

УДК 347.77:(007:004.73)
DOI <https://doi.org/10.32782/3922118>

Токарева В. О.,
<https://orcid.org/0000-0002-8409-1477>
кандидат юридичних наук,
доцент кафедри цивільного права
Національного університету «Одеська юридична академія»

ОКРЕМІ ПИТАННЯ РЕАЛІЗАЦІЇ ПРАВА НА ВИДАЛЕННЯ

SOME ISSUES OF EXERCISING OF THE RIGHT TO ERASURE

В статті проведено порівняння таких цифрових прав людини як право на видалення (право на забуття) та право на виправлення неточних персональних даних зібраних у електронних базах даних, передбачених Регламентом ЄС 2016/679 (далі Регламент ЄС 2016/679) та права почати все з чистого (цифрового) листа, покликаною дозволити особам розпочати абсолютно нову (цифрову) ідентичність. Встановлено, що зарубіжними науковцями критикується право на видалення (право на забуття). Однією із причин критики право на видалення є обмеженість його застосування у разі видалення даних про особу із систем даних які знаходяться у компетенції правоохоронних органів.

Увага приділена аналізу практики ЄСПЛ з питань реалізації права на забуття та пошуку баланс приватних та суспільних інтересів при прийнятті судового рішення. В умовах цифрової доби, видалення посилання у пошуковій системі, рівнозначно знищенню, книги у минулі часи, а відсутність інформації у Інтернеті, прирівнюється до відсутності посилання у пошуковій системі, а видалене посилання перетворює публікацію у майже неіснуючу.

З'ясовано, що застосування право на видалення або право на забуття, передбачає виключення, які покликані забезпечити баланс публічних та приватних інтересів та повною мірою не забезпечують реалізацію права бути забутим у разі вчинення особою суспільно небезпечного діяння. Науковці стверджують, що право почати все з чистого (цифрового) листа, покликане забезпечити особам право розпочати нову (цифрову) ідентичність у ситуаціях, коли суб'єкт даних розпочинає життя після вчинення небезпечного діяння та кримінальне правопорушення. Припускається, що дане право спрямовано на недопущення стигматизації суб'єкта в суспільстві після вчиненого злочину та ефективної соціальної адаптації, а також захистити суб'єктів у разі профілювання компаніями та державними органами при прогнозуванні майбутньої поведінки та оцінки вірогідності вчинення повторного правопорушення.

Висунута думка, що права на виправлення неточних персональних даних зібраних у електронних базах даних, передбачене Регламентом ЄС 2016/679, може застосовуватися для внесення змін та корегування неточностей які можуть відбуватися унаслідок профілювання компаніями та державними органами, можуть у системах даних.

Ключові слова: фізична особа; цифрові прав людини; захист персональних даних; особисті немайнові права; інформація; право на забуття; ЄСПЛ; демократичне суспільство; приватні інтереси; суспільні інтерес.

The article explores the content of digital rights. The right to erasure (“to be forgotten”) and the right to rectification of inaccurate personal data collected in electronic databases provided for by EU GDPR and the right to start over with a clean (digital) slate are compared. The concept of the right to start over with a clean (digital) slate designed to allow individuals to start a completely new (digital) identity. The article has both theoretical and practical value.

The special place in the article is paid to the analysis of the Human Rights Court practice on the implementation of the right to be forgotten and the seeking a balance of private and public interests.

Scholars argue that the right to start over with a clean (digital) slate is designed to ensure the individual right to start a new (digital) identity when he recovers his life after committing a dangerous act and a criminal offense. In the digital age, removing a link in a searching engine is equivalent to destroying a book in the past, and an absence of data on the Internet is equivalent to the absence of link in a searching engine. Removing the link makes the post almost non-existent.

The exercise the right to be erased (“to be forgotten”) covered exceptions that are designed to ensure a balance of public and private interests and to be not ensured the fulfillment of the right to be forgotten if a person had committed a crime. It is assumed that the right to start over with new digital slate is aimed for preventing stigmatization of individuals in society after committing a crime and social adaptation, as well as protecting individuals against profiling by companies and government agencies to predict future behavior.

The opinion is put forward that the right to rectification of inaccurate personal data collected in electronic databases, provided by EU GDPR, can be applied to provide changes and correct inaccuracies that may occur as a result of profiling by companies and state bodies in data systems.

