Downloaded from UvA-DARE, the institutional repository of the University of Amsterdam (UvA)
http://hdl.handle.net/11245/2.71990

File ID	uvapub:71990
Filename	292895.pdf
Version	preprint

SOURCE (OR PART OF THE FOLLOWING SOURCE):

Type	annotation
Title	Mf 2007, 23, (Jensen / Google)
Author(s)	J.V.J. van Hoboken
Faculty	FdR
Year	2007

FULL BIBLIOGRAPHIC DETAILS:
http://hdl.handle.net/11245/1.292895

Copyright

It is not permitted to download or to forward/distribute the text or part of it without the consent of the author(s) and/or copyright holder(s), other than for strictly personal, individual use, unless the work is under an open content licence (like Creative Commons).

UvA-DARE is a service provided by the library of the University of Amsterdam (http://dare.uva.nl)
(pagedate: 2014-11-17)

Annotatie bij Rb. Amsterdam 26 april 2007 (Jensen / Google)

Verschenen in *Mediaforum* 2007-6, nr. 23, p. 205-208.

J.V.J. van Hoboken

Het zal je maar gebeuren. Je bent beginnend tv-presentatrice met een weinig voorkomende naam en behoort volgens een deel van Nederland tot de schoonheden van deze beroepsgroep. Op een dag blijkt de zoekmachine Google – wie gebruikt hem tegenwoordig niet om Jan en Alleman mee op te zoeken – op jouw naam te reageren met een hele reeks sekssites. Jouw bekendheid als Nederlander is door de betreffende sites gebruikt om gericht met jouw naam te *webspammen*[1] en daarmee een stukje van de op het Internet fel bevochten aandacht van gebruikers op zichzelf te vestigen. Jouw naam wordt op een slimme manier gekoppeld aan de sites, op zo'n manier dat zoekmachines de sites presenteren als een relevant zoekresultaat op jouw naam. Na een niet volledig bevredigende tocht langs Google en de uitbater van de betreffende websites, besluit je naar de rechter te stappen en vang je bot.

De reikwijdte van de zorgplicht van zoekmachines

De juridische vraag die in deze kort geding zaak moet worden beantwoord is in hoeverre, en op grond van welke argumenten, gedaagde Google op grond van de maatschappelijke zorgvuldigheid jegens eiseres gehouden was bepaalde verwijzingen, die een inbreuk zouden vormen op de eer en goede naam van eiseres, te verwijderen en verwijderd te houden. Beslissend voor deze vraag is de reikwijdte van de zorgplicht van zoekmachines ten aanzien van de inhoud van de op de zoekmachine gepubliceerde zoekresultaten en de inhoud van de informatie die zij middels deze zoekresultaten ontsluiten. Daarbij moet onderscheid gemaakt worden tussen enerzijds een eventuele preventieve zorgplicht van de zoekmachine en anderzijds een zorgplicht die aanvangt op het moment dat een ander de zoekmachine wijst op (beweerdelijk) onrechtmatige zoekresultaten.

De zorgplicht van Google gaat volgens de rechter niet zover dat zij preventief zou moeten optreden ten aanzien van de inhoud van de koppelingen naar de websites en de inhoud van deze websites. "*Google kan in beginsel niet verantwoordelijk worden geacht voor de uitkomst van een zoekopdracht en de inhoud van de zoekresultaten*", aldus de rechter. Maar nadat Google was aangesproken op de onrechtmatigheid van de betreffende resultaten, was er evenmin sprake van aansprakelijkheid. "*De zorgplicht van Google reikt niet zover dat zij aansprakelijk is voor de bereikbaarheid van die informatie van die ander, indien zij niet weet of redelijkerwijs behoort te weten dat die informatie apert*

onrechtmatig is. In dit geval was het voor Google redelijkerwijs onmogelijk om tot de conclusie te komen dat de informatie niet correct was."

Technisch, automatisch en passief

Centraal in de uitspraak van de kort geding rechter staat de constatering dat Google "*geen (preventieve) bemoeienis heeft met of invloed heeft op de inhoud van de links naar de websites en op de inhoud van de websites die automatisch als zoekresultaten worden verkregen na het intoetsen van de zoektermen. […] Het 'crawlen', 'indexeren' en 'ranken' heeft een technisch, automatisch en passief karakter en Google kan in beginsel dan ook niet verwantwoordelijk worden geacht voor de uitkomst van een zoekopdracht en de inhoud van de zoekresultaten."* Het softwarematige karakter van de primaire processen van zoekmachines, in dit geval Google, levert hen dus een beperking van aansprakelijkheid op. Zowel voor de informatie die door de zoekmachine wordt ontsloten, dat wil zeggen de informatie op de achterliggende websites, als de informatie die in de vorm van koppelingen op de website van Google wordt gepresenteerd. Hier zijn een aantal belangrijke kanttekeningen bij te plaatsen.

