



## De aansprakelijkheid van zoekmachines. Uitzondering zonder regels of regels zonder uitzondering?

J.V.J. van Hoboken<sup>1</sup>

Computerrecht 2008-1, p. 15-22.

*Deze bijdrage gaat in op een belangrijk en lastig juridisch vraagstuk voor zoekmachines, namelijk de aansprakelijkheid voor onrechtmatige zoekresultaten. Alvorens tot een bespreking van het geldende recht over te gaan, zal het onderwerp worden uitgewerkt (par. 2) en worden stilgestaan bij het beleid van de bekendste zoekmachines (par. 3). Daarna volgt een bespreking van de relevante wetgeving op nationaal en Europees niveau (par. 4) en een bespreking van de Nederlandse jurisprudentie (par. 5). Gezien de bestaande onduidelijkheid zal deze bijdrage afsluiten met een schematische bespreking van de verschillende aanknopingspunten voor het bepalen van de zorgplicht van zoekmachines ten aanzien van onrechtmatige zoekresultaten (par. 6). Om alvast op de conclusie (par. 7) vooruit te lopen; er is nog veel werk te doen voor wetgever, rechtspraak en zoekmachines.*

### 1. Inleiding

Alle algemene zoekmachines, waaronder Google en Ilse, genereren deels ‘onrechtmatige zoekresultaten’.<sup>2</sup> De reden is dat een deel van de informatie op het Web onrechtmatig is en de zoekmachines de resultaten niet vooraf filteren op onrechtmatigheid. Vanwege het belang om zo hoog mogelijk te scoren in zoekmachines maken aanbieders van informatie op het Web massaal gebruik van zoekmachine optimalisatie. Niet zelden levert deze optimalisatie zijn eigen onrechtmatigheden op. De populariteit van zoekmachines vergroot de impact van eventuele onrechtmatige zoekresultaten voor gelaedeerden. Het verwijderen van informatie uit de index van zoekmachines heeft een vergelijkbare, maar dan negatieve impact op de effectieve toegankelijkheid van de betreffende informatie.

Zoekmachines zijn van de verschillende tussenpersonen op internet een lastige categorie. Voor de aanbieders van toegang- en hosting diensten op internet heeft het leerstuk van aansprakelijkheid vanaf eind jaren negentig veel aandacht<sup>3</sup> en ook steeds duidelijker vorm gekregen in wetgeving en rechtspraak. Voor zoekmachines is dit leerstuk verre van duidelijk. De wetgever en de wetenschap lijken vrijwel stelselmatig aan het vraagstuk voorbij te zijn gegaan.<sup>4</sup>

---

<sup>1</sup> Joris van Hoboken is promovendus op het Instituut voor Informatierecht van de Universiteit van Amsterdam en doet onderzoek naar de juridische positie van zoekmachines.

<sup>2</sup> Met ‘onrechtmatige zoekresultaten’ doel ik, los van de vraag naar de aansprakelijkheid, op zoekresultaten waar op de een of andere manier sprake is van onrechtmatige inhoud of een onrechtmatige verwijzing.

<sup>3</sup> Een selectie: K.J. Koelman, ‘Liability for on-line intermediaries’, *Imprematur*, IViR, Amsterdam, 1997; K.J. Koelman, ‘Wat niet weet, wat niet deert: civielrechtelijke aansprakelijkheid van de provider’, *Mediaforum*, 1998-7/8, p. 204-213; E.J. Dommering, ‘De auteursrechtelijke aansprakelijkheid van intermediairs, het Kabelpiratenarrest revisited in de tijd van Internet’, in: D.W.F. Verkade & D.J.G. Visser (red.), *Intellectuele eigenaardigheden*, Deventer: Kluwer 1998, p. 75-83; P.B. Hugenholtz, ‘Het Internet: het Auteursrecht voorbij?’, in: A.W. Koers e.a., *Recht en Internet*, Handelingen NJV 1998-I, p.197-260; K.J. Koelman, ‘Online Intermediary Liability’, in P.B. Hugenholtz (ed.), *Copyright and Electronic Commerce*, Information Law Series-8, Kluwer, 2000, p. 7-58; C. van der Net, ‘De civielrechtelijke aansprakelijkheid van Internetproviders na de Richtlijn elektronische handel’, *JAVI* 2002/1, p. 10-15.

<sup>4</sup> Uitzonderingen zijn Th. Verbiest, ‘The liability, in French and Belgian Laws, of Search Tools on the Internet’, *International Journal of Law and Information Technology*, 1999-3, p.238-255; R.D. Chavannes, ‘Hype of echt link? De hyperlinks aansprakelijkheid van informatieaanbieders, internetaanbieders en zoekmachines’, *JAVI*, 2003/1, p. 2-10; Ch. Alberdingk Thijm, *Het Nieuwe Informatierecht*, Den Haag: Academic Service 2004.

Het gevolg van het een en ander is dat er onvoldoende duidelijkheid is over de rechtspositie van zoekmachines ten aanzien van onrechtmatige informatie en dat een systematisch overzicht van de aansprakelijkheid van zoekmachines in Nederland ontbreekt. Is er op grond van het toepasselijke recht sprake van een speciale aansprakelijkheidsregel voor zoekmachines of maakt het Nederlandse recht geen systematische uitzondering voor dit nieuwe medium? Deze bijdrage stelt zich als doel verduidelijking te brengen en als basis te dienen voor verdere discussie.

## 2. Afbakening

Centraal in deze beschouwing staat de zoekmachine die openbaar beschikbare informatie op het Web ontsluit. Gesloten systemen, zoals digitale databanken vallen hier buiten. Ik concentreer mij op zoekmachines die gericht zijn op Nederlandse gebruikers.<sup>5</sup> Meta-zoekmachines die niet zelf het Web *crawlen* maar zoekresultaten van een andere zoekmachine verkrijgen zijn voor deze bijdrage minder interessant. Ik beperk mij tot zoekmachines die werken op basis van tekst.<sup>6</sup> In dit geval is de output van de zoekmachine een geordende verzameling van organische zoekresultaten en mogelijk advertenties. Deze verzameling organische resultaten bestaat typisch uit een titel, een hyperlink naar de betreffende achterliggende webpagina, en een beschrijving, het een en ander ontleend aan de achterliggende website.<sup>7</sup>

### 2.1 Oorzaken aansprakelijkheid zoekmachine

De onrechtmatigheid van zoekresultaten kan juridisch verschillende achtergronden hebben en in de keten van het communicatieproces van de zoekmachine een verschillende positie innemen.

De onrechtmatigheid van zoekresultaten kan het gevolg zijn van strafrechtelijke normen ten aanzien van bepaalde informatie en uitingen, zoals het aanzetten tot haat, smaad, laster en belediging. Naast het strafrecht zijn er verschillende privaatrechtelijke beperkingen op de vrije informatiestroom. Zo zijn er de regels met betrekking tot intellectuele eigendom, het recht op privacy en bescherming van persoonsgegevens, de bescherming van bedrijfsgeheimen en de algemene zorgvuldigheidsnormen van de onrechtmatige daad. De privaatrechtelijke verhoudingen krijgen in het hiernavolgende de nadruk. De aansprakelijkheid van tussenpersonen op internet heeft zich in het afgelopen decennium ontwikkeld tot een horizontaal leerstuk, dat de verschillende juridische leerstukken over de breedte doorkruist. Een belangrijke vraag is in hoeverre ook bij zoekmachines sprake is of zou moeten zijn van een dergelijke horizontale aansprakelijkheidsregel.

Er dient nog een nuancering te worden aangebracht waar de onrechtmatigheid optreedt. Ten eerste kan de inhoud van een zoekresultaat zelf onrechtmatig zijn. Dit speelt bijvoorbeeld in het hypothetische geval dat de titel van een resultaat luidt “*Meneer Y is een maffiamaatje*”. Ten tweede kan de inhoud van de achterliggende pagina onrechtmatig zijn. De inhoud van de achterliggende pagina bestaat weer uit hetgeen voor de bezoeker van de pagina bestemd is en de overige metacodering in html. Ook de betreffende metacodering kan de onrechtmatigheid van een zoekresultaat constitueren.