The theoretical research, scientific views on the matter and the court practice are summarized and studied in the article, the proposals to improve the current legislation are formulated on this basis.

Key words: *natural person; digital rights; protection of personal data; the moral rights; the right to privacy; the right to be forgotten; compensation for moral damage; democratic society; private interest; public interest.*

Постановка проблеми. Концепція права суб'єкта заперечувати проти подальшої обробки його/її особистих даних – право на видалення даних – та обов'язок контролера даних видаляти інформацію негайно після того, як вона перестає бути необхідною для цілей обробки стає дуже актуальною та набуває свого розвитку, водночас постають питання реалізації цього права через передбачені виключення у законодавстві стосовно дотримання суспільних інтересів та право на доступ до інформації. Актуальність реалізації цього права постає у ситуація профілювання, прогнозуванні майбутньої поведінки та оцінки вірогідності вчинення повторного правопорушення, та вірогідності упередженого та суб'єктивного профілювання правоохоронними органами.

Метою статті проведення дослідження окремих питань реалізації права на видалення та шляхів подолання виключень із даного права у випадках допущення помилок у профілюванні, в умовах дотримання публічних інтересів та реалізації права на доступ до інформації.

Виклад основного матеріалу. Розробка концепцій права суб'єктів на видалення персональних даних (право бути забутим) так зване «право на забуття» обумовлено засадою того, що Інтернет ладен зберігати безмежну кількість інформації, що може створювати загрозу для недоторканності приватного життя. З урахуванням даної позиції право бути забутим виступає в якості додаткового способу контролю суб'єкта персональних даних за обробкою його персональних даних в Інтернеті.

У 2010 р почалась робота Європейської комісії над розробкою Регламенту ЄС 2016/679 із захисту персональних даних та у 2012 було опубліковано проект, який містив ст. 17 спеціально присвячену праву суб'єктів даних на забуття та право вимагати видалення даних, надалі стаття була доопрацьована та доповнена Європейською Радою та Європейськими Парламентом.

Право на забуття не застосовується до випадків, коли обробка персональних даних необхідна для: (1) реалізації права на свободу

вираження думки та свободу інформації; (2) дотримання виконання правових вимог закону ЄС та держав членів та виконання задач в інтересах суспільства або при виконанні офіційних повноважень покладених на контролера; (3) у суспільних інтересах у галузі охорони здоров'я у відповідності до ч. 2, 3 ст. 9; (4) у цілях архівування у суспільних інтересах, наукових та історичних дослідженнях, статистичних та інших подібних цілей; (5) з метою судочинства, у разі оспорювання правових вимог та позовів (ч. 3 ст.17 Регламенту ЄС 2016/679).

Як зазначає О.М. Калітенко [1] баталії, з приводу законодавчого закріплення даної норми обумовлено тим, що право бути забутим знаходиться на межі таких двох особистих немайнових прав, як права на інформацію, яке проявляється у безперешкодному доступі до неї, право на вираженні власної думку (ст. 19 Всесвітньої декларації прав людини), з іншого боку на право фізичної особи на приватність, недоторканість та повагу до свого приватного та сімейного життя, та захист персональних даних згідно із ст. 7, 8 Хартії Європейського Союзу про основні права, ст.12 Всесвітньої декларації прав людини [2].

Найбільш резонансним випадком у судовій практиці стало рішення Європейського суду від 13.05.2014 у справі Гугл проти Маріо Костехі Гонсалеса [3]. У 2010 році громадянин Іспанії К. Гонсалес подав до Іспанського агентства з захисту персональних даних скаргу на компанію Google Spain стверджуючи про порушення своїх законних прав, що під час пошуку його ім'я у Google видаються посилання на газети опубліковані у 1998 р. зі згадуванням його міс у зв'язку з продажем на торгах його будинка через несплату податків.

Коли Агентство підтримало пред'явника скарги та зобов'язало Гугл видалити відповідні посилання, компанія спробувала оскаржити це рішення у Верховному суді Іспанії. В свою чергу Верховний суд Іспанії вирішив за необхідне звернутися із запитом до Європейського суду для винесення попередньої постанови.