Ten eerste is de software van Google natuurlijk gewoon mensenwerk. De keuzes die door de makers van de software worden gemaakt zijn gericht op het resultaat van het gebruik van deze software. Het zou dan ook op het eerste gezicht niet zo gek zijn de exploitant van software voor deze resultaten tot op zekere hoogte verantwoordelijk te houden. De redactionele keuzes die vergelijkbare menselijke informatieaanbieders maken, denk bijvoorbeeld aan de portal *Startpagina*, zitten bij Google verstopt in de software. Erg goed verstopt, want de software van Google is geheim.

Het best te illustreren is dat voor het proces van 'ranken'. De ranking van een site in Google wordt bepaald door een honderdtal nauwkeurig door werknemers van Google afgestemde en geprogrammeerde statistische criteria. Enerzijds zijn dit criteria die de relevantie van een bepaalde webpagina voor een ingevoerde zoekterm proberen in te schatten, zoals het voorkomen van de zoekterm op, of in de titel of URL van een webpagina. Anderzijds zijn dit criteria die een benadering geven voor de populariteit van de webpagina, zoals het aantal links vanuit andere (populaire) webpagina's of het aantal keren dat op een resultaat wordt geklikt. Uit de literatuur over zoekmachines en Google in het bijzonder, blijkt dat het ranking-algoritme van Google, geen vast gegeven is, maar voortdurend wordt aangepast aan de wensen en economische belangen van deze zoekmachine exploitant.

Uit de index worden daarnaast, zo overweegt ook de rechter, regelmatig handmatig websites verwijderd op grond van het schenden van de websites van de voorwaarden van Google voor opname in de index. Google bestrijdt actief de manipulatie van haar zoekresultaten door websites, waar in dit geval ook sprake is. Google doet dat om de kwaliteit van haar dienst te bewaken. Google heeft daarnaast ook een eigen filter op haar zoekmachine dat pornografisch materiaal uit de zoekresultaten filtert. Dit filter kan door gebruikers aan en uit worden gezet en leidt tot

indrukwekkende resultaten. Ook worden regelmatig resultaten verwijderd als gevolg van rechterlijke uitspraken, verzoeken van openbaar ministeries, rechthebbenden, en anderen.

Extra vervelend voor eiseres is dat de rechter een oordeel over de onrechtmatigheid van de betreffende informatie achterwege laat. Daarmee omzeilt de rechter op basis van dat oordeel Google te verplichten de informatie te verwijderen en/of verwijderd te houden. Dat de resultaten reeds verwijderd zijn, volgens Google om andere redenen, doet aan de mogelijkheid van zo'n verplichting door de rechter natuurlijk niet af, evenmin als de conclusie dat het voor Google redelijkerwijs niet mogelijk was de onrechtmatigheid vast te stellen. De rechtbank overweegt nog wel dat Google de resultaten heeft verwijderd en op de 'black list' heeft gezet, "*wegens manipulatie van de zoekmachine met de naam van [eiseres] door de eigenaar van deze sekswebsites*." Dit lijkt in het licht van het voorgaande enigszins tegenstrijdig. Google was volgens de rechter blijkbaar wel in staat vast te stellen dat er sprake was van manipulatie met de naam van eiseres. Als er sprake is van manipulatie met een naam van een persoon lijkt het toch redelijk te concluderen dat de manipulatieve informatie onrechtmatig was. Het kan natuurlijk ook zo zijn dat de informatie, hoewel gevoelig, wel juist is. Daar was sprake van in een recent geval tussen een oud-schaatster en een sportpresentator.[2] De rechter legt in de besproken zaak veel nadruk op de mogelijkheid van de weg naar langs de aanbieder van de informatie voor het verwijderd krijgen van beweerdelijk onrechtmatige informatie. Recentelijk is gebleken dat in een kort geding procedure tegen de informatieaanbieder naast rectificatie van onrechtmatige publicaties op het Web ook een rechterlijk bevel aan de informatieaanbieder verkregen kan worden, dat inhoudt dat deze de opdracht moet geven aan zoekmachines als Google de betreffende onrechtmatige publicaties uit de zoekmachine te verwijderen.[3]

