

toegevoegd dat internetzoekmachines niet alles vinden. Sommige informatie vindt om verschillende redenen zijn weg niet tot de index van een zoekmachine. De uitbater van een webpagina kan zich bijvoorbeeld hebben verzet tegen indexering via de *robot.txt* standaard of een *robot meta tag*. Zo kan een webpagina ook informatie bevatten die een zoekmachine niet kan indexeren, zoals tekst in grafische voorstellingen of informatie die zich in dynamisch gegenereerde webpagina's of onlinedatabases bevindt. Ten slotte is het mogelijk dat een zoekmachine een webpagina eenvoudigweg niet vindt, bijvoorbeeld omdat andere webpagina's er niet naar linken. Zoekmachines 'zien' derhalve enkel het *indexeerbare* WWW, niet het hele WWW.

En elke zoekmachine vindt ook niet alle indexeerbare webpagina's. Onderzoek heeft uitgewezen dat in 2005, Google 68,2%, MSN 49,2%, Ask/Teoma 43,5% en Yahoo! 59,1% van het indexeerbare WWW in hun index hadden staan. 28,85% van het indexeerbare WWW wordt door alle van de hiervoor vermelde zoekmachines geïndexeerd (dit is met andere woorden de gemene deler van geïndexeerde webpagina's) en samen dekken deze zoekmachines rond de 9,36 miljard webpagina's. Op een totaal van 11,5 miljard indexeerbare webpagina's, betekent dit een reikwijdte van 81%.⁵⁰

Het wereldwijde marktaandeel van elke zoekmachine bedroeg in juli 2006 43 à 49% voor Google, 23 à 28% voor Yahoo!, 9 à 12% voor MSN, 5 à 6% voor AOL, 2 à 5% voor Ask en 3 à 8% voor de overige zoekmachines.⁵¹ In oktober 2007 waren de marktaandelen reeds respectievelijk 56,9% voor Google, 9,9% voor Yahoo!, 2,88% voor MSN, 2,56% voor Live, 1,69% voor AOL en 0,98% voor Ask.⁵²

Besluit

Het internet bevat een exponentieel toenemende massa aan informatie. De steeds stijgende hoeveelheid informatie aanwezig op het WWW kent ook nadelen. In het grenzeloze oerwoud van informatie is het voor de internetsurfer steeds moeilijker om door de bomen het bos te zien. Internetzoekmachines helpen de internetsurfer om sneller de gewenste informatie te vinden en te raadplegen. Zonder hulp van een internetzoekmachine is het moeilijk om op het WWW geschikte informatie te vinden, tenzij de surfer op voorhand de URL kent van de website waar hij zijn informatie kan vinden. Aangezien URL's doorgaans bestaan uit een behoorlijke lange en moeilijk te memoriseren opsomming van letters, cijfers en leestekens, zijn internetzoekmachines een aangewezen zoekhulp. Deze zoekhulp neemt een steeds prominenter rol in de ontsluiting van informatie op het WWW.

50 A. Gulli & A. Signorini, 'The indexable Web is More than 11.5 billion pages', WWW 2005, May 10-14, 2005, Chiba, Japan.

51 Cijfers van de comScore Media Metrix Search Engine Ratings (<http://www.searchenginewatch.com/showPage.html?page=2156431>) en van de Nielsen Netratings Search Engine Ratings (<http://www.searchenginewatch.com/showPage.html?page=2156451>).

52 Zie <http://www.marketsshare.hitslink.com/report.aspx?qprid=15>.

Artikel

N.A.N.M. van Eijk¹

Zoekmachines: verloren in het recht?

4

Zoekmachines zijn een betrekkelijk nieuw fenomeen en daarmee doet zich de vraag voor waar zoekmachines binnen het recht zijn te positioneren.² Deze bijdrage richt zich in het bijzonder op de sectorspecifieke positionering van zoekmachines. Daarbij wordt eerst gezien hoe de zoekmachine past in een traditioneel analytisch kader en waar zoekmachines moeten worden gepositioneerd vanuit het perspectief van de uitingvrijheid. Vervolgens wordt gezien in welke mate nationale en Europese kaders met betrekking tot de regulering van de informatiesector van toepassing zijn op zoekmachines. Ten slotte worden de contouren geschetst van een mogelijke inbedding van zoekmachines in sectorspecifieke regulering.

