt noodzakelijke, teneinde te voorkomen dat dergelijke maatregelen een afschrikkend effect hebben op de vervulling door de pers van haar taak om informatie te verstrekken en archieven bij te houden. Bij de toepassing van bovengenoemde criteria moet dan ook bijzondere aandacht worden besteed aan een juiste afweging van, enerzijds, de belangen van de personen die verzoeken om wijziging of verwijdering van een artikel dat hen betreft in de persarchieven, en, anderzijds, de gevolgen van dergelijke verzoeken voor de betrokken nieuwsuitgevers en meer algemeen voor het functioneren van de pers als zodanig.'

In deze omstandigheden, en rekening houdend met de *margin of appreciation* van de nationale rechters, oordeelt het EHRM tot slot dat deze de op het spel staande rechten van G. en Hurbain zorgvuldig hebben afgewogen in overeenstemming met de vereisten van het EVRM. De inmening in de door artikel 10 EVRM beschermde uitingsvrijheid is – vanwege de opdracht tot anonimisering van (enkel) de elektronische versie van het artikel op de website van de krant *Le Soir* – beperkt geweest tot wat ‘strictly necessary’ was en kan dus, in de omstandigheden van het geval, als noodzakelijk in een democratische samenleving en proportioneel worden beschouwd. Het hof ziet daarom geen sterke redenen om zijn eigen standpunt in de plaats te stellen van dat van de Belgische nationale rechters.

Het arrest van het EHRM is tot dusverre, behalve door Myjer, nog niet uitgebreid in de Nederlandse doctrine besproken. Het eerste wat de(ze) lezer opvalt bij het bestuderen ervan, is dat het EHRM expliciet aangeeft dat het recht op vergetelheid een (aan artikel 8 EVRM ‘gelinkt’) rechtsconcept is dat in ontwikkeling (*under construction*) is en dat (nochtans?) niet kan worden gesproken van een zelfstandig, in het EVRM wortelend, inroepbaar recht. Daarmee lijkt het EHRM duidelijk te willen maken dat in tijden van snelle technologische vooruitgang, of, neutraler, ontwikkeling, dit soort rechtsconcepten niet in steen gehouwen zijn, maar een zekere fluiditeit bezitten. Ook maakt het EHRM duidelijk dat de vraag of een vergeetrecht kan worden ingeroepen, niet in abstracto kan worden beantwoord, maar dat het antwoord daarop gevalsafhankelijk is. Die subtiele en contextuele benadering spreekt (ons) meer aan dan het door de Hoge Raad in zijn eerste *Van Gasteren*-arrest enigszins monolithisch neergezette ‘recht om alleen gelaten te worden’. Een tweede aspect dat bespreking verdient is de door het EHRM in beeld gebrachte botsing tussen artikel 8 en 10 EVRM. Omdat het hier gaat om een publicatie die destijds een *lawful* en *non-defamatory* karakter droeg en omdat het hier gaat om een krantenarchief, dat voor journalistieke doeleinden is opgetuigd, raakt het aan *Le Soir* en Hurbain opgetuigde verbod het ‘hart’ van de uitings- en persvrijheid.⁴² Daarmee is gelijk duidelijk dat we ons hier in een andere juridische discussie bevinden dan in de *Google Spain*-zaak. Daar ging het immers niet om een botsing tussen de privébelangen van de vergetelheid zoekende justitiabele versus de vrijheid van meningsuiting *sec* (dit grondrecht wordt in de belangenafweging van het Luxemburgse hof ook niet genoemd), maar om een afweging tussen genoemde privébelangen en het belang van internetgebruikers om de gewraakte informatie (via een zoekresultatenlijst) te kunnen vinden wanneer op de naam van deze persoon op internet wordt gezocht. Dit ‘zoek- en vind-belang’ van de internetgebruiker is een belang dat weliswaar gekoppeld kan worden aan de uitingsvrijheid, maar daarvan niet de kern kan worden genoemd. Anders gezegd – en het EHRM wijst daar ook op in paragraaf 175 van zijn arrest – ; een verzoek aan een uitgever van nieuwsberichten (krant, *online* medium et cetera) tot aanpassing van *content* is iets (geheel) anders dan een verzoek aan de exploitant van een zoekmachine tot *delisting* of *de-indexing*. Dit laatste type verzoeken heeft immers geen betrekking op de inhoud van de geopenbaarde informatie zelf maar (enkel) op de *toegankelijkheid* ervan voor de ‘googlende’ internetgebruiker. Dit verschil verklaart onzes inziens (en maakt het logisch) dat de belangenafweging in het arrest-*Hurbain* op een (wezenlijk) andere wijze gestalte krijgt dan in de *Google Spain*-zaak. Vertrekpunt in de te maken belangenafweging is, zo valt uit de uitspraak van het EHRM op te maken, het kardinale belang van de