Niet alleen in Nederland wordt geworsteld met de mate van aansprakelijkheid van zoekmachines en de ontwikkeling van criteria die hiervoor doorslaggevend zijn. De hier besproken uitspraak staat in schril contrast met een recente uitspraak (ook in kort geding) in Duitsland met praktisch dezelfde casus.[4] De Duitse rechter kwam tot een radicaal tegenovergesteld oordeel. De zoekmachine moet er in opdracht van de rechter door middel van filtering voor zorgen dat de naam van eiseres in combinatie met het woord naakt niet meer in de zoekresultaten voor zal komen. Dit is het andere uiterste en komt volgens mij in de buurt van censuur, aangezien het een vooraf verbod is op een bepaald type uitingen, waarvan de rechtmatigheid vooraf immers nooit vast kan staan.

Preventieve zorgplicht en vrijheid van meningsuiting en informatie

Hiermee zijn we weer terug bij de preventieve zorgplicht van zoekmachines ten aanzien van de inhoud van getoonde zoekresultaten en de daarmee ontsloten informatie. De stelling dat Google geen preventieve zorgplicht moet worden toegeschreven, kan mijns inziens nooit volgen uit de (onjuiste) feitelijke constatering van de rechter dat Google geen preventieve bemoeienis heeft met de inhoud van de zoekresultaten. Zoals hierboven kort uiteengezet heeft Google wel degelijk enige

preventieve bemoeienis met de inhoud van zoekresultaten. Preventief optreden is voor koning eenoog in zoekmachineland daarnaast ook zeker geen onmogelijkheid. In de enorme winsten die Google met het exploiteren van de technologie uit advertenties behaalt is best wat ruimte voor dergelijke bemoeienis. De rechter heeft het mijns inziens om een andere en fundamentelere reden wel bij het rechte eind deze preventieve zorgplicht te beperken of zelfs uit te sluiten. De wenselijkheid van de beperking van deze preventieve zorgplicht voor zoekmachines is namelijk gelegen in de vrijheid van informatie en meningsuiting.

Het een en ander komt het beste tot zijn recht in de *Paperboy* uitspraak van het Duitse *Bundesgerichtshof* en daarop voortbordurende uitspraken over de aansprakelijkheid van zoekmachines in Duitsland.[5] De Paperboy uitspraak bevestigde de toelaatbaarheid van het gebruik van hyperlinks door zoekmachines. In een recente hierop voortbordurende uitspraak van het *Oberlandesgericht Hamburg*, wordt geconcludeerd dat de normale maatstaf van aansprakelijkheid voor uitingen te streng is als het gaat om de inhoud van de resultaten van zoekmachines.[6] De Duitse rechter stelt dat de vaste maatstaf voor aansprakelijkheid voor deze uitingen een uitzondering behoeft voor het geval van de uitingen van zoekmachines. "*Dies ergibt sich aus der gebotenen Abwägung zwischen dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht und der Meinungsäußerungs- und Informationsfreiheit, die durch eine Suchmaschine in entscheidendem Maß gefördert wird. Ohne den Einsatz von Suchmaschinen wäre nämlich eine sinnvolle Nutzung der Informationsfülle im World Wide Web nicht möglich. Angesichts der ungeheuren Anzahl der zu erfassenden Websites kommt für die Erfassung, Übernahme und Darstellung nur ein automatisiertes Verfahren in Betracht."* Oftewel, voor de aansprakelijkheid voor de inhoud van zoekmachineresultaten die een gevolg is van het geautomatiseerd overnemen van onrechtmatige informatie van de miljarden websites op het Web, geldt op grond van de betekenis van het functioneren van zoekmachines voor de vrijheid van meningsuiting en informatie een minder strenge maatstaf.

De jurisprudentie over de aansprakelijkheid van zoekmachines in Nederland wordt er met de uitspraak van de Amsterdamse voorzieningenrechter niet consistenter op. Een lichtpunt was de genuanceerde *Zoekmp3* uitspraak van de Haarlemse rechtbank. Hier stond de rechtmatigheid van de hyperlink naar onrechtmatige informatie centraal.[7] De rechtbank oordeelde dat zoekmachines niet aansprakelijk zijn voor het linken naar ongeautoriseerd gepubliceerde muziekbestanden, maar op grond van de maatschappelijke zorgvuldigheid gehouden zijn op te treden wanneer zij op de onrechtmatigheid van door de zoekmachine ontsloten informatie worden gewezen en aan deze onrechtmatigheid niet te twijfelen valt.[8] Deze uitspraak is echter in tweede instantie vernietigd. Het arrest van het hof te Amsterdam gooide het mede wegens gebrek aan verweer door de zoekmachine over een andere boeg en ging zelfs zover dat betreffende zoekmachinedienst onrechtmatig was.[9] Het arrest lijkt moeilijk te rijmen met de jurisprudentie in de zaak KAZAA, zo stelt ook Koelman in zijn noot bij deze zaak. Aangezien de argumenten van het hof voor de onrechtmatigheid grotendeels ontleend zijn aan het specifieke *business model* van Zoekmp3, biedt deze uitspraak mijns inziens weinig houvast voor de vraag naar de aansprakelijkheid van zoekmachines voor zoekresultaten

