

Zoekmachines: zoekt en gij zult vinden?

Over de plaats van zoekmachines in het recht

© N.A.N.M. van Eijk, Amsterdam, 2005

ISBN 90 757 27 399

Otto Cramwinckel Uitgever 2005

Voor bestellingen: www.cram.nl

Zoekmachines: zoekt en gij zult vinden?

ZOEKMACHINES:
ZOEKT EN GIJ ZULT VINDEN ?

Over de plaats van zoekmachines in het recht

Rede

in verkorte vorm uitgesproken bij de aanvaarding van het ambt
van bijzonder hoogleraar in het Media- en Telecommunicatierecht
aan de Universiteit van Amsterdam
op 17 juni 2005

door

N.A.N.M. van Eijk

Zeer gewaardeerde toehoorders,

Velen van U zullen in de afgelopen dagen op het Internet hebben gezocht naar informatie en daarbij gebruik hebben gemaakt van een zoekmachine. Zoekmachines zijn onmisbaar geworden bij het ontsluiten van digitale informatie. Zoekmachines worden gebruikt door 98% van Internetgebruikers en 81% van de gebruikers is van mening dat zoeken via zoekmachines de beste manier is om websites te vinden.¹ Het 'Google'-en is een zelfstandig begrip geworden en een eigen vorm van vrijetijdsbesteding, vergelijkbaar met het zappen in het aanbod op televisie. Wie niet via Google is te vinden, bestaat niet: 'To exist is to be indexed by a search engine'.²

Het is mijn bedoeling om een eerste voorzet te doen voor de juridische inkadering van het fenomeen zoekmachine. Daarbij zal ik mij voornamelijk beperken tot het domein van mijn leerstoel, het media- en telecommunicatierecht. Alvorens tot deze juridische analyse te komen, wil ik voor een beter begrip van de problematiek kort stil staan bij de werkwijze van een zoekmachine, de manipulatie van zoekresultaten en het onderliggende bedrijfsmodel. In mijn betoog zal ik veelvuldig naar Google verwijzen. Dat gebeurt menigmaal als metafoor of als pars pro toto. In veel opzichten is immers Google synoniem voor zoeken op het internet en is de positie van andere zoekmachines gelijk aan of vergelijkbaar met die van Google.

DE WERKING VAN EEN ZOEKMACHINE

De zoekmachine vervult vooral een toegangsfunctie, het is een 'gateway' naar mogelijk relevante informatie op het Internet. Het is echter een toegangspoort in twee richtingen, namelijk van de informatieaanbieder naar de gebruiker en van de gebruiker naar de informatieaanbieder. De zoekmachine bepaalt zowel welke informatie van een

¹ Deelstra 2005, p. 5-7.

² Introna & Nissenbaum 2000b, p. 171.

informatieaanbieder door de eindgebruiker gevonden kan worden als welke informatie de eindgebruiker uiteindelijk zal vinden. De aangeboden zoekfaciliteit en het onderliggende zoekalgoritme regelen zo het aanbod en de vraag.

Hoe gaat een zoekmachine daarbij te werk?³ Voor de meeste zoekmachines geldt dat zij grosso modo eenzelfde methodiek volgen om tot zoekresultaten te komen. Het proces start met het afzoeken van het internet naar informatie. Dit geautomatiseerde proces gebeurt door intelligente 'speurders' ook wel spiders, bots of crawlers genoemd. Deze speurders grazen het Internet af op basis van eerder -door de aanbieder van de zoekmachine- vastgestelde criteria. De aldus gevonden informatie wordt geüniformeerd en gestructureerd, waarmee de basis wordt gelegd voor de vindbaarheid er van. In een volgende stap wordt de informatie geïndexeerd. Bij deze indexering wordt bepaald wat relevante woorden of combinaties van woorden zijn en wordt niet relevante informatie zoals stopwoorden en leestekens verwijderd. In deze fase wordt ook de informatie dusdanig gestroomlijnd dat bijvoorbeeld verschillen tussen enkelvoud en meervoud of als gevolg van verbuigingen een identiek zoekresultaat opleveren. Bepaalde herkenbare woorden zoals namen van personen en basisbegrippen worden eventueel geïdentificeerd. De resterende informatie wordt vervolgens nog 'gewogen' door te kijken naar de frequentie van woorden binnen een tekst en de contextuele relevantie of betekenis. Deze verrijkte informatie vormt het uiteindelijke basismateriaal voor de zoekmachine.

Lang niet alle informatie die op het Internet aanwezig is wordt door zoekmachines gevonden en geïndexeerd. Volgens Lawrence & Giles indexeren individuele zoekmachines niet meer dan 16% van alle op het Internet aanwezige informatie en dekken de gezamenlijke zoekmachines niet meer dan 42% van alle beschikbare informatie.⁴ Dat maar een deel van het Internet geïndexeerd is heeft meerdere oorzaken. Er is informatie die verborgen zit in bestanden die niet geïndexeerd kunnen worden, zoals bestanden van tekstverwerkers of tekst in grafische bestanden. Zoekmachines worden echter steeds intelligenter en zijn soms ook in staat om een Word of pdf-bestand te analyseren. Ook is er informatie waarvan de aanbieders niet willen dat deze in zoekmachines wordt opgenomen. Nieuwsinformatie die snel wordt ververst, leent zich bijvoorbeeld niet voor

³ Liddy 2002, p. 197-201; Deelstra 2005, p. 10-11.

⁴ Lawrence & Giles 1999.