Convergentie

Voor de vraag waar zoekmachines binnen het recht zijn te positioneren is het in de eerste plaats van belang om te bepalen wat voor soort dienst respectievelijk activiteit in het

geding is. Een gebruikelijk analytisch model in deze context is dat waarbij een onderscheid wordt gemaakt in infrastructuur, transportdienst (inclusief routing) en informatiediensten.³ Bij infrastructuur gaat het om de onderliggende fysieke infrastructuur (het netwerk). De transportdienst omvat het transporteren en afleveren van data. Bij informatiediensten gaat het om diensten die zich kenmerken door het vormgeven, opslaan, bewerken en of presenteren van gegevens (omroep, spraaktelefonie) en/of die gebruikers van gegevens

1 Prof. dr. Nico van Eijk is redacteur van *Computerrecht*.

2 Deze bijdrage is deels ontleend aan mijn oratie: N.A.N.M. van Eijk, *Zoekmachines: zoekt en gij zult vinden?*, Amsterdam: Vossiuspers 2005.

3 J.C. Arnbak, J. van Cuilenburg & E.J. Dommering, *Verbinding en Ontvlechting in de Communicatie (VOC-rapport)*, Amsterdam: Cramwinckel 1990, p. 10; E.J. Dommering, *Informatierecht, fundamentele rechten voor de informatiesamenleving*, Amsterdam: Cramwinckel 2000, p. 262-266 (hierna: Dommering 2000); N.A.N.M. van Eijk e.a., *De regulering van media in internationaal perspectief*, achtergrondstudie bij: WRR, *Focus of functies, uitdagingen voor een toekomstig mediabeleid*, Den Haag: WRR 2005, p. 66-67.

voorzien (databanken).⁴ Infrastructuur en transport-/routeringsdiensten worden veelal tot het domein van het telecom-municatierecht gerekend, terwijl informatiediensten veelal onderwerp zijn van 'mediaregulering'. De op dit drielagen-model gebaseerde onderscheidingen worden relevant geacht voor de mate van regulering. Met name wanneer het om de inhoud (informatiediensten) gaat, dient terughoudendheid te worden betracht, omdat al snel de uitingsvrijheid in het geding is.

Soms wordt wat betreft informatiediensten nog belang gehecht aan het onderliggende communicatiepatroon. In een Nederlandse context wordt vaak verwezen naar het model 'Bordewijk-Van Kaam', dat vier communicatiepatronen onderscheidt: allocutie, consultatie, registratie en conversatie.⁵ Bij de eerste twee gaat het om het raadplegen van centrale informatiebestanden, waarbij de keuze bepaald is door respectievelijk de aanbod- of de vraagzijde ('klassieke' omroep versus het raadplegen van informatie op het internet). Registratie omvat het opslaan van individuele informatie bepaald door een informatiecentrum (bijvoorbeeld het bevolkingsregister waarin men verplicht geregistreerd is). Bij conversatie bepalen de participanten aan bijvoorbeeld een telefoongesprek welke informatie wordt uitgewisseld. Regulering zou in het bijzonder nodig zijn bij de ongericht aangeboden informatie (allocutie) en de verplichte medewerking aan de inzameling van persoonlijke informatie (registratie).

Kritiek op de koppeling van dergelijke analytische modellen aan regelgeving is niet nieuw. Convergence is een belangrijke driver van de kritiek. Slechts door een technische verandering valt een dienst in een andere categorie en daarmee onder een ander reguleringsregime. Een 'klassieke' omroepdienst valt onder omroepregulering, maar een video-on-demand-dienst kent of geen regulering of een lichter reguleringsregime. Dit ongeacht het feit dat dergelijke diensten meer en meer substituten van elkaar zijn (en als zodanig door de gebruiker worden ervaren).⁶ Een ander voorbeeld binnen het model infrastructuur-transport-informatiediensten betreft de zogenaamde verkeersgegevens. Verkeersgegevens worden veelal beschouwd als informatie die gerelateerd is aan transport en routing. Omdat verkeersgegevens niet de inhoud raken, kunnen zij gemakkelijker worden opgevraagd dan gesprekken kunnen worden afgetapt. Gesprekken raken immers de inhoud. Inmiddels is wel duidelijk dat verkeersgegevens, zeker wanneer zij gekoppeld worden aan andere bestanden, veel meer kunnen zeggen over een persoon en zijn doen en laten dan de inhoud van een gesprek. Het is niet zonder reden dat er veel kritiek is op het ongebreideld verzamelen en opslaan van (verkeers)gegevens. In andere bijdragen aan dit themanummer wordt meer gedetailleerd ingegaan op de privacyaspecten verbonden aan zoekmachines.