en de daarmee gefaciliteerde ontsluiting van de achterliggende informatie.[10]

De voortdurende onduidelijkheid over de betekenis van de bij wet geregelde *safe harbours* voor tussenpersonen op het Web uit de richtlijn elektronische handel voor de juridische positie van zoekmachines komt daar nog eens bovenop. Hostingdiensten kunnen een beroep doen op artikel 6:196c lid 4 BW, Internet Service Providers kunnen voor de doorgifte van informatie van anderen (*mere conduit*) een beroep doen op artikel 6:196c lid 1 BW, en voor de tijdelijke opslag (*caching)* van informatie op artikel 196c lid 3 BW. Een beroep van een zoekmachine, naar analogie, op een van de leden van artikel 6:196c BW, in het bijzonder op het eerste lid, is nog niet erkend.[11] Daarmee vervalt ook een beroep op het verbod van preventieve zorgplichten voor deze diensten, een verbod dat volgt uit artikel 15 van genoemde richtlijn. Het is te hopen dat er op redelijke termijn wat meer duidelijkheid ontstaat over de aansprakelijkheid van zoekmachines.

Noten

[1] Web spam, ook wel *spamdexing*, is de verzamelnaam voor websites die zijn opgezet om de werking van zoekmachines te manipuleren. Voorbeelden zijn verborgen tekst, link farms, wiki spam en cloaken. Voor een overzicht zie Z. Gyongyi, H. Garcia-Molina 'Web Spam Taxonomy', First International Workshop on Adversarial Information Retrieval on the Web (AIRWeb 2005).

[2] 'Ria Visser wil met seks uit Google', Planet Internet, 11 januari 2007.

[3] Rechtbank Rotterdam 19 april 2007, 280201/KG ZA 07-256. In deze zaak van een plastisch chirurg tegen het *Algemeen Dagblad* over publicaties over deze plastisch chirurg geeft de rechter het bevel de door de rechter onrechtmatig bevonden publicaties te rectificeren, van de website AD.nl te verwijderen en verwijderd te houden, en zoekmachines Google en Yahoo de opdracht te geven de betreffende onrechtmatige passages uit hun zoekmachines te verwijderen.

[4] LG Berlin 4 september 2006, 10 W 81/06, *MMR* 12/2006, p. 817.

[5] Bundesgerichtshof 17 juli 2003, I ZR 259/00, m.nt. R.D. Chavannes, W.A.M. Steenbruggen, *JAVI*, 2003-6, p. 222-225.

[6] OLG Hamburg, 20 februari 2007 – AZ.: 7 U 126/06.

[7] Voor een behandeling van hyperlinkaansprakelijkheid, inclusief die van zoekmachines, zie R.D. Chavannes, 'Hype of echt link? De hyperlinksaansprakelijkheid van informatieaanbieders, internetaanbieders en zoekmachines', *JAVI,* 2003/1, p. 2-10.

[8] Rechtbank Haarlem 12 mei 2004, *NJ* 2004, 357, *AMI,* 2004-5, p. 185-193, m.nt. K.J Koelman, (*Techno Design/Brein*).

[9] Hof Amsterdam 15 juni 2006, *AMI* 2006-5, nr. 15, m.nt. K.J. Koelman, *Computerrecht* 2006, 138, afl. 5, m.nt. O.M.J.B. Volgenant; *Mediaforum* 2006-10, nr. 33, m.nt. T.F.W Overdijk, (*Techno Design/Brein*).

[10] Zie ook de bijdrage van R.D. Chavannes in dit nummer.

[11] Zie ook Ch.A. Alberdingk Thijm, 'Kroniek van Technologie en Recht', *NJB*, 2007-13, p. 838-840.

(cc) BY-NC-ND

Op dit werk is een Creative Commons Licentie van toepassing.

Geplaatst 05.07.2007