У своєму рішенні Європейський суд зазначив, що право вимагати видалення посилань з результатів пошукової системи ґрунтується на положеннях Директиви 95/46/ЄС яка передбачає право суб'єкта персональних даних вимагати від контролера уточнення або видалення даних (ст.12) та права заперечувати проти обробки його даних (ст.14). Права, закріплені в директиві, безпосередньо пов'язані з правом на повагу до приватного життя і правом на захист персональних даних, які гарантуються Хартією Європейського Союзу про основні права (ст. 7–8). На думку суду, фундаментальні права на повагу до приватного життя та захист персональних даних переважають не лише економічний інтерес оператора пошукової системи, а й суспільний інтерес в отриманні доступу до інформації яка носить персонального характеру за допомогою пошуку у Інтернеті. Разом з тим, суд зауважив, що у виключних випадках, пов'язаних із певною місцем суб'єкта персональних даних у суспільстві, обмеження його фундаментальних прав може бути допущено.

З тим, рішення у справі Гугл проти Костехі викликало жваві суперечки опонентами які піддали критиці існування права бути забутими та навіть прибічниками реалізації цього права. Адже постало питання щодо кваліфікації операторів пошукових систем в якості контролерів, операторів персональних даних, фактично покладаючи на них обов'язки із проведення видалення пошукових посилань та фільтрування результатів таких пошуків, а також застосування юрисдикції до аналогічних відносин та виконання судових рішень [4]. Про дискусійний характер прийнятого рішення ЄСПЛ свідчить обставина, що за низкою положень стосовно можливості обробки персональних даних операторами пошукових систем, воно не відповідає думці генерального адвоката суду ЄС Н. Яскінена [5].

Рішення у справі К. Гонсалеса справило істотний вплив у закріпленні можливості реалізації права на забуття у Інтернеті. Адже ЄСПЛ у даному рішенні визнав посилання у системі пошуку в мережі більш значущим втручанням в особисте життя та здатним порушити особисті немайнові права особи, аніж власне сама публікація. Суд виходив із тієї логіки в умовах інформаційного суспільства, посилання на

матеріал у пошуковій системі, робить його легко доступним до значного кола осіб, адже багато осіб використовують саме пошукові систему для того щоб знайти будь-яку інформацію [6]. Водночас постає слушне питання, наскільки вірогідно досягти баланс між публічними інтересами та особистими, між правом на вільний доступ до інформації та реалізацією права на приватність шляхом видалення посилання на інформації з пошукової системи.

Хоча процедура формування та подання запиту про видалення персональних даних дозволяє заявнику звертатися безпосередньо до операторів системи пошуку інформації, у більшості випадків реалізація права на забуття все ще підлягає контролю з боку органів судової влади. Метою рішення суду у таких категоріях справ є отримання особою офіційного дозволу зробити видалення.

У цьому сенсі цікаве твердження висунуте Л. Флоріді про те, що в умовах цифрової доби, видалення посилання у пошуковій системі, рівнозначно знищенню, книги у минулі часи. Наразі відсутність інформації у Інтернеті, прирівнюється до тобто відсутності посилання у пошуковій системі, а видалене посилання перетворює публікацію у майже неіснуючу. Науковець наводить порівняння, що в умовах інформаційного суспільства мапа стає більш значущою і аніж власне територія, видаливши дані на мапі, залишивши незмінним а саму територію, не буде мати значення [7].

Надалі у справі Гурбейн проти Бельгії, ЄСПЛ підтвердив позицію висунути у рішенні по справі Костехи. Особа засуджена за вчинення ДТП із двома загиблими у 2000 році та реабілітована у 2006 році вимагала видалення з пошукової системи посилання на архівну публікацію бельгійської газети за 1994 рік із новиною про загибель двох осіб внаслідок ДТП [8]. ЄСПЛ у своєму рішення прийшов до висновків про те, що: законодавство Бельгії визнає право бути забутим в якості невід'ємної складової права на недоторканність приватного життя, що особа заявник будучи водієм, не є публічною особою та його діяльність не представляє суспільного інтересу; існування матеріалу у електронному вигляді може справляти більш істотний вплив на право поважати приватне життя аніж ці ж матеріали у друкова-

них СМІ; для засудженої особи існування старих архівних матеріалів у електронній формі про вчинене правопорушення у минулому не повинно ставати для неї електронною стигматизацією у майбутньому; ЄСПЛ погодився із рішенням національного суду про можливість досягнення балансу між правом на вираження поглядів та реалізацію правом бути забутих шляхом анонімізації прізвища водія у архівних новинах на «Х», без потреби видалення самого друкованого матеріалу.