Ontsluiten van informatie

De kernfunctionaliteit van een zoekmachine bestaat uit het ontsluiten van informatiebronnen, maar in veel gevallen ook uit het (deels) ontsluiten van de informatie zelf. Immers, het zoekresultaat is het gevolg van de indexering van de inhoud van een boek, tekst, bestand, enz. Ook is in voorkomende gevallen een deel van de inhoud onderdeel van het getoonde zoekresultaat. Enerzijds wijst de zoekmachine zo de weg (juist of onjuist, gemanipuleerd of niet) naar een op het in-

ternet aanwezige informatiebron, anderzijds geeft de zoekmachine een geselecteerd deel van de informatiebron prijs.

Informatiedienst

De zoekmachine is aldus een typisch voorbeeld van convergentie, meer in het bijzonder van convergentie tussen transportdienst en informatiedienst. Immers, de zoekmachine heeft aspecten van een transport-/routeringsdienst – de zoekresultaten leiden ons naar op het internet aanwezige informatie – wat deze activiteiten in de klassieke leer plaatst in de categorie van transportdiensten. De zoekmachine is in dit opzicht vergelijkbaar met de technische aspecten van een elektronische programmagids (EPG) en heeft ook zekere kenmerken gemeen met een applicatie programma interface (API). Maar de zoekmachine is meer. Evenals dat het geval is bij een elektronische programmagids, kent de zoekmachine daarnaast functionaliteiten die de zoekmachine maken tot een marketinginstrument en inhoudgerelateerde dienst. In haar proefschrift geeft Helberger terecht aan dat deze aspecten niet als transport beschouwd kunnen worden, maar eerder kenmerkend zijn voor informatiediensten.⁷ Het is te eenvoudig om te stellen dat zoekmachines slechts aanwezige informatie ordenen. Dit zou een ontkenning zijn van het onderliggende gecompliceerde indexerings-/selectieproces en de manipulatie van zoekresultaten. Inhoudelijke elementen overheersen de transportaspecten. In een dergelijke situatie dienen de inhoudelijke elementen bij de vraag naar mogelijke regulering centraal te staan. Zoekmachines zijn daarom ook primair te beschouwen als informatiediensten.

Uitingsvrijheid

De constatering dat een zoekmachine als een informatiedienst kan worden beschouwd, doet de vraag rijzen hoe een en ander zich verhoudt tot de informatievrijheid en meer in het bijzonder tot het leerstuk van de uitingsvrijheid. Staat bij zoekmachines het openbaren of verspreiden van informatie centraal of valt de zoekmachine mogelijk onder een recht op toegang tot informatie? Bij zoekmachines staat het openbaren of verspreiden van informatie als zodanig niet voorop. Mogelijk is te stellen dat een zoekresultaat een uiting is die gelijk is aan het openbaren van een gedachte. Daar is wel iets voor te zeggen, maar het lijkt mij vooralsnog wat te ver gezocht. Vooral is van belang dat de onderliggende informatie al op het internet aanwezig is en daarmee openbaar is. Evenmin is een recht op (toegang tot) informatie, het garingsrecht of de vrije nieuwsgaring in het geding (een recht dat als zodanig

4 Dit is de definitie zoals gehanteerd voor het begrip 'tele-informatiedienst' in het VOC-rapport en die nog steeds in belangrijke mate als afdoende dekkend kan worden beschouwd binnen het kader van de onderhavige problematiek.

5 J.L. Bordewijk & B. van Kaam, *Allocutie. Enkele gedachten over communicatievrijheid in een bekabeld land*, Baarn: Bosch & Keuning 1982.

6 Ook de nieuwe Audiovisuele Mediadiensten richtlijn worstelt met dit dilemma (Richtlijn 2007/65/EG van het Europees Parlement en de Raad van 11 december 2007 tot wijziging van Richtlijn 89/552/EEG van de Raad betreffende de coördinatie van bepaalde wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen in de lidstaten inzake de uitoefening van televisieomroepactiviteiten, *PbEU* 2007, L 332/27 (18 december 2007).

