

arrest

GERECHTSHOF AMSTERDAM

afdeling civiel recht en belastingrecht, team I

zaak-/rolnummer rechtbank Amsterdam: C/13/692049/HA ZA 20-1082

zaaknummer: 200.316.164/01

arrest van de meervoudige burgerlijke kamer van 26 maart 2024

inzake

Jort Paul Wouter KELDER,
wonende te Amsterdam,
appellant,
advocaat: mr. M.Ch. Kaaks te Amsterdam,

tegen:

1. **GOOGLE IRELAND LIMITED**,
gevestigd te Dublin (Ierland),
2. **GOOGLE LLC**,
gevestigd te Mountain View, Californië (Verenigde Staten van Amerika),
3. **GOOGLE NETHERLANDS B.V.**,
gevestigd te Amsterdam,
geïntimeerden,
advocaat: mr. D. Verhulst te Amsterdam.

Het hof duidt partijen hierna als volgt aan:

- appellant: Kelder;
- geïntimeerden: afzonderlijk Google Ireland, Google LLC en Google Nederland, tezamen Google.

1. De zaak in het kort

Kelder stelt dat Google onrechtmatig jegens hem heeft gehandeld door frauduleuze advertenties van malafide adverteerders online weer te geven via haar Google Display Network (GDN). Deze advertenties maakten gebruik van zijn portret en naam om consumenten te verleiden in bitcoins, andere cryptovaluta of andere financiële producten te investeren (door partijen ook wel aangeduid als: de bitcoin-advertenties). Kelder houdt Google aansprakelijk voor de schade die hij door het publiek maken van de bitcoin-advertenties heeft geleden. Niet in discussie tussen partijen is dat deze advertenties onrechtmatig zijn, maar Google betwist dat zij jegens Kelder onrechtmatig heeft gehandeld. Google voert aan dat zij hostingdiensten verricht en doet een beroep op de vrijstelling van aansprakelijkheid van artikel 6:196c lid 4 BW/ artikel 14 Richtlijn

2000/31/EG inzake elektronische handel. Dat beroep slaagt, maar niet voor een aantal bitcoin-advertenties die zijn verschenen in de periode maart – augustus 2020. Google heeft onvoldoende uitleg gegeven waarom met de specifieke wetenschap die zij had vanaf januari/februari 2020 het tonen van deze advertenties via het GDN niet kon worden voorkomen. Haar nalaten prompt en afdoende actie te ondernemen is onrechtmatig jegens Kelder. De vordering van Kelder tot schadevergoeding nader op te maken bij staat is beperkt toewijsbaar. Voor het overige worden zijn vorderingen afgewezen.

2. Het geding in hoger beroep

Bij dagvaarding van 15 augustus 2022 is Kelder in hoger beroep gekomen van een vonnis van de rechtbank te Amsterdam van 18 mei 2022 (hierna: het vonnis) onder bovengenoemd zaak-/rolnummer gewezen tussen Kelder als één van de oorspronkelijke eisers en Google als gedaagde.

Partijen hebben daarna de volgende stukken ingediend:

- memorie van grieven tevens vermindering van eis, met producties;
- memorie van antwoord.

De mondelinge behandeling van deze zaak heeft plaatsgevonden op 2 november 2023. Namens Kelder is gepleit door mr. Kaaks voornoemd alsmede door mr. O.M.B.J. Volgenant te Amsterdam en namens Google door mr. Verhulst voornoemd, ieder aan de hand van aan het hof overgelegde pleitnotities. Bij die gelegenheid zijn door Kelder nadere producties in het geding gebracht.

Vervolgens is arrest gevraagd.

Kelder heeft na eisvermindering geconcludeerd dat het hof het vonnis waarvan beroep zal vernietigen en – uitvoerbaar bij voorraad –

(1) voor recht zal verklaren dat Google onrechtmatig heeft gehandeld jegens Kelder door advertenties weer te geven in het Google Display Network, althans online te doen verschijnen, waarin zijn portret is afgebeeld en/of naam is gebruikt, waaronder de in de dagvaarding omschreven (zestien) advertenties, althans een door het hof in goede justitie te oordelen verklaring voor recht;

(2) voor recht zal verklaren dat Google Ireland, Google LLC en Google Nederland afzonderlijk althans hoofdelijk aansprakelijk zijn voor voornoemd onrechtmatig handelen en

(3) Google Ireland, Google LLC en Google Nederland afzonderlijk althans hoofdelijk zal veroordelen tot vergoeding van de door Kelder geleden schade, nader op te maken bij staat en te vereffenen volgens de wet.

Google heeft geconcludeerd tot afwijzing van de vorderingen van Kelder in beroep, kosten rechtens.

Beide partijen hebben in beroep bewijs van hun stellingen aangeboden.

3. Feiten

De rechtbank heeft in het vonnis waarvan beroep onder 2.1 tot en met 2.14 de feiten vastgesteld waarvan zij bij de beoordeling van het geschil van partijen is uitgegaan. Deze feiten zijn als zodanig niet in geschil en dienen derhalve – voor zover in beroep nog relevant – ook het hof als uitgangspunt. Door Kelder is in beroep nog aangevoerd dat de rechtbank de feiten onvolledig heeft weergegeven, met name ten aanzien van bepaalde omstandigheden die Kelder ten grondslag legt aan zijn stellingen dat Google geen hostingdienst levert in de zin van artikel 6:196c lid 4 BW/artikel 14 Richtlijn 2000/31/EG inzake elektronische handel en dat Google onrechtmatig jegens hem heeft gehandeld. Het hof zal deze omstandigheden, voor zover relevant en voldoende vaststaand, in het onderstaande toevoegen en bij zijn oordeel betrekken. Samengevat en waar nodig aangevuld met andere feiten die als enerzijds gesteld en anderzijds niet of onvoldoende betwist zijn komen vast te staan, komen de feiten neer op het volgende.

Partijen

3.1 Kelder is een bekende Nederlandse mediapersoonlijkheid. Google is het meest bekend vanwege haar zoekmachine Google Search. Zij biedt daarnaast nog andere online diensten aan, onder meer op het gebied van reclame. Google Ireland levert Google-reclamediensten aan gebruikers in de Europese Economische Ruimte (EER) en Google LLC levert deze diensten aan gebruikers buiten de EER. Google Nederland richt zich op verkoopondersteunende activiteiten. Zij levert geen (rechtstreekse) diensten aan adverteerders of internetgebruikers.

Google Display Netwerk, voorwaarden en beleid

3.2 Google biedt haar diensten op het gebied van online reclame op twee verschillende manieren aan: via search advertising, advertenties die verschijnen bij zoekresultaten op de zoekpagina van Google Search, en via display advertising, advertenties die verschijnen op websites of in apps van uitgevers, dat wil zeggen exploitanten van websites of apps. Deze zaak ziet uitsluitend op display advertising.

3.3 Het Google Display Netwerk (hierna: GDN) is een netwerk van websites en apps waarop uitgevers advertentieruimte beschikbaar kunnen stellen en waarop adverteerders advertenties kunnen plaatsen voor display advertising. Voor adverteerders gaat dat via de dienst Google Ads, en voor uitgevers van websites en apps die advertentieruimte beschikbaar stellen via de dienst Google AdSense.