De aansprakelijkheid voor onrechtmatige zoekresultaten is nauw verwant aan de aansprakelijkheid voor de hyperlink. Het informatieaanbod van de zoekmachine beperkt zich echter niet tot de hyperlink en de verwijzingen van zoekmachines zijn om die reden een geval

---

<sup>5</sup> Het Nederlandse recht zou ook relevant kunnen zijn voor niet specifiek op Nederland gerichte zoekmachines. Het beroemdste voorbeeld in dit verband is de Yahoo zaak uit Frankrijk. Zie J. Goldsmith, T. Wu, *Who Controls the Internet? Illusions of a borderless world*, Oxford, New York, Oxford University Press, 2006, p.1-10.

<sup>6</sup> Meest gebruikelijk is de zoekmachine waar input en output bestaat uit tekst. Naast dat de meeste zoekmachines ook zoekfuncties hebben voor foto- en videomateriaal, zijn er ook al zoekmachines die zoeken op plaatjes ([www.polarrose.com](http://www.polarrose.com)) of geluid ([www.findsounds.com](http://www.findsounds.com)).

<sup>7</sup> Veel zoekmachines hebben ook een optie om de betreffende pagina vanuit de *cache* van de zoekmachine te laden.

apart.<sup>8</sup> Zoekmachines maken verder op een specifieke manier gebruik van de technologie van hyperlinks. Ze worden door zoekmachines automatisch gegenereerd. Er is bij zoekmachines dus in beginsel geen sprake van redactioneel overzicht op de inhoud van de zoekresultaten. Om die reden ligt het bij zoekmachines voor de hand een verschil te maken tussen de aansprakelijkheid voor het oproepbaar zijn van onrechtmatige zoekresultaten en het oproepbaar houden van deze resultaten op het moment dat de aanbieder van de zoekmachine op de hoogte is van de onrechtmatigheid.

In paragraaf 2.2 wordt kort ingegaan op de zelfstandige aansprakelijkheid van zoekmachines. In deze bijdrage staat echter de vraag centraal in hoeverre een zoekmachine aansprakelijk kan worden gehouden voor zijn rol in het ontsluiten van onrechtmatige informatie van derden.

## 2.2 Verantwoordelijkheid voor zelfstandig onrechtmatig handelen

Zoekmachines zijn niet slechts passieve tussenpersonen, maar maken ook zelfstandige keuzes hoe met elders beschikbare informatie een dienst wordt geleverd. Er zijn verschillende manieren waarop dit zelfstandig handelen van de zoekmachine aansprakelijkheid kan opleveren.

Informatieaanbieders willen soms niet dat hun websites door (bepaalde) zoekmachines worden geïndexeerd. Over het algemeen wordt het daartoe dienende *robots.txt* protocol door de *crawlers* van zoekmachines gerespecteerd. De vraag is of de zoekmachine door de houder van de website aangesproken kan worden voor het ongewenst indexeren en het tonen van delen van de inhoud van de site, en wat de juridische relevantie is van het robots.txt protocol. Zoekmachines zijn de afgelopen jaren in Nederland zelfstandig aangesproken door online informatieaanbieders op basis van databankenrecht, auteursrecht en geschriftenbescherming.<sup>9</sup>

De ontwikkeling van de zelfstandige aansprakelijkheid van zoekmachines staat nog maar in de kinderschoenen. Een nog niet beantwoorde vraag is in hoeverre de zoekmachine door een houder van een website aangesproken kan worden voor het niet indexeren van een site of de manier van ordenen, oftewel de vraag naar de vrijheid van de zoekmachine op een bepaalde manier te ranken of bepaalde websites uit te sluiten. Het is voorstelbaar dat uitsluiting of discriminatoir ordenen een onrechtmatige daad oplevert.<sup>10</sup> Een tweede theoretische mogelijkheid is dat gebruikers de zoekmachine aansprakelijk stellen voor het informatieaanbod. Tenslotte is het mogelijk dat de gebruiker van de zoekmachine zoektermen hanteert die onrechtmatigheid constitueren. De vraag is in dat kader in hoeverre de zoekmachine gehouden is de gebruiker te beperken in de mogelijkheid tot het doen van bepaalde tot onrechtmatigheid leidende zoekopdrachten.

## 3. Praktijk

Alvorens het uiteengezette juridische vraagstuk te behandelen is het instructief te kijken hoe

---

<sup>8</sup> In de literatuur wordt dit verschil ook steeds gemaakt. Zie Chavannes 2003, en F. Debusséré, 'Aansprakelijkheid voor hyperlinks naar websites met onrechtmatige inhoud. Een voorstel voor een wettelijke regeling', *Computerrecht* 2006-3, p.15, die de aansprakelijkheid van zoekmachines gezien de bijzondere problemen niet behandelt.

<sup>9</sup> V.zr. Rb. Den Haag 12 september 2000, Mediaforum 2000-11/12, m.nt. M.M.M. van Eechoud, (*NVM/De Telegraaf*), Hof Den Haag 21 december 2000, Mediaforum 2001-3, m.nt. M.M.M. van Eechoud (*De Telegraaf/ NVM*), Hoge Raad 22 maart 2003 (*De Telegraaf/ NVM*); V.zr. Rb. Arnhem 16 maart 2006 Mediaforum 2006-4, nr.12., m.nt. T.F.W. Overdijk, (*NVM/ZAH*), Hof Arnhem 4 juli 2006, Mediaforum 2007-1, nr. 1, m.nt. B.T. Beuving (*NVM/ZAH*); V.zr. Rb. Alkmaar 7 augustus 2007, Mediaforum 2007-10, m.nt. D.E. Stols (*Jaap.nl I & II*); Hof A'dam 13 december 2007, LJN BC0125 (*Jaap.nl*). Het monopolie op deze jurisprudentie door huizensites is recentelijk opgeheven door de uitspraak V.zr. Rb. Utrecht 21 november 2007, LJN BB8341 (*Gaspedaal.nl*). De Belgische rechter zit op een auteursrechtvriendelijkere lijn met de uitspraak Rechtbank Eerste Aanleg Brussel 13 februari 2007 (*Copiepressé*), *Computerrecht* 2006/6, p.317-318, *Computer Law Review International*, 2007/2, p.48-50.

<sup>10</sup> In de V.S. is hier jurisprudentie over. Volgens lagere rechtspraak kunnen zoekmachines in dit kader een beroep doen op het *First Amendment*. Zie voor een bespreking: O. Bracha & F. Pasquale, 'Federal Search Commission? Access, Fairness and Accountability in the Law of Search', *ssrn.com*, 2007, p. 40 e.v.

zoekmachines omgaan met de mogelijkheid van aansprakelijkheid voor onrechtmatige zoekresultaten. Hieronder wordt kort stilgestaan bij het beleid van een aantal van de meest gebruikte zoekmachines in Nederland, namelijk Google, Live, Yahoo en Ilse.

### 3.1 Verwijderbeleid zoekmachines

Google is voor Nederland met een marktaandeel van 95 % van de eindgebruikers veruit de belangrijkste zoekmachine.<sup>11</sup> Om de woorden van Introna & Nissenbaum te parafraseren: je bestaat pas als je opgenomen bent in de index van Google.<sup>12</sup> Google heeft voor onrechtmatige zoekresultaten een speciaal meldingsformulier op de Nederlandse zoekdienst Google.nl staan.<sup>13</sup> In het enigszins gebroken Nederlands van Google: “*Gelieve ons te melden welke wet(ten) u denkt gebroken worden en de URL van de pagina's in kwestie.*” Voor zoekresultaten die inbreuk maken op auteursrecht bestaat ook een meer gespecificeerde mogelijkheid. Google heeft namelijk een apart beleid voor auteursrechtsschendingen gebaseerd op de Amerikaanse auteurswet, de *Digital Millennium Copyright Act*.<sup>14</sup> Google stelt kennisgevingen op grond van de DMCA vanuit andere jurisdicties net zo te behandelen als kennisgevingen uit de Verenigde Staten.