7 N. Helberger, *Controlling Access to Content – Regulating Conditional Access in Digital Broadcasting*, London/Den Haag/Boston: Kluwer International Law, Information Law Series 2005, p. 10-19 (hierna: Helberger 2005).

niet in de Nederlandse Grondwet of art. 10 van het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens (EVRM) is opgenomen, maar weer wel in art. 19 van het Internationaal Verdrag inzake burgerrechten en politieke rechten (BuPo-verdrag).⁸ Ook hier geldt dat informatie niet rechtstreeks het subject is, maar wel de *ontsluiting* ervan. Zoekmachines faciliteren de toegang tot informatie. Daarmee omvat de zoekmachine activiteiten die van wezenlijk belang zijn om daadwerkelijke kennisneming van informatie mogelijk te maken. Rechtsvragen met betrekking tot zoekmachines verhouden zich als een 'connex' recht tot de uitingstvrijheid, de verspreidingsvrijheid en het recht op toegang tot informatie. Er is sprake van een status die in de Nederlandse situatie vergelijkbaar is met de verhouding tussen de verspreidingsvrijheid en de uitingstvrijheid. De verspreiding kent geen zelfstandige constitutionele positie, maar via haar verwevenheid met de uitingstvrijheid - zonder verspreiding heeft de uitingstvrijheid weinig betekenis - komt er toch brede bescherming aan toe. Bij art. 10 EVRM ligt het wat betreft de verspreiding weer anders, aangezien volgens dit artikel het doorgeven van meningen wel valt onder de vrijheid van meningsuiting. Nogmaals, daarmee is nog niet gezegd dat het bij zoekmachines over een gelijke activiteit gaat als bij verspreiding. *Ontsluiten van informatie is niet het openbaren of verspreiden ervan.* Dit neemt niet weg dat ontsluiting van informatie op een vergelijkbare status aanspraak moet kunnen maken. In de Nederlandse situatie gaat het dan om de zoekmachine als een connex recht bij art. 7 lid 3 Grondwet.⁹ In het geval van art. 10 EVRM betreft het een connex recht zowel wat betreft de vrijheid van ontvangst als de vrijheid van verspreiding. Het feit dat er sprake is van een connex recht betekent niet dat dit recht daarmee van een lagere orde is. Ik sluit hierbij aan bij opvattingen in de literatuur over de status van connexe rechten, waarin kritisch wordt geoordeeld over een eventuele hiërarchische verhouding.¹⁰ Een en ander laat onverlet dat noch in de Grondwet, noch in art. 10 EVRM of art. 19 BuPo-verdrag een zelfstandig recht op ontsluiting van informatie is opgenomen.¹¹

De gedachte dat er bij zoekmachines sprake is van een aan de uitingstvrijheid gelieerd recht, zal nader gestalte moeten krijgen in de jurisprudentie of bij de eventuele herziening van art. 7 Grondwet. Tot op heden is er nog weinig relevante jurisprudentie en de herziening van de Grondwet staat vooralsnog op een laag pitje na een eerder jammerlijk mislukte poging daartoe.¹²

Zoekmachines in het sectorspecifieke recht

Dat zoekmachines vallen binnen algemene rechtskaders is evident. Regels inzake aansprakelijkheid, algemeen privacyrecht, mededingingsrecht en dergelijke zijn evenzeer van toepassing als dat zij dat zijn op andere informatiediensten. Zijn evenwel de bestaande sectorspecifieke kaders op nationaal en Europees niveau toepasbaar op zoekmachines? Dit blijkt niet of slechts marginaal het geval te zijn.

Traditionele mediaregulering ziet niet op zoekmachines. De Mediawet regelt nog net enige aspecten van de traditionele programmagids (zoals de beschikbaarstelling van programmegegevens), maar dat heeft geen of nauwelijks relevantie voor zoekmachines.¹³ Verder staan in de wet vooral radio- en televisieprogramma's centraal, begrippen waar de zoekma-

chine niet onder te scharen is. Wat betreft de oorspronkelijke Televisierichtlijn¹⁴ is het al niet veel anders, aangezien die zich richt op televisieomroep, waarbij 'communicatiediensten die informatieve gegevens of andere prestaties op individueel verzoek verstrekken zoals telekopiediensten, elektronische databanken en andere soortgelijke diensten' expliciet uitgesloten zijn. Hierin komt geen verandering door de wijzigingen die de richtlijn voortaan van toepassing laten zijn op zogenaamde audiovisuele mediadiensten.¹⁵ De wijzigingen kennen een nieuwe definitie van audiovisuele mediadiensten waar de activiteiten van zoekmachines niet onder te brengen zijn ('een dienst (...) met als hoofddoel de levering aan het algemeen publiek van programma's (...); in overweging 18 van de preambule wordt de uitsluiting van zoekmachines bovendien expliciet gemaakt.¹⁶ De gewijzigde richtlijn blijft zich dus grosso modo beperken tot traditionele programma's. Er wordt weliswaar een hoog niveau van internetregulering geïntroduceerd, omdat ook video-on-demand-diensten onder de reikwijdte van de richtlijn worden gebracht - ongeacht de wijze waarop ze verspreid worden - maar dat is in deze weinig relevant. Toch zou gesteld kunnen worden dat enige grensvervaging aan het optreden is. Zo is de gewijzigde richtlijn onduidelijk over de vraag of diensten als 'YouTube' wel of niet onder de werking van de richtlijn vallen. Nu zal men YouTube niet snel als een zoekmachine beschouwen, maar er is een grijs gebied voorstelbaar tussen een zoekma-