3.4 Iedere uitgever die gebruik wil maken van Google AdSense moet akkoord gaan met de servicevoorwaarden en het programmabeleid van Google AdSense. Uitgevers die Google AdSense gebruiken, plaatsen een stukje Google-code op hun websitepagina of app, die ervoor zorgt dat op de door hen aangegeven plek advertenties kunnen verschijnen. Wanneer een internetgebruiker de website of app van de uitgever bezoekt, stelt Google de advertenties beschikbaar die aan de desbetreffende internetgebruiker worden getoond. Iedere uitgever is verplicht om in de advertentie een 'Ad Choices'

icoon te tonen, dat Google naar eigen zeggen automatisch in advertenties opneemt. Het 'Ad Choices' icoon ziet er als volgt uit [rechts bovenin rood omcirkeld]:



3.5 Google Ads is een dienst van Google waarbij een adverteerder een Google Ads advertentie-account kan aanmaken en daarmee online advertenties kan maken en plaatsen. Elke adverteerder gaat bij het creëren van een account akkoord met de toepasselijke algemene voorwaarden en het Google Ads beleid. Hierin is onder meer bepaald dat het adverteerders is verboden om misleidende en frauduleuze advertenties te plaatsen of om anderszins misbruik te maken van het advertentienetwerk, er geldt een verbod voor clickbait-techniek (het gebruik van een misleidende sensationele titel in een poging om een internetgebruiker tot een klik te bewegen) en een verbod tot het gebruik van cloaking (een verhullende techniek waarbij het advertentiebeoordelingssysteem wordt misleid door dat systeem te leiden naar een andere webpagina dan de pagina waarnaar de advertentie verwijst wanneer de gebruiker op de advertentie klikt). Adverteerders kunnen via Google Ads displayadvertenties creëren en een advertentie-opmaak kiezen. Adverteerders kunnen daarbij eigen advertenties maken en uploaden, maar zij kunnen er ook voor kiezen om advertentieonderdelen (tekst, afbeelding, en een link naar de landingspagina) apart te uploaden, waarna deze door Google geautomatiseerd in een bepaald format worden opgemaakt als advertentie (een zogeheten responsieve display advertentie). Google maakt bij deze geautomatiseerde opmaak gebruik van algoritmes.

Bitcoin-advertenties

3.6 De afgelopen jaren zijn er advertenties op websites en in apps verschenen met daarin een afbeelding van een bekende Nederlander, onder wie Kelder, waarin consumenten worden verleid om te investeren in bitcoins, andere cryptovaluta of andere financiële producten (de bitcoin-advertenties). Als internetgebruikers op de advertentie klikken, komen zij terecht op een pré-landingspagina: een website (meestal beheerd door oplichters) waarop bijvoorbeeld een artikel staat waarin is beschreven hoe de bekende Nederlander in kwestie veel geld zou hebben verdiend met bitcoin-investeringen. In het artikel wordt met een link verwezen naar een website met een "beleggingsplatform" (de echte landingspagina). Daarop kunnen internetgebruikers hun contactgegevens achterlaten om vervolgens (al dan niet nadat telefonisch contact met hen is opgenomen) deel te nemen aan een (verzonnen) kans om te investeren.

3.7 Door Kelder en mede-eisers in eerste aanleg zijn voorbeelden overgelegd van de betreffende bitcoin-advertenties. Google heeft na onderzoek de afbeeldingen en URL's (uniek internetadres voor een website) uit deze voorbeelden kunnen koppelen aan in totaal 17 advertenties, waarvan 16 advertenties de naam en/of afbeelding van Kelder bevatten en één advertentie de naam en afbeelding van een andere eiser. Alle 17 advertenties dateren uit de periode tussen februari en augustus 2020.

3.8 Door Kelder is een verklaring van een derde ingebracht die verklaart dat hij op een advertentie met de beeltenis van Kelder heeft geklikt, dat dit hem naar een website leidde die hij enkele keren heeft doorgenomen en dat hij zich vervolgens heeft aangemeld en heeft besloten om deel te nemen. In zijn verklaring staat verder dat hij daarna is gebeld door een Engels sprekend persoon die hem heeft aangeboden om een "vertaal site" op zijn computerscherm te plaatsen, waarna deze persoon de controle over de computer heeft overgenomen en een bedrag van € 35.000,- van zijn spaarrekening heeft afgeschreven.

4. Beoordeling

4.1 De bevoegdheid van het hof en de toepasselijkheid van Nederlands recht is door partijen niet betwist. Google Nederland is in Amsterdam gevestigd, zodat het hof op grond van artikel 7 lid 1 Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering respectievelijk artikel 8 lid 1 Brussel I-bis-Verordening, mede gelet op de eensluidende vordering, ook ten aanzien van de in het buitenland gevestigde twee geïntimeerden bevoegd is. De grondslag van de vorderingen van Kelder is onrechtmatig handelen door Google. Onbestreden is dat de bitcoin-advertenties gericht zijn op het Nederlandse publiek en dat het centrum van de belangen van Kelder zich in Nederland bevindt, zodat op grond van artikel 4 lid 1 van de Verordening Rome II (684/2007) Nederlands recht van toepassing is, al dan niet via artikel 10:159 BW, zoals door de rechtbank terecht is overwogen.

4.2.1 De omvang van de rechtsstrijd in beroep is beperkter dan in eerste aanleg. In eerste aanleg kwamen naast Kelder twee andere Nederlandse mediapersoonlijkheden en een stichting als lastnemer van het onder 3.8 genoemde slachtoffer op tegen het door Google tonen van bitcoin-advertenties. De vorderingen en hetgeen eisers in eerste aanleg hieraan ten grondslag hebben gelegd was van ruimere omvang dan wat Kelder in beroep handhaaft. De in beroep door Kelder niet langer gehandhaafde vorderingen hielden onder meer in een gebod tot staken van het verspreiden, plaatsen en/of tonen van de gewraakte bitcoin-advertenties, een gebod tot het aan Kelder verstrekken van identificerende gegevens met betrekking tot (de adverteerders van) de gewraakte bitcoin-advertenties en veroordeling van Google in de kosten van de procedure.

4.2.2 Kelder heeft in eerste aanleg aan de in beroep gehandhaafde vorderingen (onder 2.) ten grondslag gelegd dat Google onrechtmatig jegens hem handelt wegens het

verschijnen van de bitcoin-advertenties omdat Google niets heeft gedaan om adverteerders tegen te houden én dat Google zelf een actieve rol heeft gespeeld om het verschijnen van de bitcoin-advertenties mogelijk te maken. Google handelt daarnaast in strijd met de Algemene Verordening Gegevensbescherming en de regeling over oneerlijke handelspraktijken als bedoeld in de artikelen 6:193c tot en met 6:193g BW, aldus Kelder. Google heeft verweer gevoerd, waarbij zij zich onder meer op het standpunt heeft gesteld dat zij geen bemoeienis heeft met de inhoud en plaatsing van de advertenties, dat zij geen misleidende advertenties verspreidt, maar deze juist bestrijdt en dat de overgelegde advertenties misleidend zijn vanwege hun inhoud en niet vanwege de vormgeving van display advertenties in het algemeen.