Live, de zoekmachine van Microsoft, heeft een klachtenformulier voor aanstootgevende inhoud en een verwijzing naar auteursrechtsschendingen en onrechtmatige daad in de gebruiksovereenkomst van Windows Live.<sup>15</sup> Yahoo heeft een formulier voor schendingen van auteursrecht en andere intellectuele eigendom.<sup>16</sup> Ilse, de enige Nederlandse zoekmachine met een marktaandeel van meer dan 1%, biedt een mogelijkheid voor ‘spam reports’.<sup>17</sup> Indien een partij een resultaat uit de index van Ilse verwijderd wil krijgen kan overigens beter de zoekmachine Exalead aangesproken worden. Ilse koopt daar namelijk haar zoekresultaten in. Op de pagina van Exalead is geen mogelijkheid te vinden voor het melden van onrechtmatige zoekresultaten.

Alle besproken zoekmachines geven de *webmaster* van de geïndexeerde sites wel duidelijke zeggenschap over de verwijdering. De zoekmachines maken zich zo binnen door hun gestelde grenzen dienstbaar aan de informatieaanbieders, die via de zoekmachine een publiek hopen te bereiken. Echter, de vraag naar de rechtmatigheid van de zoekresultaten is natuurlijk niet slechts een zaak tussen zoekmachine en de aanbieders van de informatie. Ook belangen van derden, gebruikers en publieke belangen spelen een rol. Het antwoord naar het geldende recht ten aanzien van de verplichting bepaalde zoekresultaten te verwijderen kan dan ook niet gevonden worden slechts op basis van een analyse van de rechtsverhouding tussen informatieaanbieders en zoekmachines.

### 3.2 Transparantie

Wat naast de verschillen in beleid het meest in het oog springt is de gebrekkige transparantie. Het wordt niet duidelijk wat het precieze beleid van de zoekmachines is en op basis van welke

---

<sup>11</sup> Checkit Nationale Search Engine Monitor, sep 07. Zie [www.checkit.nl/nationalesearchenginemonitor.html](http://www.checkit.nl/nationalesearchenginemonitor.html).

<sup>12</sup> Zie L. D. Introna, and H. Nissenbaum, ‘Shaping the Web: Why the Politics of Search Engines Matters’ *The Information Society* 16(3), 2000, p.169-186.

<sup>13</sup> Zie [https://www.google.com/support/contact/?contact\\_type=Google\\_legal&hl=nl](https://www.google.com/support/contact/?contact_type=Google_legal&hl=nl), geraadpleegd 3 jan 2008.

<sup>14</sup> Zie <http://www.google.com/dmca.html>, geraadpleegd 3 jan. 2008. Artikel 512 (d) DMCA bevat een vrijwaring van aansprakelijkheid voor auteursrechtinbreuken door derden in zoekmachines in artikel 512(d). Een bijbehorende *notice & takedown* procedure is geregeld in artikel 512(g). Voor een bespreking van de lappendeken van verschillende wettelijk geregelde safe harbours in de V.S., tevens pleidooi voor een horizontale regeling zie: M.A. Lemley, ‘Rationalizing Internet Safe Harbours’, Stanford Public Law Working Paper No. 979836, 2007.

<sup>15</sup> Zie <http://help.live.com>, geraadpleegd 3 jan. 2008.

<sup>16</sup> Zie <http://info.yahoo.com/copyright/details.html>, geraadpleegd 3 jan. 2008. Daarmee maakt Yahoo een waarschijnlijk op het Amerikaanse recht gebaseerd onderscheid. Artikel 230 van de Communications Decency Act stelt tussenpersonen geheel vrij van aansprakelijkheid voor onrechtmatige uitingen.

<sup>17</sup> Zie <http://ilse.nl/spamreport>, geraadpleegd 3 jan. 2008. Spam in de context van zoekmachines staat echter over het algemeen voor technieken bij het ontwerpen van websites gericht op de manipulatie van zoekmachines.

juridische verplichtingen gehandeld wordt. Er is geen inzicht in de hoeveelheid en het soort klachten dat binnenkomt bij de verschillende zoekmachines en de wijze waarop met de klachten wordt omgaan. Duidelijk is dat er zoekresultaten verwijderd worden, maar niet in welke gevallen. De beschikbare jurisprudentie leert dat zoekmachines zich soms ook verzetten tegen verzoeken om verwijdering van zoekresultaten.

In de Verenigde Staten loopt een project, *Chilling Effects*, dat als doel heeft de verwijdering of blokkering van informatie door informatietussenpersonen transparanter te maken en ter discussie te stellen.<sup>18</sup> Het idee hierachter is dat de bestaande aansprakelijkheidsregeling een negatief effect zou kunnen hebben op de toegankelijkheid van rechtmatige uitingen. Google is een van de belangrijkste deelnemers aan dit project. Het bedrijf stuurt alle (ook internationale) kennisgevingen van onrechtmatige inhoud aan het Amerikaanse hoofdkantoor in geanonimiseerde vorm door aan dit project.<sup>19</sup> Er zijn ook een aantal Nederlandse meldingen te vinden. Google geeft echter meestal geen informatie over wat het met de verschillende meldingen heeft gedaan. Het kan zijn dat de zoekmachine de resultaten wereldwijd verwijdert.<sup>20</sup> In sommige gevallen verwijdert het inhoud slechts voor de specifieke landendiensten, zoals in het geval van holocaust ontkennende sites voor Duitsland.<sup>21</sup>

## 4. Wetgevingsgeschiedenis

De aansprakelijkheid van informatietussenpersonen op internet staat internationaal sinds half jaren negentig op de agenda van de wetgever. Zoekmachines zijn in het debat onderbelicht gebleven. De bestaande wetgeving in Europa voor de aansprakelijkheid van informatietussenpersonen komt voort uit de richtlijn elektronische handel.<sup>22</sup>

### 4.1 Zoekmachines en de richtlijn elektronische handel

Dat zoekmachines binnen de reikwijdte van de richtlijn vallen blijkt uit overweging 18, waarin de richtlijn van toepassing wordt verklaard op een verscheidenheid van online diensten waaronder “*diensten die instrumenten verschaffen voor het opzoeken en ophalen van en het toegang krijgen tot gegevens.*” Een belangrijke bepaling voor zoekmachines uit de richtlijn is artikel 6, die de informatieplicht ten aanzien van commerciële communicatie voor diensten van de informatiemaatschappij regelt.

Artikel 12 tot en met 14 van de richtlijn zien op de aansprakelijkheid van dienstverleners die als tussenpersonen optreden. Ze dragen de lidstaten op de activiteiten van tussenpersonen die onder de vereisten van ‘*mere conduit*’, ‘*caching*’, of ‘*hosting*’ vallen, vrij te stellen van aansprakelijkheid. Het gaat binnen de aangegeven grenzen om alle vormen van aansprakelijkheid voor het handelen van derden, dus zowel civielrechtelijke als strafrechtelijke aansprakelijkheid. Op grond van artikel 15, mag met betrekking tot de levering van deze diensten geen algemene verplichting opgelegd worden om toe te zien op de informatie die doorgegeven of opgeslagen wordt, noch om actief te zoeken naar feiten of omstandigheden die op onwettige activiteiten duiden. Belangrijk is dat de zogenaamde *safe harbours* van artikel 12 tot en met 14 niet in de weg staan aan de mogelijkheid voor een rechtbank of een administratieve autoriteit om in overeenstemming met het recht van

---

<sup>18</sup> Voor de voor Nederland meest relevante info zie <http://www.chillingeffects.org/international>.

<sup>19</sup> Zie J.M.Urban & L. Quilter, ‘Efficient Process or “Chilling Effects”? Takedown Notices Under Section 512 of the Digital Millennium Copyright Act’, 22 Santa Clara Comp. & High Tech. L.J. 621 (2006).