У справі *ML & WW v Germany* 28 червня 2018 р. підтримав рішення національного суду про незмінний суспільний інтерес до подій (вбивство популярної особи), що відбулися у минулому та прийняв рішення, що право суспільства на свободу вираження поглядів переважає права на недоторканність приватного життя, а з тим публікація в якій зазначені прізвища злочинців не порушує їх прав та відхилив їх вимогу про анонімізації їх прізвищ у нових публікаціях [9].

О.А. Войніканіс проводячи аналіз філософських та історичних аспектів права бути забутих, порівнює право бути забутих з поняттям «амністія», яке з давньогрецької перекладається забуття або прощення [6]. Науковець проводить зв'язок з однієї сторони між прощенням та забуттям, та з іншої сторони між забуттям та перетворенням, новим початком як умовою існування людини та суспільства загалом.

Б. Кастерс піддає критиці право на видалення або право на забуття передбачене Регламентом ЄС 2016/679, оскільки за його твердженням, воно повною мірою не забезпечує реалізацію права на видалення та право особи почати життя з нової сторінки, адже допускає лише можливість видалення персональних даних за дотриманням визначених умов та певних ситуацій. Оскільки ст. 17 Регламенту ЄС 2016/679 передбачає виключення із права, які покликані зрівноважити інтереси контролерів даних та суб'єктів даних, на думку науковця право на видалення не є основним правом, по-перше, тому, що воно міститься у вторинному, а не в основному законодавстві, і, по-друге, тому, що воно не є абсолютним правом та передбачає виключення із застосування. М. Фазліюглу підтримує дану тезу, що реалізація права на видалення є досить обмеженою та контролери

не завжди зобов'язані співпрацювати із запитаними суб'єктів даних [10].

З огляду на зазначене, поряд із законодавчим закріпленням права на видалення у доктрині висувається ідея про потребу розробки права почати все з чистого (цифрового) листа, яке покликано дозволити особам дійсно розпочати абсолютно нову (цифрову) ідентичність. Оскільки алгоритми збирання та профілювання великих даних є механізмами які з часом самопосилуються про, що зазначає винахідник Гугл Р. Курцвейл [11], то навіть незначні відхилення, невірні або неповні дані, можуть в подальшому призвести до спотворювання висновків та даних профілів. Наприклад, спостереження правоохоронними органами досить часто, будучи упередженим та зосередженим у неблагополучних районах міста, що неодноразово підтверджується результатами їх звітів, може призвести з перебігом часу до посилення упередженого та суб'єктивного заповнення профілів мешканців цих районів [12], навіть, за відсутності їх девіантної поведінки, з огляду на ризики пов'язані із районом проживання [13], расовим та етнічним походженням [14].

За твердженням Т. Калдерса та Б. Кастерса, оскільки алгоритми та інструменти профілювання ризику у подальшому можуть застосовуватися для отримання профілів осіб які можуть потенційно схильними до правопорушень з поліцейських баз даних, результати будуть свідчити [15], що поліції слід зосередити спостереження за цими районами, водночас дані від початку містили упередженість. Таким чином мешканці навіть без ознак девіантної поведінки будуть під прихильним наглядом правоохоронних органів. Посилення поліцейського нагляду може призводити до стигматизації цих районів, зниження вартості нерухомості в цих районах та ускладнити можливість позбавитися від профілів та стереотипів, які стануть перешкодою подальшому переїхати в інший район. Такі результати профілювання можуть залишитися з особою на все життя.

Можна порівняти із тим, що особа повернувшись після відбуття покарання у закладах позбавлення волі, повинна мати можливість розпочати життя з чистого листа. Незважаючи на те, що в деяких юрисдикціях заборонено відмовляти особі в прийомі на роботу через

судимість, насправді реінтеграція може бути складною для колишніх засуджених. Саме з цієї причини в деяких штатах США, наприклад штаті Нью-Йорк, ухвалено закон, який забороняє дискримінацію при прийомі на роботу з посиланням та на підставі судимості (СВЕД) [16].