4.2.3 De rechtbank heeft alle vorderingen van Kelder afgewezen, met uitzondering van de vordering Google Ireland en Google LLC te gebieden bepaalde identificerende gegevens te verstrekken, voor zover betrekking hebbende op de adverteerders van de 16 in de procedure ingebrachte bitcoin-advertenties. De vordering is door de rechtbank aldus deels toegewezen. De proceskosten zijn door de rechtbank gecompenseerd.

4.2.4 De rechtbank heeft, samengevat en voor zover in beroep nog aan de orde, haar beslissing als volgt gemotiveerd. De rechtbank stelt voorop dat de bitcoin-advertenties door adverteerders zijn opgesteld en zijn geplaatst via het GDN. Google is niet betrokken geweest bij de totstandkoming van de inhoud van de advertenties. Dat Google via het GDN uitgevers en adverteerders samenbrengt voor het verspreiden en tonen van deze advertenties maakt Google niet, althans niet zonder meer, aansprakelijk voor een eventuele onrechtmatige inhoud van de advertenties. Hiervoor zijn bijkomende omstandigheden vereist, bestaande uit een eigen verwijtbaar handelen of nalaten van Google. De door Google aan adverteerders geboden mogelijkheid van display advertising acht de rechtbank niet als zodanig onrechtmatig. Niet de door Google geboden vormgevingsmogelijkheden maar de door de adverteerders verkozen inhoud van de advertenties maakt deze advertenties onrechtmatig en met die inhoud heeft Google geen bemoeienis. Voor zover door de diensten van Google het risico op het verschijnen van advertenties met onrechtmatige inhoud wordt vergroot, is dat onvoldoende omdat niet is gebleken dat dit risico onaanvaardbaar wordt vergroot (4.11 tot en met 4.14).

4.2.5 Door de rechtbank is onderzocht of Google kan worden verweten onvoldoende maatregelen te hebben getroffen in het voorkomen van het onrechtmatig handelen van de adverteerders, waarin zij onder meer meeweegt de bekendheid van Google met dit onrechtmatig handelen, hoe bezwaarlijk het is voorzorgsmaatregelen te nemen, welke concrete maatregelen door Google zijn genomen, de waarschijnlijkheid van onachtzaamheid van internetgebruikers naar aanleiding van de advertenties, hoe groot de kans is dat hieruit schade ontstaat en hoe ernstig de gevolgen daarvan kunnen zijn. De rechtbank stelt vast dat het fenomeen van deze (nep)advertenties bij Google bekend is en dat Google erkent dat zij een verantwoordelijkheid heeft als het gaat om het bestrijden van deze advertenties via GDN. De rechtbank is van oordeel dat Google

voldoende heeft toegelicht dat zij deze advertenties op grond van haar beleid verbiedt, ter handhaving van dat beleid meerdere maatregelen neemt om deze advertenties tegen te houden, maar dat het tegenhouden of verwijderen van alle (mogelijk) misleidende bitcoin-advertenties zonder voorafgaande melding feitelijk onmogelijk is. Door Kelder zijn de door Google genomen maatregelen niet gemotiveerd weersproken, anders dan dat Google meer kan doen, en meer concreet dat zij alle identificerende gegevens van de adverteerders zou moeten opvragen en controleren. Aan die stelling gaat de rechtbank voorbij omdat dit niet het verspreiden van de onrechtmatige advertenties kan voorkomen. De rechtbank stelt verder vast dat een massale verspreiding van bitcoin-advertenties via het GDN niet is komen vast te staan, dat de concrete in het geding gebrachte bitcoin-advertenties korte tijd na melding zijn verwijderd, Kelder ter zitting heeft bevestigd dat het aantal advertenties op dat moment veel minder was, Google na melding van de bitcoin-advertenties haar werkwijze hierop heeft aangepast en dat het er dus op lijkt dat de door Google getroffen maatregelen effectief zijn. Verder kan van Google niet worden gevergd dat zij iedere advertentie handmatig controleert, ook omdat dit neer zou komen op een algemeen filtergebod. Verder overweegt de rechtbank ten aanzien van de omstandigheid dat advertenties via het GDN niet altijd een expliciete vermelding 'advertentie' bevatten dat advertenties ook met die vermelding misleidend kunnen zijn en dat niet kan worden vastgesteld dat Google op dit punt tekortschiet in het treffen van maatregelen. Ten aanzien van de door Kelder gestelde schending van zijn portretrecht overweegt de rechtbank dat het zonder toestemming gebruiken van het portret en/of de naam van een bekend persoon in een misleidende advertentie bij het verschijnen ervan onmiddellijk tot schade zal kunnen leiden, maar dat het zeer de vraag is of dit in zijn algemeenheid tot hoge vergoedbare schade zal leiden en dat Kelder weinig heeft toegelicht hoe groot zijn schade zou zijn. Aldus overwegende komt de rechtbank tot de conclusie dat niet is gebleken van onrechtmatig handelen of nalaten van Google, waarbij zij in het midden laat of Google een beroep kan doen op de vrijstelling van aansprakelijkheid van artikel 6:196c lid 4 BW (4.15 tot en met 4.24).

4.2.6 De rechtbank acht de door Kelder gestelde schending van de Algemene Verordening Gegevensbescherming onvoldoende toegelicht (4.25). Zijn beroep op oneerlijke handelspraktijken stuit af op de omstandigheid dat de advertenties voor Kelder niet misleidend kunnen zijn geweest en hij in deze enkel voor zijn eigen belangen kan opkomen, aldus de rechtbank (4.26 tot en met 4.31).

4.3 Kelder beperkt zijn beroep tegen het vonnis tot het vaststellen van aansprakelijkheid van Google en veroordeling van Google in de door Kelder geleden schade wegens het in de periode 2019 tot en met 2021 tonen van de bitcoin-advertenties met zijn portret en naam (waaronder de in eerste aanleg ingebrachte 16 bitcoin-advertenties). Kelder voert in de kern aan dat Google jegens hem, primair dan wel secundair, aansprakelijk is voor de aan hem toegebrachte schade door het tonen van de bitcoin-advertenties via het GDN. Met primaire aansprakelijkheid bedoelt Kelder dat Google rechtstreeks aansprakelijk is voor de vermeende normschendingen. Met secundaire aansprakelijkheid bedoelt Kelder dat Google aansprakelijk is omdat