<sup>20</sup> Zoals Google in het geval van auteursrechtsschending. Ook voor meldingen van links naar kinderpornografie van justitiële autoriteiten ligt dit voor de hand.

<sup>21</sup> In Duitsland hebben zoekmachines zichzelf een speciale filterverplichting opgelegd. Zie W. Schulz & Th. Held, ‘Der Index auf dem Index? Selbstzensur und Zensur bei Suchmaschinen’, in M. Machill & M. Beiler (ed.), *Die Macht der Suchmaschinen / The Power of Search Engines*, Köln: Halem, 2007, p. 71-87.

<sup>22</sup> Richtlijn 2000/31/EG van het Europees Parlement en de Raad van 8 juni 2000 betreffende bepaalde juridische aspecten van de diensten van de informatiemaatschappij, met name de elektronische handel, in de interne markt (“richtlijn inzake elektronische handel”).

de betreffende lidstaat te eisen dat de dienstverlener een inbreuk beëindigt of voorkomt.

Hyperlinks en zoekdiensten vallen buiten de aansprakelijkheidsregeling in de richtlijn elektronische handel. Dit blijkt uit artikel 21 van de richtlijn, waarin staat dat in de evaluatie van de richtlijn door de Europese Commissie “*met name [moet] worden onderzocht of er voorstellen moeten worden gedaan ten aanzien van de aansprakelijkheid van aanbieders van superkoppelingen en zoekinstrumenten, de procedures voor kennisgeving en verwijdering, alsmede de aansprakelijkstelling na verwijdering van inhoud.*”<sup>23</sup> De reden waarom zoekmachines niet net als in de Verenigde Staten een speciale regeling hebben gekregen wordt uit de Europese wetgevingsgeschiedenis niet duidelijk. Het lijkt geen onderwerp van debat te zijn geweest. De regeling uit de richtlijn is een compromis tussen de belanghebbenden, welke betrokken zijn in de ontwerpfase.<sup>24</sup> Aangezien zoekmachines ten tijde van het ontwerp van de richtlijn minder bepalend waren en de meeste zoekmachines uit de Verenigde Staten kwamen en komen, is het niet ondenkbaar dat zij niet in dit voortraject zijn betrokken. Het compromis is waarschijnlijk het best te begrijpen als een afweging tussen de belangen van auteursrechtelijken en de belangen van de aanbieders van internet toegang en hosting diensten. De vrijwaringen van aansprakelijkheid lijken ook geschreven vanuit het perspectief van de auteursrechtinbreuk.<sup>25</sup>

De richtlijn beoogt op het gebied van de aansprakelijkheid van tussenpersonen overigens geen volledige harmonisatie.<sup>26</sup> De richtlijn liet aan de lidstaten dus wel de ruimte zoekmachines en/of hyperlinks een aparte regeling te geven en een aantal lidstaten heeft hier blijkens de eerste evaluatie van de richtlijn gebruik van gemaakt.<sup>27</sup> Nederland hoort daar echter niet bij. De Europese Commissie zag in de eerste evaluatie van de richtlijn geen aanleiding om de bestaande regels aan te passen.<sup>28</sup> Er was op dat moment ook nog maar heel weinig ervaring met de richtlijn. Op dit moment loopt de tweede evaluatie door de Europese Commissie. Er wordt nu uitgebreider stilgestaan bij het aansprakelijkheidsregime voor tussenpersonen op internet.<sup>29</sup>

#### 4.2 Zoekmachines en de Nederlandse implementatie van de richtlijn

Nederland heeft het aansprakelijkheidsregime uit de richtlijn vrijwel letterlijk overgenomen.<sup>30</sup> De privaatrechtelijke vrijwaring van aansprakelijkheid is geregeld in artikel 6:196c BW en de

---

<sup>23</sup> Deze bepaling is in de richtlijn ingevoegd naar aanleiding van een amendement van het Europees parlement Zie ‘Amended proposal for a European Parliament and Council directive on certain legal aspects of electronic commerce in the Internal Market’, 17.08.1999, COM(99)427, p.5.

<sup>24</sup> Zie bijvoorbeeld de reactie op een aantal amendementen van het Europees parlement op het door de Europese Commissie voorgestelde aansprakelijkheidsregime: “as regards amendments concerning the liability of intermediaries (45 to 49, 53 and 54) which is a very important and sensitive area [...] a particular effort was made in the original proposal, in close consultation with the interested parties, to achieve a reasonable compromise solution that takes due account of all interests at stake.”, idem, p. 7.

<sup>25</sup> De Europese safe harbours lijken in veel op die uit de DMCA, die alleen voor auteursrechtsschendingen gelden.

<sup>26</sup> In het Europees parlement is daar nog wel voor gepleit door verscheidene subcommissies maar de voorgestelde amendementen hebben het niet gehaald. Zie bijvoorbeeld amendement 50 van het Europees Parlement voor een nieuw artikel 14a, Report on the proposal for a European Parliament and Council Directive on certain legal aspects of electronic commerce in the internal market, 23.04.1999, COM(98)0586, p. 26.

<sup>27</sup> Het betreft Oostenrijk, Portugal, Spanje, en EER lidstaat Liechtenstein. Oostenrijk en Liechtenstein hebben gekozen voor het artikel 12 model, Spanje en Portugal voor het artikel 14 model. Zie ‘First report on the application of Directive 2000/31/EC of the European Parliament and of the Council of 8 June 2000 on certain legal aspects of information society services, in particular electronic commerce, in the Internal Market, 21.11.2003, COM(03)0702’, p. 13.

<sup>28</sup> Idem, p. 22. De opmerking van de Europese Commissie op pagina 13 dat de keuzes voor het aansprakelijkheidsregime gebaseerd zijn op zorgvuldige analyse van de bestaande regels en jurisprudentie, met verwijzing naar het rapport van Deloitte & Touche, ‘Existing rules in Member States governing the liability for information society services’, 1998, kan niet gelden voor zoekmachines, aangezien dit rapport deze buiten beschouwing laat, net als de overige eerder genoemde studies, supra noot 3.

<sup>29</sup> Zie de verslagen op [http://ec.europa.eu/internal\\_market/e-commerce/expert\\_en.htm](http://ec.europa.eu/internal_market/e-commerce/expert_en.htm).

<sup>30</sup> Zie over de implementatie van de het aansprakelijkheidsregime uit de richtlijn: Chavannes 2003, p. 4-10; Ch.A. Alberdingk Thijm, ‘Kroniek van Technologie en Recht’, NJB, 2007-13, p. 837-840, en Van der Net 2002.

strafrechtelijke vrijwaring in artikel 54a Sr. Enige verwarring ten aanzien van de privaatrechtelijke aansprakelijkheid voor hyperlinks levert nog op de opmerking in de Memorie van Toelichting dat artikel 196c lid 4 BW – de implementatie voor hosting diensten – geldt “met inbegrip van hyperlinks of interactieve verwijzingen”. Daarmee is echter slechts bedoeld dat de beperking op de aansprakelijkheid bij het hosten van een website ook geldt voor het hosten van de hyperlinks en interactieve verwijzingen op die site. Het zegt dus niets over de aansprakelijkheid van de website houder voor deze links.<sup>31</sup> Hyperlinks en zoekmachines vallen dus buiten de reikwijdte van de privaatrechtelijke vrijwaringen in artikel 6:196c.<sup>32</sup>

Voor de volledigheid is het goed hier kort stil te staan bij de strafrechtelijke aansprakelijkheid van zoekmachines voor het tonen van strafbare uitingen in de zoekresultaten en het verwijzen naar strafbare uitingen. Artikel 54a Sr sluit met de zinsnede “doorgifte en opslag van gegevens die voor een ander bestemd zijn” aan bij de diensten uit de artikelen 12 tot en met 14 van de richtlijn.<sup>33</sup> Daarmee lijkt het artikel dus niet van toepassing te zijn op zoekmachines. Hoe ver de strafrechtelijke aansprakelijkheid van zoekmachines bij gebreke van een dergelijke bepaling dan wel reikt is onduidelijk.<sup>34</sup> Dat een zoekmachine bij zijn rol als tussenpersoon strafrechtelijk aansprakelijk gehouden zou kunnen worden, zonder dat bij de zoekmachine voorkennis bestaat ten aanzien van de doorgegeven strafbare uitingen lijkt problematisch.<sup>35</sup> Er is geen jurisprudentie in Nederland over artikel 54a Sr en er zijn mij geen gevallen bekend waarbij door het openbaar ministerie tegen een zoekmachine is gedreigd met vervolging voor de rol ten aanzien van strafbare uitingen.<sup>36</sup>