42 Dit ‘lawful’ en ‘non-defamatory’ karakter van de destijdse publicatie maakt deze zaak ook een wezenlijk andere dan de eerder in dit artikel behandelde zaak *Van Gasteren I*. Het is dus ook niet verwonderlijk dat het toetsingkader van het EHRM in *Hurbain* een ander is dan dat van de Hoge Raad in 1995.

uitings- en persvrijheid in een democratische samenleving. Zeker waar het gaat om (een verzoek tot verwijdering of aanpassing van) nieuwsberichten die destijds op rechtmatige wijze zijn gepubliceerd, past terughoudendheid (het EHRM spreekt treffend van ‘vigilance’) bij het beoordelen en honoreren van dergelijke verzoeken. Daarmee wordt de aan te leggen toets bijna tegenovergesteld aan die van ‘*Google Spain*’. Waar in dat laatste arrest bij de toetsing het primaat duidelijk bij de privébelangen van de naar vergetelheid strevende betrokkene werd gelegd, wordt in *Hurbain* de bescherming van de pers- en uitingsvrijheid vooropgesteld, althans door het EHRM (zeer) stevig aangezet. Die vooropstelling van de pers- en uitingsvrijheid brengt onvermijdelijk de noodzaak met zich tot (een streng toezien op) proportionaliteit; komt het al tot een gebod tot wijziging of verwijdering van *online* te vinden informatie, dan moet dit een en ander beperkt zijn tot het strikt noodzakelijke:

‘Accordingly, although in the context of a balancing exercise between the right to freedom of expression and the right to respect for private life these two rights are to be regarded as being of equal value, it does not follow that the criteria to be applied in conducting that exercise all carry the same weight. In this context, in fact, the principle of preservation of the integrity of press archives must be upheld, which implies ensuring that the alteration and, a fortiori, the removal of archived content is limited to what is strictly necessary, so as to prevent any chilling effect such measures may have on the performance by the press of its task of imparting information and maintaining archives. Hence, in applying the above-mentioned criteria, particular attention should be paid to properly balancing, on the one hand, the interests of the individuals requesting the alteration or removal of an article concerning them in the press archives and, on the other hand, the impact of such requests on the news publishers concerned and also, as the case may be, on the functioning of the press as described above.’

Gelet op de hiervoor geschetste (wezenlijke) verschillen tussen de casusposities en het toetsingskader van *Hurbain* en *Google Spain* zie ik in *Hurbain* geen aanwijzing dat het EHRM met deze uitspraak afstand heeft willen nemen van de lijn die het HvJ EU met *Google Spain* heeft uitgezet voor gevallen van *delisting* of *de-indexing*. De criticasters van dit laatste arrest en van de in dit artikel besproken Nederlandse pendant daarvan zullen dus nog even moeten wachten totdat de Grote Kamer van het EHRM ook in een zaak over *delisting* of *de-indexing* een inhoudelijke uitspraak heeft gedaan.⁴³