niet is voldaan aan de voorwaarde waaronder Google de vrijstelling van aansprakelijkheid voor hostingdiensten kan invoeren. De rechtbank heeft dit alles onjuist beoordeeld en een onjuiste beoordelingsmaatstaf toegepast, aldus Kelder. Deze centrale grief werkt Kelder uit in grieven I tot en met IV. Grief I komt op tegen bepaalde feitelijke vaststellingen en uitgangspunten van de rechtbank met betrekking tot de advertentiedienst van Google (GDN) en de rol van Google daarin. Grief II komt op tegen bepaalde vaststellingen en de beoordelingsmaatstaf van de rechtbank ten aanzien van de specifieke betrokkenheid van Google bij de totstandkoming, de vormgeving, de verschijningswijze en de inhoud van de advertenties in het GDN en bij de schade die de onrechtmatige advertenties kunnen toebrengen. Grief III is gericht tegen het door de rechtbank overnemen van de feitelijke mededelingen van Google met betrekking tot omvang van de onrechtmatige advertenties en de duur van de advertentiecampagnes. Grief IV is gericht tegen de oordelen van de rechtbank dat het tonen van de zestien bitcoin-advertenties door Google niet onrechtmatig was jegens Kelder, dat Google ook niet onrechtmatig jegens Kelder heeft gehandeld wegens nalatigheid zijdens Google en dat Kelder zelf weinig heeft toegelicht hoe groot zijn schade zou zijn, met als conclusie dat niet kan worden vastgesteld dat Google te weinig heeft gedaan om het verschijnen van de bitcoin-advertenties te voorkomen. Tot slot voert Kelder met grief V aan dat de Algemene Verordening Gegevensbescherming jegens hem is geschonden, dat Google bij die schending betrokken is en aansprakelijk is voor die schending.

4.4 De centrale grief, de uitwerking hiervan in de grieven I tot en met IV, alsmede grief V, worden hierna in gezamenlijk verband behandeld.

4.4.1 Het hof stelt voorop dat tussen partijen niet in geschil is dat de bitcoin-advertenties frauduleus zijn en dat deze advertenties onrechtmatig zijn jegens Kelder. Partijen verschillen echter van mening of Google door het publiekelijk (online) verschijnen van de bitcoin-advertenties via het GDN onrechtmatig heeft gehandeld jegens Kelder en of dit resulteert in een aansprakelijkheid van Google voor de schade die Kelder hierdoor heeft geleden.

4.4.2 Voor de beoordeling van deze vorderingen van Kelder acht het hof het van belang eerst vast te stellen of de GDN-diensten van Google diensten van de informatiemaatschappij zijn (als bedoeld in artikel 3:15d lid 3 BW), bestaande uit het op verzoek opslaan van informatie afkomstig van een ander (hierna: hostingdiensten). Indien de GDN-diensten van Google hostingdiensten zijn, kan Google een beroep doen op het ten tijde van het verschijnen van de bitcoin-advertenties van toepassing zijnde artikel 6:196c lid 4 BW (artikel 14 Richtlijn inzake elektronische handel, 2000/31/EG; met ingang van 16 november 2022 vervangen door artikel 6 van de Digitaaldienstenverordening, 2022/2265/EU). Onder de voorwaarden van dat artikel kan Google in dat geval aansprakelijkheid afwenden (ook wel aangeduid als *safe harbour* / vrijstelling van aansprakelijkheid). De vraag of de GDN-diensten hostingdiensten zijn, wordt derhalve eerst beantwoord.

4.4.3 Tussen partijen staat vast dat de GDN-diensten van Google diensten zijn van de informatiemaatschappij als bedoeld in artikel 3:15d lid 3 BW. Evenmin is in geschil dat Google de door de adverteerders aangeleverde gegevens opslaat. Daarmee staat echter niet vast dat de diensten van Google met betrekking tot het GDN vallen binnen de werkingssfeer van artikel 6:196c lid 4 BW/artikel 14 Richtlijn 2000/31/EG. In het arrest *L'Oréal/eBay*, ECLI:EU:C:2011:474 overweegt het Hof van Justitie (mede onder verwijzing naar haar arrest *Google France en Google*, ECLI:EU:C:2010:159) over de elektronische marktplaats van eBay als volgt:

‘112 (...) wil de verlener van een dienst op internet binnen de werkingssfeer van artikel 14 van richtlijn 2000/31 kunnen vallen, het essentieel is dat hij een „als tussenpersoon optredende dienstverlener” is in de zin die de wetgever in afdeling 4 van hoofdstuk II van deze richtlijn daaraan heeft willen geven (zie arrest *Google France en Google*, reeds aangehaald, punt 112).

113 Dit is niet het geval wanneer de dienstverlener, in plaats van zich te beperken tot een neutrale levering van die dienst met behulp van een louter technische en automatische verwerking van de gegevens die hem door zijn klanten zijn verstrekt, een actieve rol heeft waardoor hij kennis heeft van of controle heeft over die gegevens (arrest *Google France en Google*, reeds aangehaald, punten 114 en 120).

114 Uit het dossier en de omschrijving die in de punten 28 tot en met 31 van het onderhavige arrest is weergegeven, volgt dat eBay de door haar klanten-verkopers aangeleverde gegevens verwerkt. De verkopen waartoe deze aanbiedingen kunnen leiden, vinden plaats op de door eBay vastgestelde wijze. In voorkomend geval verleent eBay ook bijstand om bepaalde verkoopaanbiedingen te optimaliseren.

115 Zoals de regering van het Verenigd Koninkrijk terecht heeft opgemerkt, kan het enkele feit dat de beheerder van een elektronische marktplaats de verkoopaanbiedingen op zijn server opslaat, bepaalt hoe zijn dienst wordt verleend, daarvoor een vergoeding ontvangt en algemene inlichtingen aan zijn klanten verstrekt, er niet toe leiden dat hij geen beroep kan doen op de in richtlijn 2000/31 voorziene vrijstellingen van aansprakelijkheid (zie naar analogie arrest *Google France en Google*, reeds aangehaald, punt 116).

116 Wanneer genoemde beheerder daarentegen bijstand verleent die er onder meer in bestaat om de wijze waarop de verkoopaanbiedingen worden getoond te optimaliseren of deze aanbiedingen te bevorderen, moet ervan worden uitgegaan dat hij geen neutrale positie tussen de betrokken klant-verkoper en de potentiële kopers heeft ingenomen, maar dat hij een actieve rol heeft gespeeld waardoor hij kennis van of controle over de gegevens betreffende die offertes heeft gekregen. Hij kan zich wat die gegevens betreft dan niet beroepen op de in artikel 14 van richtlijn 2000/31 voorziene vrijstelling van aansprakelijkheid.’

Het Hof van Justitie bevestigde deze lijn vervolgens in het arrest *YouTube & Cyando*, ECLI:EU:C:2021:503, dat betrekking had op een videodeelplatform (YouTube) en een host- en deelplatform (Cyando):

‘106 Om na te gaan of de exploitant van een videodeelplatform of een host- en deelplatform voor bestanden krachtens artikel 14, lid 1, van de richtlijn inzake elektronische handel kan

worden vrijgesteld van zijn aansprakelijkheid voor de beschermde content die gebruikers via zijn platform illegaal aan het publiek meedelen, moet dus worden onderzocht of deze exploitant een neutrale rol speelt, met andere woorden of hij louter technische, automatische en passieve handelingen verricht, hetgeen inhoudt dat hij geen kennis heeft van of controle heeft over de content die hij opslaat, dan wel of hij juist een actieve rol speelt waardoor hij kennis heeft van of controle heeft over die content (zie naar analogie arrest van 12 juli 2011, L'Oréal e.a., C-324/09, ECLI:EU:C:2011:474, punt 113 en aldaar aangehaalde rechtspraak).⁷

Uit deze overwegingen volgt dat Google zich enkel kan beroepen op de vrijstelling van aansprakelijkheid in artikel 6:196c lid 4 BW indien zij louter technische, automatische en passieve handelingen verricht (een neutrale rol speelt), hetgeen inhoudt dat zij geen kennis heeft van of controle heeft over de content die zij opslaat.