## 5. Een bespreking van de jurisprudentie

Het Nederlandse recht kent dus geen specifieke wettelijke regels voor de aansprakelijkheid van zoekmachines voor onrechtmatige zoekresultaten. De aansprakelijkheid steunt daarom op het gemene recht. In deze paragraaf bespreken we de belangrijkste gevallen van aansprakelijkheid van zoekmachines voor onrechtmatige zoekresultaten aan de hand van de beschikbare rechtspraak. De aansprakelijkheid van zoekmachines moet worden beoordeeld aan de hand van de eisen van de onrechtmatige daad.<sup>37</sup> Ik behandel eerst de vraag of bij onrechtmatige zoekresultaten sprake is van inbreuk op een subjectief recht of een doen of nalaten in strijd met een wettelijk plicht (5.1). Daarna bespreek ik de vraag naar de in het maatschappelijk verkeer betamelijke zorgvuldigheid voor zoekmachines (5.2). Het gemaakte verschil is van belang, omdat in de eerste twee gevallen automatisch van een onrechtmatig handelen sprake is, terwijl bij de algemene zorgvuldigheidsnormen steeds een belangenafweging plaats moet vinden<sup>38</sup>.

### 5.1 Aansprakelijkheid van zoekmachines op grond van de inbreuk op een subjectief recht of doen en nalaten in strijd met een wettelijk plicht

---

<sup>31</sup> Zie de uiteenzetting in Chavannes 2003, p. 4-5.

<sup>32</sup> In die zin concluderen ook Van der Net 2002, Chavannes 2003, en A-G Verkade in zijn conclusie bij Kazaa, Hoge Raad 19 december 2003 (*Buma / KaZaA*).

<sup>33</sup> Aanpassingswet richtlijn inzake elektronische handel, *Kamerstukken II* 2001/02, 28 197, nr. 3, p.62 (MvT).

<sup>34</sup> Zie voor een bespreking van de strafrechtelijke aansprakelijkheid van tussenpersonen en de betekenis van artikel 53 en 54 Sr: Th. De Roos e.a., *Smaad Laster, discriminatie en porno op het Internet*, ITeR nr. 3, 1996.

<sup>35</sup> Strafrechtelijke aansprakelijkheid van zoekmachines is recentelijk uitdrukkelijk uitgesloten. Zie Rb R'dam 30 okt. 2007, LJN BB7174.

<sup>36</sup> In een vrij recent debat in de Eerste Kamer kwam artikel 54a Sr nog wel ter sprake. Toenmalig minister van Justitie Donner stelde daar dat “wordt gezocht naar modaliteiten om er los van het bevel op basis van artikel 54a voor te zorgen dat onwenselijke publicaties worden verwijderd.” *Handelingen I* 2005/06, 30, p 1346-1350. Art. 54a Sr lijkt dus tot nu toe vooral een symbolische waarde te hebben gehad.

<sup>37</sup> Ik sluit hier nauw aan bij de behandeling van aansprakelijkheid van Internetproviders in Koelman 1998, p.5.

<sup>38</sup> In kort geding procedures speelt dit verschil minder een rol.

De vraag naar de aansprakelijkheid voor inbreuk op auteursrecht door het verwijzen naar ongeautoriseerde kopieën van auteursrechtelijk beschermd werk staat centraal in de zaak Zoekmp3.<sup>39</sup> De rechtbank heeft deze vraag behandeld en negatief beantwoord. De conclusie is dat Zoekmp3 met de handeling die bestaat uit het aanbieden van zoekresultaten die verwijzen naar auteursrechtelijk beschermd werk niet voldoet aan de eisen van het begrip ‘openbaarmaking’ in artikel 12 Aw.<sup>40</sup> De zoekmachine verzendt zelf geen inbreukmakende kopie en is ook niet met fysieke infrastructuur betrokken bij de doorgifte. Zoekmp3 beperkt zich tot informatie over de inbreukmakende informatie door middel van het aanbieden van virtuele infrastructuur.<sup>41</sup> Zoekmp3 had verder slechts links en geen gekopieerde bestanden op haar *servers* staan en verrichtte daarom ook geen handelingen die te kwalificeren zouden kunnen zijn als verveelvoudiging. Zoekmp3 was qua architectuur een standaard zoekmachine. Van inbreuk op auteursrecht door een zoekmachine ten gevolge van het aanbieden van links naar materiaal is gezien de beperkte rol van de zoekmachine ten aanzien van de betreffende inhoud over het algemeen dus geen sprake.<sup>42</sup>

De zoekresultaten kunnen daarnaast onrechtmatig zijn wegens strijd met het merkenrecht of het handelsnamenrecht. Een bekende zaak in dit kader is de zaak *Farmdate*.<sup>43</sup> Echter deze uitspraak handelt over door Google geplaatste gesponsorde koppelingen en de verkoop van magneetwoorden.<sup>44</sup> Het is opmerkelijk dat bij de overige jurisprudentie steeds geprocedeerd is tussen de primair verantwoordelijke voor het beweerdelijk onrechtmatig merkgebruik en de houder van het merkenrecht.<sup>45</sup> Een reden zou kunnen zijn dat de merkinbreuk zich niet beperkt tot de context een zoekmachine. De relevantie van zoekmachines komt in deze jurisprudentie wel duidelijk naar voren.<sup>46</sup>

Zoekresultaten kunnen verder in strijd zijn met de wettelijke verplichtingen ten aanzien van de bescherming van persoonsgegevens.<sup>47</sup> Zeker een deel van de zoekresultaten met persoonsgegevens lijkt op grond van de regels van het CBP onrechtmatig. Daarmee lijkt in theorie een grond gegeven de zoekmachine zelfstandig aan te spreken en om verwijdering te vragen.

## 5.2 De in het maatschappelijk verkeer betamelijke zorgvuldigheid

Naast het geval dat inbreuk gemaakt wordt op een recht of sprake is van een handelen of nalaten in strijd met een wettelijke plicht, geldt de norm van de in het maatschappelijk verkeer betamelijke zorgvuldigheid van artikel 6:162 BW.

In de zaak *Zoekmp3* valt zowel de rechtbank als het hof terug op de algemene zorgvuldigheidsnorm. De rechtbank past vervolgens voor de zoekresultaten naar onrechtmatige informatie dezelfde norm toe als welke geldt voor hosting van onrechtmatige informatie. De door *Techno Design* aangeboden zoekmachine *Zoekmp3* mag dus verder met het aanbieden van de zoekmachine maar moet onrechtmatige links na notificatie verwijderen. “*Mede gelet op de*

---

<sup>39</sup> Rb. Haarlem 12 mei 2004, NJ 2004, 357, AMI, 2004-5, p. 185-193, m.nt. K.J. Koelman, (*Zoekmp3*); Hof Amsterdam 15 juni 2006, AMI 2006-5, nr. 15, m.nt. K.J. Koelman, Computerrecht 2006-5, 138, m.nt. O.M.J.B. Volgenant; Mediaforum 2006-10, nr. 33, m.nt. T.F.W. Overdijk, (*Zoekmp3*).

<sup>40</sup> Rb. Haarlem 12 mei 2004 (*Zoekmp3*), r.o. 6.6 tot en met 6.14.

<sup>41</sup> K.J. Koelman vestigt de aandacht op dit verschil in zijn noot bij Rb Haarlem 12 mei 2004 (*Zoekmp3*).