- 8 Over het recht op informatie en het garingrecht zie onder anderen Dommering 2000, p. 101, Helberger 2005, p. 67-89; J.M. de Meij e.a., *Uitingstvrijheid, de vrije informatiestroom in grondwettelijk perspectief*, Amsterdam: Cramwinckel 2000, p. 134-143 (hierna: De Meij 2000); P.B. Hugenholtz, *Het internet: het auteursrecht voorbij: in Recht en internet preadviezen NVJ 1998*, Deventer: Tjeenk Willink 1998, p. 256-257; G.A.I. Schuijt, 'Vrijheid van nieuwsgaring en toegang tot informatie', in: *Van ontvanger naar zender, opstellen aangeboden aan prof. mr. J.M. de Meij*, Amsterdam: Cramwinckel 2003, p. 341-356.
- 9 De discussie over de vraag of de uitingstvrijheid in art. 7 Grondwet wel op een juiste wijze is geregeld, laat ik hier verder onbesproken. Dat zoekmachines binnen het huidige constitutionele kader onder art. 7.3 Grondwet (overige uitingen) vallen is mijns inziens evident. Ze vallen in ieder geval niet onder het eerste (pers) of tweede lid (radio en televisie).
- 10 De Meij 2000, p. 114 en 129. Een gelijkwaardige positie zou mijns inziens ook evident moeten zijn gezien het grote belang van zoekmachines voor de uitingstvrijheid hetgeen sowieso eerder een gelijkwaardige dan een ondergeschikte status rechtvaardigt.
- 11 Dit is enigszins opmerkelijk aangezien de ontsluitingsfunctie niet nieuw is. Zo hebben bibliotheken historisch altijd al deze functie gehad.
- 12 Zie onder meer de parlementaire discussie over grondrechten in het digitale tijdperk (*Kamerstukken II 2000/01, 27 460*).
- 13 Het is voorstelbaar dat een zoekmachine die een zoekdienst biedt welke te grote overeenkomsten vertoont met een klassieke programmagids te maken krijgt met de regels in de Mediawet en de Auteurswet inzake programmegegevens en programmagidsen.
- 14 Richtlijn 89/552/EEG van de Raad van 3 oktober 1989 betreffende de coördinatie van bepaalde wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen in de lidstaten inzake de uitoefening van televisie-omroepactiviteiten *PbEG* 1989, L 298/23; gewijzigd bij Richtlijn 97/36/EG van het Europees Parlement en de Raad van 30 juni 1997 tot wijziging van Richtlijn 89/552/EEG van de Raad betreffende de coördinatie van bepaalde wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen in de lidstaten inzake de uitoefening van televisie-omroepactiviteiten *PbEG* 1997, L 202/60.
- 15 Zie noot 6.
- 16 '(...) Om deze redenen dienen ook van de werkingssfeer van de richtlijn te worden uitgesloten kansspelen met een inzet die een geldwaarde vertegenwoordigt, waaronder loterijen, weddenschappen en andere gokdiensten, evenals onlinespelen en zoekmachines, doch niet uitzendingen gewijd aan gokken of kansspelen.'

chine en een (internet)omroep of filesharing-dienst, met name wanneer beide functionaliteiten convergeren.¹⁷

Het is niet veel anders gesteld met de regels voor de telecommunicatiesector, zoals neergelegd in het Europese communicatiekader en geïmplementeerd in de Telecommunicatiewet. In deze regels staat de 'elektronische-communicatiedienst' centraal. Volgens de Kaderrichtlijn¹⁸ (art. 2b) is een elektronische-communicatiedienst 'een dienst die gewoonlijk tegen vergoeding wordt aangeboden en die geheel of hoofdzakelijk bestaat in het overbrengen van signalen via elektronische communicatienetwerken, waaronder telecommunicatiediensten en transmissiediensten op netwerken die voor omroep worden gebruikt, doch niet de dienst waarbij met behulp van elektronische communicatienetwerken en diensten overgebrachte inhoud wordt geleverd of redactioneel wordt gecontroleerd'. Zoals eerder gesteld kan er niet aan worden voorbijgegaan dat zoekmachines sterk inhoud gerelateerd zijn en er in voorkomende gevallen sprake is van redactionele controle (via selectieprocessen en manipulatie), waarmee ze buiten de definitie van elektronische-communicatiedienst vallen. Daar komt bij dat overweging 10 bij de Kaderrichtlijn nog eens nadrukkelijk stelt dat de levering van internetinhoud buiten de definitie van elektronische-communicatiedienst valt.