4.4.4 Kelder stelt zich op het standpunt dat de GDN-diensten geen hostingdiensten zijn omdat Google geen neutrale rol speelt. Daartoe voert Kelder – samengevat – de navolgende feiten en omstandigheden aan:

1. Google bemiddelt niet tussen adverteerder en uitgever; zij exploiteert GDN als zelfstandige activiteit en is de bovenliggende partij in het aanbieden van de GDN-diensten aan adverteerders en uitgevers. Er komt geen cont(r)act tot stand tussen uitgevers en adverteerders.
2. Google bedingt contractueel van uitgevers het recht om in een display op de website en apps advertenties te tonen aan individuele bezoekers. Het is Google die de advertentie in de display toont.
3. Google deelt de advertentieopbrengsten van de display waarop zij de advertenties toont met de uitgever van de website/apps.
4. Individuele bezoekers van de website/apps zien niet dat het Google is die de advertentie toont; enkel na te klikken op het Ad Choices icoon of blauw kruisje wordt dit duidelijk.
5. Google bepaalt (eenzijdig) de voorwaarden waaronder uitgevers kunnen deelnemen aan AdSense (en aldus onder welke voorwaarden zij hiermee advertentie-inkomsten kunnen genereren), waaronder toestemming aan Google te kiezen welke advertenties zij toont in de display van de website/apps, met dien verstande dat uitgevers wel kunnen bepalen welke soort advertenties wel of niet getoond mogen worden.
6. Adverteerders moeten in het GDN deelnemen aan Google Ads, een advertentieplatform waarop Google bepaalt waaraan de advertenties moeten voldoen.
7. Google controleert vooraf geautomatiseerd of de advertenties voldoen aan haar beleid.
8. Google bepaalt via een advertentieveiling (aan de hand van onder meer de hoogte van de bidingen en de door haar geautomatiseerde kwaliteitsbeoordeling van de advertentie) welke advertentie wordt getoond en op welke advertentiepositie.
9. Google heeft een groot financieel belang bij de via het GDN gegenereerde advertentie-inkomsten (gebaseerd op het aantal clicks op de getoonde advertenties

door de individuele bezoekers van de website/mobiele applicaties) en stemt daarop haar activiteiten met betrekking tot het GDN af.

10. Google voert met betrekking tot de adverteerders die zich aanmelden op Google Ads geen identiteitscontrole uit, ondanks haar wetenschap van katvangers.

Ten aanzien van de inhoud en vormgeving van de advertenties die via het GDN worden getoond, stelt Kelder dat de adverteerders gebruik kunnen maken van een beeldbank van Google en dat adverteerders weliswaar zelf de advertentiebestanddelen (teksten en afbeeldingen) uploaden in Google Ads, maar dat Google in het geval van responsieve display-advertenties (het standaard advertentietype voor het GDN) deze bestanddelen op geautomatiseerde wijze en met behulp van haar geheime algoritme samenstelt tot de advertenties zoals die worden getoond, afgestemd op website/apps van de uitgever (en het apparaat van de consument). De keuzes die in dit proces worden gemaakt zijn optimaal afgestemd op het doel waarvoor de advertentie bestemd is en deze keuzes worden bijgesteld indien de prestatiegeschiedenis van de adverteerder uitwijst dat andere keuzes beter werken, aldus Kelder. Verder wijst Kelder erop dat de gewraakte advertenties de verschijningsvorm hebben van een prominent redactioneel artikel en bepaald niet herkenbaar zijn als advertentie. Volgens Kelder heeft Google deze advertenties laten verschijnen als ware het *native* advertenties (advertenties die zoveel mogelijk aansluiten bij de opmaak en design van de website/apps van de uitgever; een functionaliteit die overigens enkel ter beschikking staat voor uitgevers en niet voor de adverteerders). Google voert gemotiveerd verweer en stelt zich daarbij op het standpunt dat haar GDN-diensten hostingdiensten zijn.

4.4.5 Het hof oordeelt als volgt. De door Kelder gestelde feiten en omstandigheden samengevat onder 4.4.4 onder 1 tot en met 10, afzonderlijk en in samenhang bezien, onderbouwen onvoldoende dat de GDN-diensten van Google buiten de reikwijdte van hostingdiensten vallen. Geen van de door Kelder aangevoerde activiteiten onderbouwen dat Google kennis verkrijgt van of controle verkrijgt over de concrete (onrechtmatige) content die zij opslaat. De GDN-diensten bestaan nagenoeg volledig uit geautomatiseerde processen, die er in de kern op zijn gericht advertenties van adverteerders (zo effectief mogelijk) te tonen aan het publiek op websites/apps van uitgevers om hiermee (zoveel mogelijk) advertentie-inkomsten te genereren. Niet gesteld of anderszins is gebleken dat Google daarbij bepaalde adverteerders en/of uitgevers meer of minder promoot, dan wel op andere wijze verschillend behandelt. De geautomatiseerde processen van het GDN werken in beginsel om het even welke concrete inhoud door de adverteerder is aangeleverd, zij het dat Google wel (hoofdzakelijk geautomatiseerde) mechanismen hanteert om te controleren of de aangeleverde inhoud onrechtmatig is, dan wel anderszins in strijd is met het door haar gevoerde beleid, in welk geval zij de advertentie weigert/verwijderd. Met deze acties van Google verliest zij echter niet haar neutrale rol, zoals door het Hof van Justitie is overwogen in *L'Oréal/eBay* (r.o. 121 en 122) en in *YouTube & Cyando* (r.o. 109). Hier komt bij dat Google heeft aangevoerd dat het zo mag zijn dat zij de advertenties

‘toont’, maar dat dit geschiedt op basis van de instructies van de adverteerder en de uitgever en zij dus ook hierin geen actieve rol vervult. De adverteerder levert de advertentie aan en bepaalt op welke doelgroep de advertentie wel of niet mag worden gericht. De uitgever bepaalt welke soort advertenties wel of niet mogen worden getoond en waar deze op zijn website en/of apps mogen worden getoond. Op basis van deze, door Kelder niet (gemotiveerd) bestreden, feitelijke omstandigheden moet worden aangenomen dat ook dit ‘tonen’ van de advertenties door Google haar neutrale positie niet wegneemt. Aan het innemen van die neutrale positie doet ook niet af dat de adverteerders en uitgevers ten aanzien van het GDN niet zelf kunnen bepalen waar en wanneer een concrete advertentie op een concrete website/app verschijnt; dit wordt bepaald door de uitkomst van een door Google gehanteerde veiling. Deze veiling verloopt eveneens via een technisch, volledig geautomatiseerd proces. Niet is gebleken dat deze veiling resulteert in enige betrokkenheid van Google bij de inhoud van de advertenties, hetgeen zij bovendien heeft betwist. De omstandigheden dat het GDN een door Google zelfstandig geëxploiteerde advertentiedienst is waarmee zij veel geld verdient en dat adverteerders en uitgevers in het GDN verplicht zijn zich te committeren aan de regels die Google hiervoor heeft opgesteld, zorgen er evenmin voor dat de positie van Google verkleurt tot het innemen van een actieve rol (vgl. voornoemd arrest L’Oréal/eBay, r.o. 115).