<sup>42</sup> Zie wel supra 2.2.

<sup>43</sup> V.zr. Rb. A'dam 24 augustus 2006, LJN: AZ4735 (*Farmdate*).

<sup>44</sup> Bij Google hebben magneetwoorden de meer gebruikte naam Adwords.

<sup>45</sup> Zie bijvoorbeeld V.zr. Rb. M'burg 18 januari 2006, LJN: AV1038 (*DE*).

<sup>46</sup> Er wordt - indien gevorderd - bij geconstateerde merkinbreuk ook vaak een bevel gegeven aan de informatie aanbieder om bepaalde zoekmachines de opdracht te geven bepaalde resultaten te verwijderen uit hun index.

<sup>47</sup> De recente Richtsnoeren ‘Publicatie van persoonsgegevens op internet’ van het College Bescherming Persoonsgegevens bevatten een uitwerking van de Wbp voor publicaties van persoonsgegevens op het Web. In de richtsnoeren wordt stilgestaan bij de aansprakelijkheid van tussenpersonen voor onrechtmatige publicatie van persoonsgegevens op het Web, CBP Richtsnoeren 2007, p. 7-8.



omstandigheid dat Techno Design bedrijfsmatig handelt en de mogelijkheid heeft bepaalde links uit haar databestand te verwijderen, moet worden geoordeeld dat indien Techno Design ervan in kennis wordt gesteld dat een in haar database opgenomen link verwijst naar een inbreukmakend of anderszins onrechtmatig mp3-bestand, terwijl aan de juistheid van die kennisgeving in redelijkheid niet valt te twijfelen, Techno Design zelf onrechtmatig handelt indien zij alsdan niet ingrijpt.”<sup>48</sup> De strafrechtelijke normen ten aanzien van auteursrechtsschendingen en schendingen van naburige rechten, leiden voor de rechtbank tot hetzelfde resultaat. Voor medeplichtigheid ten aanzien van deze strafbare feiten, gepleegd door het aanbeiden van zoekresultaten is opzet een vereiste. Van medeplichtigheid kan slechts sprake zijn als “voor Techno Design onmiskenbaar duidelijk is dat een mp3-bestand inbreukmakend is.” Dit is volgens de rechtbank niet het geval.

Het hof gaat bij de vraag naar de geldende zorgvuldigheidsnorm een stuk verder en concludeert dat Zoekmp3 als geheel onrechtmatig is. Het business model van zoekmachine Zoekmp3 bestond volgens het Hof uit het “structureel gebruik [...] maken van de beschikbaarheid op het ‘World Wide Web’ van ongeautoriseerde mp3-muziekbestanden, klaarblijkelijk zonder rekening te houden met de belangen van de auteurs- en nabuurrechthebbers.”<sup>49</sup> Oftewel, Zoekmp3 had wetenschap van de structurele onrechtmatigheid van de links, trok daar bewust financieel voordeel uit zonder enige maatregelen te nemen om de belangen van de rechthebbenden te waarborgen.<sup>50</sup>

De uitspraak Jensen/Google handelt eveneens over de zorgplicht voor zoekmachines ten aanzien van onrechtmatige informatie.<sup>51</sup> Het gaat in dit geval om zoekresultaten in Google die een natuurlijke persoon in verband brengen met naaktfoto’s en websites met dergelijk materiaal. Betrokkene eist in een kort geding dat Google de zoekresultaten verwijdert en verwijderd houdt. De voorzieningenrechter te Amsterdam concludeert dat Google niet verplicht was de zoekresultaten te verwijderen.

De rechter beantwoordt de vraag of Google verplicht is preventief tegen onrechtmatige zoekresultaten op te treden ontkennend: “Het is de eigenaar van de website die de inhoud van de website bepaalt en ook invloed kan uitoefenen op het resultaat van de zoekopdracht. Het ‘crawlen’, indexeren en ‘ranken’ heeft een technisch, automatisch en passief karakter en Google kan in beginsel dan ook niet verantwoordelijkheid worden geacht voor de uitkomst van een zoekopdracht en de inhoud van de zoekresultaten.”<sup>52</sup>

Het wordt uit de zaak Jensen/Google niet precies duidelijk hoe ver de zorgplicht van een zoekmachines reikt wanneer zij gewezen wordt op beweerdelijk onrechtmatige resultaten. De rechter lijkt er van uit te gaan dat Google zoekresultaten dient te verwijderen als zij de wetenschap heeft of behoort te hebben dat de betreffende zoekresultaten apert onrechtmatig zijn. Dit criterium sluit aan bij de jurisprudentie over hosting en hyperlinks. De rechter kiest echter een formulering die de mogelijkheid open laat dat dit criterium nog te streng is. “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.”<sup>53</sup> De rechter is vervolgens van oordeel dat het voor Google in dit geval “redelijkerwijs onmogelijk [was] om tot de conclusie te komen dat de informatie niet correct was.”<sup>54</sup> De kennisgeving aan Google over de beweerdelijk onrechtmatigheid van de resultaten stuit ook op deze vaststelling. De rechter vestigt daarna nogmaals de aandacht op de primair verantwoordelijke voor de informatie, volgens de rechter tevens het aangewezen aanspreekpunt om de informatie verwijderd te krijgen.

De rechter stelt ook vast dat verwijdering van het resultaat door Google niet oplevert dat de informatie niet meer beschikbaar is. “Het gaat hier om de weergave van zoekresultaten van (nog steeds)

<sup>48</sup> Rb Haarlem 12 mei 2004 (Zoekmp3), r.o. 6.23.

<sup>49</sup> idem, r.o. 4.13.

<sup>50</sup> Mijns inziens is het de vraag of hiermee niet ook voldaan is aan de door rechtbank gestelde criteria voor medeplichtigheid bij strafbare auteursrechtsschendingen. Het hof behandelt deze vraag niet.

<sup>51</sup> Vzv.Rb. Amsterdam 26 april 2007, m.nt. J.V.J. van Hoboken, Mediaforum 2007-6, p. 205-208. (Jensen)

<sup>52</sup> Idem, r.o. 4.3.

<sup>53</sup> Idem, 4.4. Daarmee wijkt de Amsterdamse voorzieningenrechter ook af van de Zoekmp3 uitspraak van de rechtbank te Haarlem.

<sup>54</sup> Idem.

op internet geplaatste informatie, welke informatie ook na verwijdering door Google van de links nog steeds op internet is te vinden”.<sup>55</sup> Dit is echter in dit geval maar ten dele waar, aangezien er helemaal geen zichtbaar onrechtmatige informatie over mevrouw Jensen op de achterliggende pagina’s te vinden was. De onrechtmatige info stond in de metacodering die gewone gebruikers niet lezen, maar zich wel wreekt in de zoekresultaten van zoekmachines. Dit is mijns inziens niet irrelevant.

## 6. De zorgplicht van de zoekmachine

Wat valt er op grond van het voorgaande te concluderen over de aansprakelijkheid van zoekmachines voor onrechtmatige zoekresultaten? Niet veel meer dan dat deze vraag meestal dient te worden beantwoordt aan de hand van de in het maatschappelijk verkeer betamelijke zorgvuldigheid en de specifieke omstandigheden van het voorliggende geval. Of zoekmachines in sommige gevallen, ten gevolge van de onrechtmatige informatie van derden, in strijd handelen met een wettelijke plicht of inbreuk maken op een recht is nog onvoldoende uitgekristalliseerd. Een gedeeltelijk bevestigend antwoord op die vraag zou een horizontale aansprakelijkheidsregel in de weg te staan. Voor zoekmachines bestaat in elk geval geen risicoaansprakelijkheid.<sup>56</sup> De jurisprudentie wijst ook niet op het bestaan van een actieve preventieve onderzoeksplicht. Wel blijkt uit de zaak Zoekmp3 dat in bijzondere gevallen meer gevraagd zou kunnen worden. Noemenswaardig is dat de rechter er in veel van de beslissingen vanuit gaat dat eerst, of in elk geval beter, de houder van de achterliggende website aangesproken dient te worden. Dit kan echter niet afdoen aan de relevantie van de vraag naar de eigen verantwoordelijkheid van de zoekmachine.