Met het hiervoor weergegeven citaat uit *Hurbain* wordt ook duidelijk dat de hierboven genoemde zeven criteria niet elk even zwaar wegen of simpelweg na elkaar moeten worden ‘afgevinkt’, maar dat zij dienen als topische⁴⁴ aangrijppunten voor een motivering door de rechter, die steeds mede blijk moet geven van het besef dat in dit soort gevallen het belang van persvrijheid en de integriteit van de persarchieven in de afweging een groot gewicht toekomt. De criteria – factoren of gezichtspunten lijkt een betere term – lijken ons een zeer nuttige rol te kunnen vervullen bij het in het kader van de rechterlijke motivering kunnen toekennen van betekenis aan de relevante feiten en omstandigheden van de zaak. Tot die relevante feiten en omstandigheden behoort natuurlijk ook de publieke rol van de betreffende, op vergetelheid aansturende persoon en zijn gedrag na het plaatsgrijpen van de gebeurtenis in kwestie. Dat

43 Dat is tot dusverre nog niet gebeurd. Zie voor een uitspraak van de Kleine Kamer over ‘*delisting*’ EHRM 25 november 2021, 77419/16 (*Biancardi*).

44 Zie over topiek onder meer J.H. Nieuwenhuis, ‘Hoi Topoi, Het juiste gebruik van gemeenplaatsen in het recht’, in: E.H. Hondius e.a. (red.), *Quod Licet (Kleijn-bundel)*, Deventer: Kluwer 1992, p. 283-292.

lijkt ons een gelukkige zaak; in tijden dat het zich *online* bewegende publiek dagelijks wordt overspoeld met *juice*, reality series, bedgeheimen en intieme ontboezemingen van bekende Nederlanders en andere hele of halve beroemdheden, is het bepaald zinnig dit element bij de beoordeling van een verzoek om aanpassing of verwijdering van op internet vindbare berichten mee te laten wegen. Men zou kunnen zeggen dat wie eigener beweging gedurende een zekere periode de media heeft opgezocht met dit soort (triviale) zaken, van goeden huize moet komen om op een later moment op zijn schreden terug te keren en alsnog vergeten te willen worden. *You can't have your cake and eat it, too!*⁴⁵

7 Slot

Ik kom tot een afronding. In deze bijdrage werd ingezoomd op het recht op vergetelheid, zoals dit aan de orde kwam in het nieuwe Straatsburgse arrest *Hurbain/België*. Deze uitspraak van het EHRM werd in context geplaatst en gecontrasteerd met eerdere arresten die in Luxemburg en Den Haag over deze thematiek zijn geweest. Voornaamste conclusie is dat hetgeen in dit arrest aan de orde is, een (op wezenlijke punten) andere casuspositie betreft dan aan de orde in eerder door het HvJ EU en de Hoge Raad gewezen arresten over het verwijderen van zoekresultaten. Het aan te leggen toetsingskader is daarom ook (wezenlijk) anders. Waar in *Google Spain* en het daaropvolgende arrest van de Hoge Raad uit 2017 het primaat bij de toetsing duidelijk bij de privébelangen van de betrokkene werd gelegd, wordt in *Hurbain* de bescherming van de pers- en uitingsvrijheid vooropgesteld, althans door het EHRM (zeer) stevig aangezet. Reden daarvoor is, kort gezegd, dat de wens tot verwijdering of aanpassing van eerder rechtmatig gepubliceerde nieuwsberichten het 'hart' van de uitingsvrijheid raakt. Dat brengt onvermijdelijk met zich dat de rechter in dit soort gevallen niet lichtvaardig de verwijdering of aanpassing van *online* gearchiveerde nieuwsberichten mag gelasten en dat, als het al tot een aanpassing of verwijdering moet komen, deze – gezien het grote belang van behoud van de pers- en uitingsvrijheid – tot het strikt noodzakelijke beperkt dient te blijven. De zeven criteria die de rechter daarbij door het EHRM krijgt aangereikt, lijken een zeer nuttige rol te kunnen gaan vervullen bij het in het kader van de rechterlijke motivering kunnen toekennen van betekenis aan de relevante feiten en omstandigheden van de zaak.

45 Cambridge Dictionary, 'Have your cake and eat it (too)', Cambridge Dictionary, beschikbaar op <https://dictionary.cambridge.org/dictionary/english/have-cake-and-eat-it-too>.