Уявляється, що означених прикладів мало б бути достатньо, для переконання у необхідності розробки прав на цифровий лист, до того прибічники даного права, вважають, що воно має охоплювати широке коло питань: захисти суб'єктів у разі профілювання компаніями та державними органами при прогнозуванні майбутньої поведінки та оцінки вірогідності вчинення повторного правопорушення, та недопущення стигматизації осіб раніше осуджених за вчинене покарання.

Водночас, слід зазначити, що практика ЄСПЛ щодо зберігання особистої інформації у суспільних базах даних значний час формувалася з огляду на потребу врахування значущості тяжкості злочину, суспільного інтересу та права на доступ до інформації про особу т вчинений злочин при прийнятті рішення про можливість видалення таких даних із інформаційних систем. У справах *V.V. v. France* [17] та *Gardel v. France* [18] дискусійним було питання, чи слід вважати включення у національну систему бази даних інформації про осіб які вчинили злочини сексуального характеру, порушенням ст. 8 Конвенції Ради Європи 1981 року Про захист осіб у зв'язку з автоматизованою обробкою персональних даних. Відповідно до обставин справ зберігання даних мало відбуватися впродовж 20-30 років залежно від тяжкості злочину. ЄСПЛ прийняв до уваги тяжкість злочинів та зацікавленість суспільства в існуванні таких баз даних та прийшов до висновку, про те, що у даних справах не відбулося порушення ст. 8, з огляду на існування процедури пред'явлення вимоги про вилучення інформації із бази даних. У справі *M.M. v. the United Kingdom* заявниця скаржилася на зберігання та розкриття попередження поліції про викрадення дитини, яке не біло вилучене із її матеріалів справи які зберігаються у поліції [19]. У справі *Dalea v. France* [20] заявник скаржився, що зберігання інформації про нього в інформаційній системі держав Шенгенської домовленості

обмежувало його у поїздки в межах Шенгенської зони та ставало причиною у відмовах у видачі віз, в особистих та професійних цілях. Його скарга була визнана неприйнятною за ст. 8 та ЄСПЛ зазначив, що заявник міг оскаржити пропорційність застосування цих заходів у різних національних органах.

Слід зазначити, що з огляду на зростання потреби у транскордонному обміні даними, актуальність питань пов'язаних із зберіганням та обробкою даних у національних та європейських системах даних у практиці національних судів та ЄСПЛ, буде зростати. Так, відповідно до даних Європейського наглядового органу захисту інформації, за останні десять років відзначається зростання міжнародного співробітництва правоохоронних органів та судів у боротьбі з терористичною діяльністю та іншими формами міжнародної організованої злочинності, що забезпечується обміном інформацією між державами.

Уявляється, що неточності які можуть відбуватися унаслідок профілювання покликано виправити реалізація право на виправлення неточних персональних даних зібраних у електронних базах даних, передбачене у ст. 16 Регламенту ЄС 2016/679 та потреба у закріпленні якого було зазначено, ще у Резолюції Ради Європи Про захист конфіденційності фізичних осіб по відношенню електронних баз даних у недержавному секторі від 26.09.1973. Правом на уточнення особа може скористатися у разі доповнення або виправлення неповної інформації у випадку профілювання, коли компанія складає профілі співробітників або користувачів за різними підставами (виробничість труда, маркетинг тощо). Тобто ситуація коли компанія здійснює профілювання, застосовує автоматизовану обробку персональних даних для прийняття рішень, аналізу або прогнозування особистих переваг, поведінки чи установок (згідно ст. п. 24 Преамбули Регламенту ЄС 2016/679).

Припускається, що особа яка піддається профілюванню може скористатися своїм правом на доступ до даних за ст. 15, щоб дізнатися які дані щодо неї були використані для складання профілю та зміст профілю, а у разі виявлення невідповідності оскаржити неточність профілю та коректність використання персональних даних. Відповідно до Керівництва із автоматизованого

прийняття індивідуального рішення та профілювання право на виправлення наділяє суб'єкта можливістю виправити або внести зміни у неточності у профілюванні, у разі включення особи до категорії яка не відповідає її здібностям або категорію яка не відповідає стану здоров'я.