Het communicatiekader heeft echter een novum geïntroduceerd met het begrip 'bijbehorende faciliteiten' (art. 2e Kaderrichtlijn). Daaronder worden verstaan 'de bij een elektronische communicatienetwerk en/of een elektronische communicatiedienst behorende faciliteiten die het aanbieden van diensten via dat netwerk en/of dienst mogelijk maken en/of ondersteunen'. Daartoe behoren ook systemen van voorwaardelijke toegang en elektronische programmagidsen. Elektronische programmagidsen zijn in zekere mate vergelijkbaar met zoekmachines. Kunnen derhalve zoekmachines wellicht onder het begrip 'bijbehorende faciliteiten' worden gebracht, bijvoorbeeld wanneer de stelling dat het primair om een informatiedienst gaat geen stand zou houden? De totstandkomingsgeschiedenis, de overwegingen en de tekst van de richtlijnen geven daartoe weinig aanleiding. Uit de systematiek van art. 5 en 6 van de Toegangsrichtlijn¹⁹ blijkt dat alleen faciliteiten die in relatie staan tot het verzorgen van digitale radio- en televisieomroepdiensten voor regulering in aanmerking komen. Verder wordt het begrip 'faciliteiten' nog gehanteerd in het kader van de verzorging van de universele dienst, hetgeen evenmin relevantie heeft voor zoekmachines (art. 10 Universeledienstrichtlijn en bijlage I bij deze richtlijn).²⁰ Kortom, noch in het communicatiekader, noch in de Telecommunicatiewet die op deze punten niet van het kader verschilt, laat de zoekmachine zich inpassen.²¹ Eerder zou nog de vraag kunnen worden gesteld of het wel zo verstandig is om systemen van voorwaardelijke toegang en elektronische programmagidsen uitsluitend in een telecommunicatiekader te plaatsen. Bij beide kan vrij eenvoudig worden vastgesteld dat ze onder meer onderhevig (kunnen) zijn aan vormen van manipulatie of beïnvloeding van redactionele aard. Daar komt bij dat het Europese kader geen aanknopingspunten biedt die zich lenen om te worden toegepast zodra het gaat om zaken die de inhoud raken. Inhoudsregulering is immers door het kader zelf uitgesloten.

Ook de review van het communicatiekader blijft zoekmachines uitsluiten.²² Evenmin brengt deze review verdere verduidelijking over het feit dat elektronische programmagidsen

wel gereguleerd blijven onder het kader ofschoon er kenmerken zijn die overeenkomen met de problematiek van zoekmachines.

Naar een nieuw regulerend kader?

Zou het mogelijk zijn om voor zoekmachines een specifiek regulerend kader te ontwerpen? Het ligt voor de hand om in eerste instantie te kiezen voor het standpunt dat terughoudendheid dient te worden betracht en om te proberen oplossingen te vinden op basis van bijvoorbeeld het mededingingsrecht, regulering over oneerlijke handelspraktijken, regels met betrekking tot elektronische handel of juridische kader op grond van het algemene of sectorspecifieke privaatrecht.²³

De belangen zijn groot, zeker in een situatie waar marktdominantie speelt.²⁴ Mogelijk dat er op termijn enige rol ligt weggelegd voor het mededingingsrecht, maar in toenemende mate dringt zich de vraag op of sectorspecifieke regulering voor zoekmachines gewenst is. Ook al omdat de rol van het mededingingsrecht in relatie tot uitingvrijheid of pluralisme niet moet worden overschat. Onderzoek wijst uit dat de betekenis van het mededingingsrecht voor de bescherming van pluralisme beperkt is.²⁵

Voor een sectorspecifieke regulering van zoekmachines zou vanuit een Europees perspectief aangehaakt kunnen worden bij de sectorspecifieke kaders voor de communicatiesector. De regels zoals deze nu bestaan houden echter geen rekening met

17 Overweging 16: '(...) Het bereik daarvan dient zich evenwel te beperken tot diensten als gedefinieerd door het Verdrag, waardoor het wel op alle vormen van economische activiteit betrekking heeft, met inbegrip van die van openbare dienstverleningsbedrijven, doch niet op activiteiten die in hoofdzaak niet-economisch zijn en niet concurreren met televisie-uitzendingen, zoals particuliere websites en diensten die bestaan in het leveren of verspreiden van audiovisuele inhoud die door particuliere gebruikers wordt gegenereerd om te worden gedeeld en uitgewisseld met groepen met gemeenschappelijke belangen.'