4.4.6 Door Google is gemotiveerd verweer gevoerd tegen de door Kelder aangevoerde feiten en omstandigheden en zijn hieruit getrokken conclusies over de betrokkenheid van Google bij de inhoud en vormgeving van de bitcoin-advertenties. Kelder stelt dat deze de verschijningsvorm hebben van een prominent redactioneel artikel, Google deze advertenties heeft laten verschijnen als *native* advertenties, adverteerders gebruik kunnen maken van een door Google ter beschikking gestelde beeldbank en dat Google de door de adverteerder aangeleverde bestanddelen samenstelt tot advertenties zoals die uiteindelijk worden getoond. Hiertegen is door Google onweersproken aangevoerd dat geen van de in de procedure gebrachte bitcoin-advertenties *native* advertenties zijn, dat de beeldbank geen portretten van Kelder bevat en dat het ‘samenstellen’ tot advertenties op basis van de door de adverteerders aangeleverde advertentiebestanddelen op geautomatiseerde wijze geschiedt. Uit de stellingen van Kelder volgt verder niet meer dan dat dit geautomatiseerd samenstellen erop is gericht de indeling en opmaak van bestanddelen (technisch) af te stemmen op de website/apps van de uitgever en dat het mogelijk ‘bijstellen’ van de advertentie (geautomatiseerd) plaatsvindt op basis van de eigen prestatiegeschiedenis van de betreffende adverteerder. Hoewel deze geautomatiseerde processen impact (kunnen) hebben op de uiteindelijke opmaak en de verschijningswijze van de advertenties zoals deze uiteindelijk door het publiek worden gezien, impliceert ook dit niet zonder meer dat Google hierdoor concrete kennis of controle verkrijgt over de (onrechtmatige) inhoud van de advertentie. Niet gebleken is, en uit de stellingen van Kelder valt ook niet af te leiden, dat de door deze processen (geautomatiseerd) gemaakte keuzes erop gericht zijn *bepaalde* advertenties te optimaliseren/bevorderen, of dat deze keuzes (anderszins) impliceren dat Google hierdoor kennis heeft van en/of controle heeft over de inhoud van de advertenties.

4.4.7 Uitgaande van deze feiten en omstandigheden luidt het oordeel dat Google met betrekking tot haar GDN-diensten geen actieve rol vervult ten aanzien van de door de adverteerders aangeleverde en door Google opgeslagen en vertoonde inhoud van de (onrechtmatige) advertenties. De GDN-diensten van Google kwalificeren daarmee als hostingdiensten zoals bedoeld in artikel 6:196c lid 4 BW/artikel 14 Richtlijn 2000/31/EG. De vorderingen van Kelder zijn in beroep gericht op het verkrijgen van een schadevergoeding op basis van het vaststellen van aansprakelijkheid van Google. De vorderingen zijn niet gericht op het verkrijgen van een bevel of verbod. Dit betekent dat als het beroep van Google op de vrijstelling van aansprakelijkheid van artikel 6:196c lid 4 BW/artikel 14 Richtlijn 2000/31/EG slaagt, de vorderingen van Kelder hierop afstuiten. Dit geldt ongeacht de hieraan door Kelder ten grondslag gelegde normschendingen, waaronder de schending van portretrecht, artikel 8 EVRM, oneerlijke handelspraktijken ex artikel 6:193a BW en 6:193f BW juncto artikel 3:15e lid 1 sub b BW en de onrechtmatige daad ex artikel 6:162 BW. Voor zover door Kelder anders is betoogd, wordt dit betoog verworpen. De door Kelder vermeende normschendingen berusten alle op de premisse dat Google vanwege de door haar geleverde GDN-diensten (primair dan wel secundair) aansprakelijk is voor schade toegebracht aan Kelder ten gevolge van de onrechtmatige inhoud van de advertenties. Dit valt binnen de reikwijdte van de genoemde vrijstelling van aansprakelijkheid. Kelder heeft in beroep niet (duidelijk) gesteld of grieven geformuleerd waaruit moet worden afgeleid dat hij Google aansprakelijk houdt voor enige schade toegebracht door handelen en/of nalaten anders dan betrekking hebbende op de GDN-diensten, zodat kan worden volstaan met beantwoording van de vraag of en in hoeverre Google een beroep toekomt op de vrijstelling van aansprakelijkheid. Het voorgaande heeft eveneens te gelden voor de door Kelder vermeende normschending op grond van de AVG (grief 5). Uit artikel 2 lid 4 AVG volgt immers dat deze verordening de toepassing van Richtlijn 2000/31/EG en met name van de regels in de artikelen 12 tot en met 15 van die richtlijn (betreffende de aansprakelijkheid van als tussenpersoon optredende dienstverleners) onverlet laat. Ook ten aanzien van de AVG prevaleert de vrijstelling van aansprakelijkheid als bedoeld in artikel 6:196c lid 4 BW/artikel 14 Richtlijn 2000/31/EG dus als *lex specialis*.

4.4.8 Voorwaarde voor het kunnen inroepen van de vrijstelling van aansprakelijkheid is dat de hostingprovider geen kennis heeft van feiten of omstandigheden waaruit het onwettige karakter van de activiteiten of informatie duidelijk blijkt of dat hij, zodra hij die kennis daadwerkelijk heeft of het besef krijgt, prompt handelt om die informatie te verwijderen of de toegang daartoe onmogelijk te maken. Dit houdt in dat Google zich niet op de vrijstelling van aansprakelijkheid kan beroepen wanneer zij kennis heeft gehad van feiten of omstandigheden op grond waarvan een behoedzaam marktdeelnemer de onwettigheid van de in het GDN aangeboden advertenties had moeten vaststellen en zij, ingeval zij dit besef had, niet prompt heeft gehandeld om de advertentie te verwijderen of de toegang daartoe onmogelijk te maken (vgl. Hof van Justitie in *L'Oréal/eBay*, r.o. 124). Ten aanzien hiervan volstaat niet dat Google zich in het algemeen ervan bewust is dat het GDN wordt gebruikt door malafide adverteerders voor het (laten) tonen van onrechtmatige advertenties; het hebben van

kennis van feiten en omstandigheden waaruit de onrechtmatigheid had moeten worden vastgesteld, dient betrekking te hebben op *concrete* onrechtmatige activiteiten/informatie. Het Hof van Justitie stelt deze eis vanwege het te respecteren belang van de vrijheid van meningsuiting en meer specifiek het in artikel 15 lid 1 van de Richtlijn 2000/31/EG verankerde verbod op het opleggen van een algemene toezichtverplichting (vgl. Hof van Justitie in YouTube & Cyando, r.o. 111 en 112). Het hof zal beoordelen of Google een beroep toekomt op de vrijstelling van aansprakelijkheid voor wat betreft de door Kelder aan de orde gestelde periode van 2019 tot en met 2021.