З урахуванням зазначеного, як нам уявляється, з огляду значущості суспільних інтере-

сів та права на доступ до публічної інформації, подолання прогалини які можуть виникати під час реалізації права на видалення або «право на забуття», виникаючі помилки та неточності у профілюванні, можуть подоланні суб'єктами даних шляхом реалізації права на виправлення неточних персональних даних зібраних у електронних базах даних.

ЛІТЕРАТУРА:

1. Калітенко О. М. Право на забуття: здобуток європейський чи глобальний? Римське приватне право: здобутки європейські та глобальні : матеріали міжнар. колокви. (м. Одеса, 27 жовт. 2018 р.) / За заг. ред. д.ю.н., проф. Є. О. Харитоновна. Одеса : Фенікс, 2018. С. 84–86.
2. Всеобщая декларация прав человека *Принята резолюцией 217 А (III) Генеральной Ассамблеи ООН от 10 декабря 1948 года* URL: https://www.un.org/ru/documents/decl_conv/declarations/declhr.shtml
3. Agencia Española de Protección de Datos (AEPD) v. Mario Costeja González Постановление от 13.05.2014 URL: http://curia.europa.eu/juris/document/document_print.jsf?doclang=EN&docid=152065
4. Frantziou E. Further developments in the Right to be Forgotten: The European Court of Justice's Judgment in Case C-131/12, Google Spain, SL, Google Inc v Agencia Espanola de Proteccion de datos // *Human Rights Law Review*. 2014.
5. Opinion of Advocate General Jääskinen delivered on 25 June 2013 (1). Case C 131/12 Google Spain SL Google Inc. v Agencia Española de Protección de datos (AEPd) Mario Costeja González. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/en/TXT/?uri=CELEX:62012CC0131>
6. Войниканис Е.А. Право быть забытым: правовое регулирование и его теоретическое осмысление. *Правоведение*. 2016. № 3 (326). С. 70–89.
7. Floridi L. The Right to Be Forgotten: a Philosophical View. *Annual Review of Law and Ethics*. 2015. № 23. P. 163-179. URL: https://www.academia.edu/16491066/_The_Right_to_Be_Forgotten_a_Philosophical_View_forthcoming_in_Annual_Review_of_Law_and_Ethics
8. Affaire Hurbain c. Belgique. №. 57292/16 URL: <https://hudoc.echr.coe.int/rus#%7B%22itemid%22:%5B%22001-210467%22%5D%7D>
9. Case of ML & WW v Germany (App. No. 60798/10 and 65599/10). 28 June 2018 *HUDOC / European Court of Human Rights*. URL: <https://hudoc.echr.coe.int/app/conversion/docx/pdf?library=ECHR&id=001-183947&filename=CASE%20OF%20M.L.%20AND%20W.W.%20v.%20GERMANY.pdf>
10. Fazlioglu M. (2013) Forget me not: the clash of the right to be forgotten and freedom of expression on the Internet, *International Data Privacy Law*, Volume 3, Issue 3, p. 149–157.
11. Kurzweil R. *The Singularity Is Near: When Humans Transcend Biology*. 2005: Viking Adult.
12. Ethnicity facts and Figures. URL: <https://www.ethnicity-facts-figures.service.gov.uk/crime-justice-and-the-law/policing/stop-and-search/latest>
13. В Европе сохраняется практика этнического профилирования URL: https://www.coe.int/ru/web/commissioner/-/ethnic-profiling-a-persisting-practice-in-europe#_ftn3
14. EU: Report supports evidence of pervasive police violence disparately targeting racialised people URL: <https://www.fairtrials.org/news/>
15. Custers B.H.M., Calders T., Schermer B., Zarsky T. What is data mining and how does it work?. In: (eds.) *Discrimination and Privacy in the Information Society*. 2013. Heidelberg: Springer.
16. Criminal Record-Based Employment Discrimination (CBED) URL: <https://dhr.ny.gov/protections-people-arrest-and-conviction-records>
17. Case B.B. v. France від 17 декабря 2009 г. Application no. 5335/06.
18. Case Gardel v. France від Application no. 16428/05, Постановление от 17 декабря 2009 г.
19. Case M.M. v. the United Kingdom від Application no. 24029/07, коммуніцирована 6 октября 2010 г.).
20. Case Dalea v. France від Application no. 964/07, Постановление от 2 февраля 2010 г.).