18 Richtlijn 2002/21/EG van het Europees Parlement en de Raad van 7 maart 2002 inzake een gemeenschappelijk regelgevingskader voor elektronische-communicatienetwerken en -diensten (Kaderrichtlijn), *PbEG* 2002, L 108/33 (24 april 2002).

19 Richtlijn 2002/19/EG van het Europees Parlement en de Raad van 7 maart 2002 inzake de toegang tot en interconnectie van elektronische-communicatienetwerken en bijbehorende faciliteiten (Toegangsrichtlijn), *PbEG* 2002, L 108/7 (24 april 2002).

20 Richtlijn 2002/22/EG van het Europees Parlement en de Raad van 7 maart 2002 inzake de universele dienst en gebruikersrechten met betrekking tot elektronische-communicatienetwerken en -diensten (Universeledienstrichtlijn) *PbEG* 2002, L 108/55 (24 april 2002).

21 Waarmee nog niet de vraag is beantwoord hoe elektronische programmagidsen onder het kader vallen. Het lijkt mij zeer wel verdedigbaar dat op grond van dezelfde uitsluitingen als beschreven ten aanzien van zoekmachines gesteld kan worden dat het communicatiekader slechts kan zien op de elektronische programmagids als transportdienst en op de elektronische programmagids als informatiedienst.

22 Zie voor de review-voorstellen <http://www.ec.europa.eu>.

23 Op deze laatste – de privacy – wordt in deze bijdrage in verband met de onderwerpbepaling tussen de auteurs niet expliciet ingegaan.

24 Zeker in Europa is Google leidend met marktaandeelen die in veel landen boven de 80 of 90% liggen. In Nederland is het marktaandeel van Google inmiddels aanbeland op 95% (<http://www.checkit.nl>).

25 Zie bijvoorbeeld recent onderzoek over de betekenis van het mededingingsrecht voor de pluriformiteit in de dagbladsector L.F. Asscher, E.J. Dommering, N.A.N.M. van Eijk & A. Franken van Bloemendaal, *Het redactiestatuut bij dagbladen*, Apeldoorn: Het Spinhuis 2006, p. 17-20 en bijlage B.

een fenomeen als zoekmachines. Niettemin zou verder kunnen worden onderzocht of bijvoorbeeld een bestaand concept als aanmerkelijke marktmacht van toepassing zou kunnen zijn op zoekmachines. Aan dominante zoekmachines zouden verplichtingen kunnen worden opgelegd die betrekking hebben op zaken als toegang, non-discriminatie, transparantie en accountability. Daar waar processen aan de orde zijn die bedrijfsvertrouwelijk van aard zijn – bijvoorbeeld bij het geheime indexeringsalgoritme van zoekmachines – behoeft dat er niet aan in de weg te staan dat onafhankelijke audits worden uitgevoerd. Op deze wijze kan onder meer worden vastgesteld of zoekresultaten inderdaad op objectieve c.q. op voldoende transparante wijze tot stand komen. Eveneens kan worden nagegaan of opgeslagen data op een juiste wijze worden verwerkt en bewaard. (Eigenlijk bevat de bestaande privacyregulering hiervoor al voldoende aanknopingspunten, maar is daarvan tot op heden geen gebruikgemaakt om bijvoorbeeld bij zoekmachines controles uit te voeren.)²⁶

Tegelijkertijd dient er oog te zijn voor de 'universal service'-achtige elementen bij zoekmachines. Gebruikers van zoekmachines hebben recht op minimum waarborgen ten aanzien van de werkwijze (van aanbieders) van zoekmachines. Zij dienen afdoende geïnformeerd te worden en misleiding behoort te worden voorkomen. Mogelijk dat hier al enige rol kan zijn weggelegd voor de E-commerce-richtlijn²⁷ die momenteel wordt geëvalueerd of via de toepassing van de richtlijn oneerlijke handelspraktijken.²⁸ Het is overigens interessant om te zien dat de Europese Commissie in de review van het communicatiekader aandacht schenkt aan het vraagstuk van netwerkneutraliteit en daarbij aangeeft dat aanbieders van breedbandtoegang consumenten afdoende dienen te informeren over hun beleid met betrekking tot het afsluiten van toegang tot bepaalde websites. Helaas betreft het slechts een weinig uitgewerkte gedachte die niet in een bredere (zoekmachine)context wordt geplaatst.