4.4.9 Met de rechtbank stelt het hof vast dat Google overtuigend heeft toegelicht – onder meer aan de hand van een affidavit van een van haar directeuren en haar Ads Safety Report uit 2020 – wat in algemene zin de omvang en complexiteit is van het dagelijks weren van onrechtmatige advertenties, zoals die door adverteerders voor plaatsing in het GDN worden aangemaakt. Google hanteert tal van maatregelen om – in lijn met de door haar gehanteerde beleidsregels – malafide adverteerders en onrechtmatige advertenties zo goed mogelijk te bestrijden. De maatregelen van Google bestaan voornamelijk uit geautomatiseerde (zelflerende) controles, aangevuld met menselijke verificatie in de gevallen dat de geautomatiseerde controles geen eenduidige uitkomst opleveren. In 2020 blokkeerde/verwijderde Google ongeveer 3.1 miljard advertenties en schorste zij 1.7 miljoen accounts vanwege overtredingen van haar beleidsregels. Verder staat als onvoldoende weersproken vast dat het in algemene zin voor Google redelijkerwijze onmogelijk is alle onrechtmatige advertenties nog voor het eerste tonen via het GDN te onderscheppen, onder meer omdat malafide adverteerders (*bad actors*) steeds weer nieuwe wegen weten te vinden om de controles van Google te omzeilen, waaronder het door Google verboden *cloaking* (zie 3.5). Door Kelder is nog wel aangevoerd dat door Google meer kan en zou moeten worden gedaan in de controle van de identiteit van de adverteerder en van de overige door de adverteerder opgegeven informatie. Google heeft daartegen aangevoerd dat zij een (verdergaande) controle aan de poort niet zinvol acht voor een effectieve bestrijding van de onrechtmatige advertenties; Google geeft de voorkeur aan een door haar toegepaste holistische aanpak, waarin op meerdere manieren wordt nagegaan of een bepaalde account kan worden gelinkt aan eerder gesignaleerde *bad actors*. Wat er ook zij van dit verschil in partijstandpunten, in het licht van de hiervoor beschreven omvang en complexiteit van het probleem en de maatregelen die Google treft ter bestrijding hiervan, is in algemene zin ten aanzien van de in het GDN aangemaakte onrechtmatige advertenties niet gebleken dat Google niet prompt en adequaat optreedt zodra zij beschikt over kennis van deze concrete onrechtmatige advertenties. Dit betekent dat niet kan worden geconcludeerd dat Google onrechtmatig heeft gehandeld jegens Kelder op de enkele basis dat via het GDN advertenties zijn verschenen met daarin zijn portret en naam. De hierop toegesneden vorderingen van Kelder zijn als zodanig dus niet toewijsbaar.

4.4.10 Voor de zestien bitcoin-advertenties geldt evenwel het volgende. Google werd voor het eerst door Kelder op 24 december 2019 geïnformeerd over bitcoin-

advertenties met daarin zijn portret en naam die via het GDN verschenen. Op 10 januari 2020 volgde de sommatie van zijn advocaat aan Google, met daarbij een concept dagvaarding, overgelegd als productie 16 door Google. Deze concept dagvaarding toont in randnummer 3.12 drie concrete bitcoin-advertenties. Op 19 februari 2020 heeft hierover overleg plaatsgevonden tussen partijen. Google is op 14 juli 2020 gedagvaard, waarbij door Kelder bij akte van 28 oktober 2020 voorbeelden zijn overgelegd van bitcoin-advertenties die hij in de daaraan voorafgaande maanden via het GDN zag verschijnen. Drie voorbeelden zijn identiek aan de bitcoin-advertenties die op 10 januari 2020 aan Google kenbaar zijn gemaakt; de andere voorbeelden tonen een ander portret van Kelder, met een andere titel/tekst, maar hanteren woorden van gelijke strekking. Door Google is gesteld dat zij deze voorbeelden van Kelder heeft kunnen koppelen aan in totaal zeventien advertenties, waarvan zestien advertenties met het portret en naam van Kelder, en dat al deze advertenties dateren uit de periode tussen februari en augustus 2020. Volgens Google zijn hiervan zeven advertenties door haar onderschept voordat deze werden getoond in het GDN. Dit betekent dat er tien advertenties daadwerkelijk zijn getoond tussen februari en augustus 2020 via het GDN. Hiervan hebben negen advertenties betrekking op Kelder omdat uit de akte van 28 oktober 2020 volgt dat het voorbeeld met betrekking tot de andere bekende Nederlander ook is getoond.

4.4.11 Google heeft geen informatie verstrekt over hoe vaak, hoe lang en op hoeveel verschillende websites/apps deze onrechtmatige advertenties in de periode tussen februari en augustus 2020 zijn getoond. Door Google zijn over de jaren 2018 tot en met 2021 wel (vertrouwelijke) cijfers overgelegd, waaruit onder meer per maand volgt hoeveel advertentieonderdelen met daarin het portret en/of naam van Kelder door adverteerders zijn aangemaakt respectievelijk zijn getoond in het GDN, hoeveel onderdelen proactief dan wel reactief (na melding) door Google werden verwijderd en wat de tijden waren die Google nodig had om deze onderdelen proactief dan wel reactief te verwijderen. Uit deze cijfers kan worden afgeleid dat Google in deze periode in veruit de meeste gevallen proactief optrad, veruit de meeste aangemaakte onderdelen hierdoor niet werden getoond en dat de onderdelen die wel werden getoond, veelal binnen een dag door Google werden verwijderd. Uit de door Google overgelegde cijfers volgt echter ook dat van de twee piekperiodes waarin de meeste advertentieonderdelen werden aangemaakt (het najaar van 2019 en de maanden april – juni 2020), veruit de meeste advertentieonderdelen door Google zijn getoond in de periode april – juni 2020. Volgens Google vonden in die periode malafide adverteerders manieren om de detectiesystemen van Google te omzeilen, waarop zij pas grip kreeg in de loop van de zomer. In april 2020 heeft zij een internationale multidisciplinaire werkgroep opgezet die versneld technische maatregelen heeft ontwikkeld en geïmplementeerd en in juli 2020 heeft zij ‘celebrity sensationalist ads’ verboden. Niet valt echter in te zien waarom deze nieuw gevonden manieren van omzeiling in de weg hebben gestaan aan het eerder nemen van effectieve maatregelen door Google, en wel zo spoedig mogelijk na kennisneming van de conceptdagvaarding op 10 januari 2020, dan wel op zijn minst onmiddellijk na het gesprek hierover op 19 februari 2020. In ieder geval vanaf dat moment beschikte Google over specifieke