Moet een zoekmachine in sommige gevallen zoekresultaten verwijderen, en zo ja in welke gevallen? Tot besluit van dit artikel zal ik een poging doen de aanknopingspunten voor de zorgvuldigheidsnorm van een zoekmachine voor onrechtmatige zoekresultaten op een rij te zetten en af te wegen. Deze aanknopingspunten zouden zowel in de rechtspraak als voor de wetgever een rol kunnen spelen. Ik sluit in het volgende aan bij de door Van Dam vastgestelde abstracte parameters.<sup>57</sup> Dit leidt tot een bespreking van drie elementen, te weten de aard en context van de gedraging (a.), de aard omvang en de voorzienbaarheid van de schade (b.), en de mogelijkheid en bezwaarlijkheid van preventieve maatregelen (c.). De betekenis van de informatievrijheid voor zoekmachines bespreek ik in het kader van de aard en context van de gedraging van zoekmachines. Tot besluit bespreek ik ook nog het belang van rechtszekerheid (d.).

### a. Aard en context van de gedraging en de informatievrijheid

Zoekmachines vervullen een zeer belangrijke rol in de online informatie omgeving.<sup>58</sup> Dit laat zich het beste vertalen naar het juridisch kader van de informatievrijheid. De informatievrijheid dient in het aansprakelijkheidsleerstuk van tussenpersonen op internet te worden meegewogen.<sup>59</sup> Het hoeft geen betoog dat terughoudendheid bij het concluderen tot aansprakelijkheid van zoekmachines is geboden op grond van het *chilling effect* van verstrekkende zorgplichten. Zoekmachines dienen de informatievrijheid deels door zich te richten op inclusiviteit; elke

---

<sup>55</sup> Idem.

<sup>56</sup> Hiervoor is gezien het gesloten systeem van risicoaansprakelijkheden een wetswijziging noodzakelijk. De verkeersopvatting wijst eerder in de tegenovergestelde richting. Zie Hugenholtz 1998, p. 231.

<sup>57</sup> C.C. van Dam, *Zorgvuldigheidsnorm en Aansprakelijkheid*, Deventer: Kluwer, 1989, p. 110. In navolging van Dommering 1998, p. 80-81 en Koelman 1998, p. 206.

<sup>58</sup> F.Pasquale pleit voor de waarde van de bredere categorie van *categorizers*, F. Pasquale, ‘Copyright in an Era of Information Overload: Toward the Privileging of Categorizers’, 60 Vand. L. Rev. 133 (2007).

<sup>59</sup> Vgl. Dommering 1998, p. 81, Hugenholtz 1998, p.232, Koelman 1998, p. 210-211, Koelman 2000, p. 40-44. Zie ook mijn eigen noot bij de uitspraak inzake Jensen. Ook de Hoge Raad wijst in het Lycos arrest op de faciliterende rol die in dat geval hosting providers vervullen bij de verspreiding van informatie op internet, HR 25 november 2005, Mediaforum 2006-1, m.nt. A.H. Ekker (*Lycos/Pessers*), r.o. 5.3.7.

informatieaanbieder, eventueel binnen het specifieke domein van de zoekmachine, wordt in beginsel in de index opgenomen en daarmee voor het publiek effectief toegankelijk gemaakt. De meeste zoekmachines lijken tot nu toe deze karakteristiek ook als leidend te nemen voor hun handelen.<sup>60</sup> Het precieze gewicht dat op grond van de informatievrijheid aan het instituut van de zoekmachine dient te worden toegekend zal in het komende decennium moeten uitkristalliseren.

Specifieker geldt dat financieel gewin uit de onrechtmatigheid de zorgplicht zal verzwaren.<sup>61</sup> Mijns inziens kunnen ook de uitlatingen van de zoekmachine aanbieder over de functies en het doel van de zoekmachine een rol spelen. Verder is wel gesteld dat het relevant zou kunnen zijn van wat voor type zoekmachine sprake is. Een zoekmachine die zich richt op een bepaald soort informatie of bestanden, waarvan duidelijk is dat er verhoudingsgewijs veel onrechtmatig materiaal op internet staat, zou wel eens eerder aangesproken kunnen worden.<sup>62</sup> Dit kan echter wel het paradoxale resultaat opleveren, dat gespecialiseerde zoekmachines eerder aansprakelijk zijn dan algemene zoekmachines, terwijl met deze laatste vaak dezelfde informatie ook te vinden is.

In dit kader moet gewezen worden op de complexiteit van de selecterende functie van zoekmachines. Zoekmachines zijn er naar hun aard op gericht onderscheid te maken naar inhoud en relevantie. Daarbij moeten echter twee kanttekeningen worden geplaatst. Ten eerste lijken de meeste zoekmachines er in beginsel wel op gericht alle beschikbare informatie in hun index op te nemen. Ten twee dienen de selecterende keuzes in beginsel de gebruikers en de aanbieders van informatie. Deze inclusiviteit en de deels dienende rol van de keuzes van zoekmachines dienen mijns inziens bij de vaststelling van de zorgplicht een belangrijke rol te spelen.

## **b. Aard, omvang en voorzienbaarheid van de schade**

De ernst van de onrechtmatigheid en de omvang van de te verwachten schade speelt ook een rol. Indien de schade bestaat uit lichamelijk letsel zou de zorgplicht verder kunnen reiken dan in het geval de schade beperkt blijft tot een beperkt geldbedrag. Verder zou de *ranking* van het betreffende onrechtmatige resultaat en tevens de populariteit van de zoekmachine een rol kunnen spelen. Een oproep tot doding van een politicus op de eerste plaats in Google als antwoord op zijn of haar naam is schadelijker dan een lasterlijke uiting over mij op plaats vijftig in Live.

Van belang is ook in hoeverre de zoekmachine de mogelijkheid heeft de schade te beperken. Zoekmachines zijn niet in staat de bron van de onrechtmatige informatie te verwijderen en deze blijft in beginsel dus wel beschikbaar. Ook de mogelijkheid de primair verantwoordelijke voor de informatie aan te spreken kan worden meegewogen. Deze mogelijkheid lijkt in een aantal uitspraken doorslaggevend voor het verwerpen van aansprakelijkheid.<sup>63</sup> Men zou zich kunnen voorstellen dat zoekmachines onrechtmatige zoekresultaten niet hoeven te verwijderen als de bron zich in een jurisdictie bevindt waarvoor het niet onoverkomelijk is deze bron zelf aan te spreken.<sup>64</sup> Voor zover de onrechtmatigheid sterk samenhangt met de virtuele infrastructuur van de zoekmachine, en ook binnen de context van de zoekmachine wordt gerealiseerd, lijkt er meer aanleiding de zoekmachine een verplichting tot verwijdering op te leggen. Het gaat hier dan bijvoorbeeld om onrechtmatige uitingen in de

---

<sup>60</sup> De ultieme belofte van de zoekmachine is het zijn van de bibliothecaris van de verzameling van alle mogelijke informatie. Inclusiviteit bij het opstellen van het zoekstelsel is voor die belofte een voorwaarde. Een zoekmachine van een bibliotheek waarmee je de helft van de beschikbare boeken niet kunt vinden is defect. Vgl. J. Grimmelmann, 'Information Policy for the Library of Babel', 2007, <http://james.grimmelmann.net/files/Library.markdown>.

<sup>61</sup> Zie Hof Amsterdam 15 juni 2006 (*Zoekmp3*).

<sup>62</sup> Zie Chavannes 2003: "Hoe meer controle en selectie een zoekmachine pleegt, hoe meer hij verantwoordelijk wordt voor de inhoud.", p. 8.

<sup>63</sup> V.zr.Rb. Amsterdam 26 april 2007, m.nt. J.V.J. van Hoboken, Mediaforum 2007-6, p. 205-208. (*Jensen*).