Bovenstaande ideeën over een mogelijke uitbreiding van concepten afkomstig uit het communicatiekader naar zoekmachines, dienen echter in een juist kader te worden ge-

plaatst. Hier wringt hem deels de schoen. Eerder is betoogd dat zoekmachines informatiediensten zijn. Dit maakt het minder voor de hand liggend om sectorspecifieke regulering in te bedden in een (tele)communicatie-omgeving. De beschreven convergentie-elementen brengen met zich mee dat sectorspecifieke regulering van zoekmachines uitsluitend dient te worden overwogen via een bredere belangenafweging. Anders dreigen de bijzondere, aan de inhoud (en dus de informatievrijheid) gerelateerde, aspecten ondergesneeuwd te raken. Hier is nog een flinke weg te gaan. Op nationaal niveau is het model van afzonderlijke media- en telecommunicatieregulering nog steeds gemeengoed. Europees is de situatie eigenlijk nog erger. Zowel de herziening van de mediaregels als de nog lopende herziening van het communicatiekader sluit zoekmachines uit. Er is eigenlijk geen mooiere illustratie mogelijk van de stelling dat zoekmachines verloren zijn in het recht.

Conclusie

De betekenis van zoekmachines in de informatiesamenleving is groot. Gebruikers zijn voor het ontsluiten van informatie op het internet in hoge mate afhankelijk van zoekmachines. Daar komt bij dat de zoekmachinemarkt in extreme mate door één aanbieder wordt gedomineerd.²⁹ Vraagstukken rond zoekmachines krijgen steeds meer aandacht, de bewustwording neemt toe en het plaatsen van de discussie in een meer *merit good*-context wordt minder beschouwd als vloeken in de kerk.³⁰ Het is belangrijk dat de accenten op de juiste plek worden gelegd. Zoekmachines zijn primair een informatiedienst. Het is te simpel om zoekmachines te vergelijken met een telefoongids. De bottleneckfunctie van zoekmachines bij het ontsluiten van informatie op het internet vraagt ten minste om een juridisch veiligheidsnet. Ex ante sectorspecifieke regulering lijkt onvermijdelijk. Het wiel hoeft daarbij niet opnieuw te worden uitgevonden, maar er kan geput worden uit bestaande reguleringsconcepten in de media- en communicatiesector. Een geïntegreerde, maar tevens kritische, benadering – rekening houdend met het convergentiekarakter van zoekmachines – is evenwel noodzakelijk.

26 Het is in dit verband goed om te constateren dat privacytoezichthouders meer aandacht hebben voor handhavingsvraagstukken. Zie onder meer de recente consultatie door het College bescherming persoonsgegevens om te komen tot richtsnoeren voor de publicatie van persoonsgegevens op internet (<http://www.cbprweb.nl>). Zie voorts de discussie die op Europees niveau wordt gevoerd door de Artikel 29 Werkgroep (onder andere <http://www.ec.europa.eu>).

27 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'), *PbEG* 2000, L 178/1.

28 Richtlijn 2005/29/EG van het Europees Parlement en de Raad van 11 mei 2005 betreffende oneerlijke handelspraktijken van ondernemingen jegens consumenten op de interne markt en tot wijziging van Richtlijn 84/450/EEG van de Raad, Richtlijnen 97/7/EG, 98/27/EG en 2002/65/EG van het Europees Parlement en de Raad en van Verordening (EG) nr. 2006/2004 van het Europees Parlement en de Raad, *PbEU* 2005 L 149/22.

29 Zie noot 24.

30 Hetgeen Introna & Nissenbaum hierover opmerken in hun artikel uit 2000 staat nog steeds. L. Introna & H. Nissenbaum, 'Defining the Web: The Politics of Search Engines', *IEEE Computer*, Volume 33, Number 1, January 2000, p. 54-62. Vrijwel gelijklopend: L. Introna & H. Nissenbaum, 'Shaping the Web: Why the Politics of Search Engines Matters', *The Information Society*, Volume 16, Number 3, July 2000, p. 169-185.