wetenschap waartegen Kelder zich verzette en had zij zich moeten realiseren dat dezelfde of zeer gelijkende advertenties met het portret van Kelder opnieuw konden worden aangeboden om via het GDN te worden getoond aan het publiek. Google heeft geen overtuigende verklaring gegeven waarom het voor haar niet mogelijk was nog in februari 2020 (dus vóór 1 maart 2020), haar controlesystemen zo in te richten dat nieuw aangemaakte advertenties identiek aan of zeer gelijkend op de advertenties zoals afgebeeld in de concept dagvaarding, direct bij aanmaak zouden worden geblokkeerd of op zijn minst dat het tonen zou worden opgeschort totdat nadere (menselijke) verificatie kon plaatsvinden. Hiermee wordt van Google niet verlangd dat zij een algemene filter had moeten toepassen; de maatregelen hadden in elk geval vanaf 1 maart 2020 afgestemd kunnen zijn op en beperkt kunnen blijven tot de specifieke elementen van de drie bitcoin-advertenties die Google vanaf 10 januari 2020 kende en waarover partijen op 19 februari overleg hebben gevoerd. Evenmin stond aan het nemen van deze maatregelen in de weg dat malafide adverteerders in die periode gebruik maakten van (nieuwe manieren van) cloaking. Ook als het hierdoor niet goed was vast te stellen of de betreffende advertentie doorlinkte naar een landingspagina waarop bitcoin-investeringen werden aangeboden, had het tonen van de advertenties in elk geval voor (menselijke) verificatie kunnen worden opgeschort op basis van de vaststelling dat de advertentie identieke/zeer gelijksoortige elementen bevat als de bitcoin-advertenties waarover Google door Kelder was geïnformeerd. Het had op de weg gelegen van Google om gemotiveerd toe te lichten waarom het blokkeren dan wel opschorten van het tonen van deze advertenties technisch niet eerder mogelijk was of anderszins redelijkerwijze niet op een eerder moment van haar als behoedzaam marktdeelnemer kon worden verlangd. Aldus komt het hof tot oordeel dat het beroep van Google op de vrijstelling van aansprakelijkheid niet opgaat voor het tonen van de betreffende negen advertenties, voor zover die zijn getoond in de periode vanaf 1 maart 2020 tot en met augustus 2020.

4.4.12 Kelder heeft ter zitting nog aangevoerd dat uit de cijfers van Google volgt dat in de periode februari – augustus 2020 door Google veel meer advertenties zijn getoond met het portret en/of de naam van Kelder dan de voornoemde zestien advertenties en dat ook buiten deze periode, namelijk in de zomermaanden van 2021 opnieuw een beperkt aantal advertenties zijn getoond. Het hof gaat aan deze stellingen voorbij. De cijfers van Google hebben betrekking op het aantal advertentieonderdelen en niet op het aantal advertenties. Google heeft voldoende toegelicht dat dit niet gelijk kan worden gesteld. Door Kelder zijn geen andere advertenties overgelegd dan de bij akte van 28 oktober 2020 overgelegde voorbeelden van advertenties met zijn naam en portret, die door Google allemaal zijn herleid tot zestien advertenties uit de periode februari – augustus 2020. Door Kelder zijn geen advertenties overgelegd die getoond zijn in de zomermaanden van 2021, zodat niet kan worden vastgesteld of in deze periode identieke dan wel soortgelijke advertenties zijn getoond en dienaangaande is door Kelder ook geen bewijsaanbod gedaan.

4.5. Ten aanzien van de advertenties staat vast dat deze onrechtmatig zijn jegens Kelder. Het zonder zijn toestemming gebruiken van zijn naam en/of portret ter

ondersteuning van nepnieuws en zelfs oplichtingspraktijken, vormt een inbreuk op de persoonlijke levenssfeer van Kelder en tast zijn eer en goede naam aan. In het oordeel van het hof dat het beroep van Google op de vrijstelling van aansprakelijkheid niet opgaat voor negen advertenties in de periode maart – augustus van 2020 (4.4.11) ligt besloten dat Google in strijd heeft gehandeld met de in acht te nemen maatschappelijke zorgvuldigheid omdat zij als behoedzaam marktdeelnemer is tekortgeschoten. Dit is onrechtmatig jegens Kelder. Niet is komen vast te staan wat de verspreidingsomvang is geweest en hoe lang de betreffende advertenties telkens op een website/app te zien zijn geweest. Afgaande op de door Google overlegde cijfers over de snelheid waarmee zij in de jaren 2018 – 2021 de getoonde advertentieonderdelen met daarin de naam en/of het portret van Kelder na het tonen heeft verwijderd, valt niet uit te sluiten dat dit telkens van korte duur is geweest. Daar staat evenwel tegenover dat het GDN (ook in Nederland) een groot bereik heeft en dat zelfs een zeer beperkt aantal getoonde advertentieonderdelen in februari 2020 al aanleiding gaf tot publicatie van een artikel in het tijdschrift *Emerce* met de titel “*Google laat ze weer massaal door: nepadvertenties voor bitcoin*”. De piek in april – juni 2020 moest toen nog komen. Het hof acht het in elk geval voldoende aannemelijk dat Kelder door het tonen van de negen onrechtmatige advertenties in de periode maart – augustus van 2020 enige reputatieschade heeft geleden, zodat de gevorderde schade nader op te maken bij staat toewijsbaar is.

4.6 Het door partijen over en weer gedane bewijsaanbod zal als niet ter zake dienend worden gepasseerd, omdat dit onvoldoende is gespecificeerd en er geen (voldoende concrete) stellingen te bewijzen zijn aangeboden die, indien bewezen, tot een ander oordeel moeten leiden.

4.7 Aldus komt het hof tot de slotsom dat de grieven van Kelder deels slagen. De vorderingen zijn beperkt toewijsbaar en zullen voor het overige worden afgewezen, een en ander zoals hierna verwoord. De vorderingen zijn enkel toewijsbaar ten aanzien van de vennootschappen Google Ireland en Google LLC, nu door Kelder niet is betwist dat Google Nederland geen reclamediensdiensten levert en niet betrokken is bij het GDN. Voor een hoofdelijke veroordeling van Google Ireland en Google LLC tot het vergoeden van de schade aan Kelder, acht het hof geen gronden aanwezig. Wat ieders aandeel is in de veroorzaakte schade zal in de schadestaatprocedure moeten worden vastgesteld.

5. Beslissing

Het hof:

vernietigt het vonnis waarvan beroep voor zover betrekking hebbende op Kelder en voor zover daarin de vorderingen van Kelder zijn afgewezen;

en in zoverre opnieuw rechtdoende;

verklaart voor recht dat Google Ireland en Google LLC onrechtmatig hebben gehandeld jegens Kelder en aansprakelijk zijn voor de schade die hij hierdoor heeft geleden, door in de periode maart 2020 tot en met augustus 2020 via het Google Display Network negen advertenties van de in de dagvaarding omschreven zestien advertenties online te tonen met daarin het portret en de naam van Kelder;

veroordeelt Google Ireland en Google LLC tot vergoeding voor ieders aandeel van de door Kelder geleden schade als voornoemd, nader op te maken bij staat en te vereffenen volgens de wet;

compenseert de kosten in die zin dat ieder de eigen kosten draagt;

verklaart dit arrest uitvoerbaar bij voorraad;

wijst af het in hoger beroep anders of meer gevorderde.

Dit arrest is gewezen door mrs. D. Kingma, E.M. Polak en A.W.G. Artz en is in het openbaar uitgesproken door de rolraadsheer op 26 maart 2024.