<sup>64</sup> Een dergelijke regeling lijkt niet apert onredelijk. De territoriale problemen op internet worden soms overdreven. Zie Goldsmith & Wu 2006. Als het gaat om de specifiek op Nederland gerichte zoekmachines zijn de betrokken partijen vaak in Nederland te vinden.

metacodering van een website.

Van belang is verder de voorzienbaarheid van het optreden van schade. Tot het moment dat de zoekmachine kennis heeft van een specifiek onrechtmatig zoekresultaat is eventuele schade slechts in abstracto te voorzien. Vanaf het moment dat die kennis bij de zoekmachine aanwezig is, is de voorzienbaarheid van de schade groter. De specificiteit van de zoekterm combinatie die nodig is om het resultaat te krijgen speelt mogelijk ook een rol.<sup>65</sup>

### c. Bezwaarlijkheid en mogelijkheid van het nemen van maatregelen

Hoewel er geen preventieve zorgplicht is aangenomen voor zoekmachines is de vraag naar de mogelijkheid en de bezwaarlijkheid van dit soort maatregelen toch interessant. Preventieve maatregelen kunnen gerealiseerd worden door het instellen van filters, door het inschakelen van menselijke redactie, of door een combinatie van beiden. Om maatregelen te kunnen nemen met betrekking tot onrechtmatige zoekresultaten is kennis van de onrechtmatigheid een vereiste. Het instellen van een makkelijk toegankelijk *notice & takedown* regime voorziet hierin. Zo'n beleid veronderstelt wel de aanwezigheid en de inzet van middelen en deskundigheid aan de kant van de zoekmachine. Het hebben van een effectief notice & takedown regime kan meewegen bij de vraag of is voldaan aan de bestaande zorgplicht.<sup>66</sup>

Het belangrijkste praktische argument tegen het preventief filteren van onrechtmatige zoekresultaten is gelegen in de imperfectie van de beschikbare filters. Het is de vraag of de techniek hier ooit een einde aan kan maken. Het vereiste beoordelingsvermogen voor het vaststellen van de onrechtmatigheid van uitingen is moeilijk te automatiseren.<sup>67</sup> Ditzelfde geldt gezien het ingewikkelde stelsel van rechten en van de context afhankelijke beperkingen hierop voor schendingen van intellectuele eigendom. Filters zullen daarom al snel zowel te veel als te weinig filteren. Het inschakelen van menselijke redactie wordt gezien het volume en veranderlijkheid van de index van algemene zoekmachines vaak afgewezen als onhaalbaar.

### d. Rechtszekerheid

De rechtszekerheid verdient gezien de bestaande onduidelijkheid over de aansprakelijkheid van zoekmachines in het bijzonder de aandacht. Andere tussenpersonen is deze rechtszekerheid enigszins geboden door de besproken wetgeving. In de Verenigde Staten is de wetgever op dit punt verder gegaan dan in Europa.<sup>68</sup> Mede ten gevolge van de afwezigheid van wettelijke bepalingen voor zoekmachines is de vraag naar aansprakelijkheid in Nederland al een zeer moeilijk te beoordelen vraagstuk, laat staan als we over de grens in Europa gaan kijken.<sup>69</sup> Een horizontale techniekafhankelijke regeling voor de aansprakelijkheid van tussenpersonen heeft vanuit het perspectief van de rechtszekerheid de voorkeur. Het gebrek aan rechtszekerheid is gezien de voor zoekmachines en nieuwe tussenpersonen voorzienbare onrechtmatigheid mogelijk

---

<sup>65</sup> V.zr.Rb. Haarlem 22 november 2005 (*Seksclub Penthouse Haarlem*), r.o. 4.6: "Het resultaat van één enkele zoekopdracht door de zoekmachine Google op internet kan niet als zodanig gelden, zeker nu dat resultaat te zeer bepaald is door de opgegeven zoektermen (*penthouse nederland sex*)."

<sup>66</sup> Zie bv. Rb. Zwolle-Lelystad 3 mei 2006, m.nt. B.T. Beuving, Mediaforum 2006-9 (*Stokke/Marktplaats*).

<sup>67</sup> Mijns inziens is dit zelfs onmogelijk. Het is natuurlijk wel mogelijk tot een dergelijke verplichting te besluiten maar de scheiding tussen legaliteit en illegaliteit van informatie verandert daarmee fundamenteel van karakter.

<sup>68</sup> Supra noot 14. Zie ook J. Grimmelmann, 'The structure of Search Engine Law', Iowa Law Review (forthcoming), 2007 en U. Gasser, 'Regulating Search Engines: Taking Stock and Looking Ahead' Yale Journal of Law & Technology 2006-8(3), p. 124-157.

<sup>69</sup> Zie bijvoorbeeld voor het Duitse recht het overzichtsartikel U. Sieber & M. Liesching, 'Die Verantwortlichkeit der Suchmaschinenbetreiber nach dem Telemediengesetz', MMR 2007-8, p.1-30 en O. Spieker, 'Verantwortlichkeit von Internetsuchdiensten für Persönlichkeitsrechtsverletzungen in ihren Suchergebnislisten', MMR 2005-11, p.727-732. In het Verenigd Koninkrijk is eind vorig jaar een evaluatie afgerond. Zie Department of Trade and Industry, 'Consultation document on the electronic commerce directive: the liability of hyperlinkers, location tool services and content aggregators - Government response and summary of responses', December 2006.

ook remmend op innovatie in deze sector. Juist de virtuele ordening op het web, georganiseerd door innovatieve tussenpersonen, zal last hebben van de beperkte mogelijkheid de aansprakelijkheid in te schatten. Europa prijst zichzelf hierdoor mijns inziens uit de markt op het gebied van innovatie van nieuwe intermediairs op het Web. Bestaande succesvolle van oorsprong Amerikaanse zoekmachines zoals Google hebben voldoende middelen om met de onduidelijkheid en het bestaande spanningsveld om te gaan.

## **7. Conclusie**

Het Nederlandse recht is onduidelijk over de aansprakelijkheid van zoekmachines voor onrechtmatige zoekresultaten. Hoewel zoekmachines niet onder de wettelijke uitzonderingen van aansprakelijkheid voor tussenpersonen vallen, lijkt er op grond van het gemene recht toch een soort uitzondering te gelden. Deze uitzondering hangt echter wel erg af van de omstandigheden. Gezien het belang van zoekmachines voor de online informatieomgeving is dit een conclusie die tot nadenken zou moeten stemmen.

Het is zowel aan de rechtspraak, de wetgever als de zoekmachines om dit vraagstuk op een hoger niveau te brengen. De huidige evaluatie van de richtlijn elektronische handel is daar voor de wetgever een uitgelezen moment voor. De afwezigheid van een Europese geharmoniseerde horizontale aansprakelijkheidsregel voor zoekmachines kan mijns inziens niet goed verdedigd worden. Een afwijkende keuze op Nederlands en op Europees niveau zou slechts na zorgvuldig onderzoek naar de effecten van de afwezigheid van zo'n regel verantwoord zijn. Daarbij moeten alle in het geding zijnde belangen worden meegewogen. De Nederlandse rechter heeft bij gebreke van specifieke wetgeving en gezien het open leerstuk van de onrechtmatige daad veel ruimte bij de beoordeling wat van een zoekmachine in een specifiek geval verwacht mag worden ten aanzien van onrechtmatige zoekresultaten. De besproken jurisprudentie laat zien dat de rechter van die ruimte ook gebruik heeft gemaakt. Dit lijkt echter wel ten koste te gaan van de duidelijkheid en de rechtszekerheid voor de betrokken partijen. Tenslotte kunnen zoekdiensten die op de Nederlandse gebruikersmarkt gericht zijn ook het nodige doen om verduidelijking aan te brengen in hun verantwoordelijkheid voor onrechtmatige resultaten. Dergelijke verbeteringen zouden kunnen bestaan uit het ontwikkelen van een mede op het Nederlandse recht toegesneden beleid, en het verbeteren van de transparantie bij het verwijderen van zoekresultaten.