Zoekmachines: zoekt en gij zult vinden?

opname in zoekmachines omdat de informatie verouderd is (er gaan soms maanden voorbij voordat een spider op zoek naar informatie weer langskomt). Verder is er informatie die via het Internet wel toegankelijk is, maar zelf niet op het Internet aanwezig is zoals informatie die is opgeslagen in databases. Bovendien groeit het Internet nog steeds gestaag.

Bij de raadpleging van een zoekmachine wordt grotendeels een proces gebruikt dat omgekeerd is aan het indexeringsproces. De eindgebruiker formuleert een zoekvraag, die door de zoekmachine wordt ontleed en geanalyseerd. In dit proces worden weer niet-relevante elementen (zoals stopwoorden) verwijderd, wordt gekeken naar onderling relaties tussen zoektermen (die al in de zoekvraag kunnen zijn aangegeven in de vorm van Booleaanse vergelijkingen (AND, OR, NOT) en het relatieve belang van de ingevoerde zoektermen wordt in kaart gebracht. Dit resulteert dan in een aantal zoekresultaten, die op het scherm van de gebruiker worden afgebeeld.

Dit model van verzamelen, ordenen, en beschikbaar stellen van informatie is slechts een reflectie van de werkelijkheid. Wat er echt gebeurt voordat een zoekresultaat beschikbaar komt, is zeer complex en wordt in belangrijke mate gekenmerkt door de vele subjectieve elementen die in het proces verweven zijn. Ik vat deze subjectieve elementen hier samen onder de term 'manipulatie'.

MANIPULATIE VAN ZOEKRESULTATEN

Manipulatie van zoekresultaten doet zich tenminste in drie vormen voor. Er is manipulatie door de zoekmachine, door de aanbieder van informatie en door 'hackers'.

Zoekmachines

In de eerste plaats is er de aanbieder van de zoekmachine. Hij is degene die de criteria vaststelt op basis waarvan de op het Internet aanwezige informatie wordt verzameld, geordend en beschikbaar gesteld. Informatie die niet wordt gezocht, wordt niet gevonden.

Als een spider is geïnstrueerd om bepaalde informatie te negeren, dan zal deze informatie nimmer als het resultaat van een zoekactie kunnen verschijnen. De analyse van een zoekvraag en het te geven antwoord worden bepaald door het algoritme dat de zoekmachine ter beschikking heeft. Dit algoritme is het ware geheim van de smid en het ultieme manipulatie instrument.

Graag illustreer ik de manipulatie door zoekmachines met enige voorbeelden uit de praktijk:

Er zijn zoekmachines die de mogelijkheid bieden om een hoge plaats op de lijst van zoekresultaten te 'kopen'. Hiervan bestaan verschillende varianten. De meeste simpele is die waarbij de plek letterlijk wordt gekocht. Andere zoekmachines bieden de mogelijkheid dat pagina's van betalende partijen met voorrang worden geïndexeerd en daardoor hoger eindigen op de lijst van zoekresultaten.

Sommige zoekmachines geven bepaalde resultaten bewust niet weer. Zo zou Google bepaalde nieuws-informatie niet beschikbaar stellen bij zoekvragen die afkomstig zijn uit China.⁵ Dit zou worden gedaan om te voorkomen dat de zoekmachine door de Chinese overheid op de zwarte lijst wordt geplaatst en daarmee in meer of mindere mate onbereikbaar is voor Chinese gebruikers. Het verweer van Google komt er op neer dat het gaat om sites die sowieso vanuit China onbereikbaar zijn. Over Yahoo wordt eveneens gesteld dat er rekening wordt gehouden met de wensen de Chinese overheid.⁶ Maar ook gebruikers in Duitsland zouden bij het raadplegen van Google niet dezelfde informatie voorgeschoteld krijgen als anderen. Nazi-propaganda blijft voor de gebruikers van Google.de verborgen. En wanneer Duitse gebruikers zouden denken dat zij Google.de kunnen omzeilen door hun vraag te stellen via Google.com, dan komen zij bedrogen uit: ze worden namelijk weer teruggeleid naar Google.de.⁷ Inmiddels is het nodige onderzoek gedaan op basis waarvan kan worden geconcludeerd dat niet alleen de uitkomst van zoekopdrachten verschilt afhankelijk van de gebruikte zoekmachine, maar ook afhankelijk

⁵ <http://battellemedia.com/archives/000919.php>; <http://www.google-watch.org/china.html>;
<http://www.detnews.com/2004/technology/0409/27/technology-284189.htm>.

⁶ Zie berichten over Yahoo (maar ook Google) op de website van reporters sans frontières: www.rsrf.org.

⁷ Bericht 'Bundestag sorgt sich um Vielfalt im Suchmaschinenmarkt', www.heise.de/newsticker/meldung/print/48398,
<http://www.heise.de/newsticker/meldung/print/57734>; <http://www.heise.de/newsticker/meldung/print/48398>.

Zoekmachines: zoekt en gij zult vinden?

is van de vraag of gebruik wordt gemaakt van Google.com, Google.de of Google.fr.⁸ Het gaat daarbij in voorkomende gevallen om informatie waarvan de verspreiding in bepaalde landen op grond van wetgeving of jurisprudentie niet is geoorloofd, zoals racistische of nazistische informatie of het aanbod van in dit verband verboden goederen (de 'Yahoo-zaak').⁹ Verwijzingen naar deze informatie is veelal ook verboden. Een vergelijkbare situatie doet zich voor met betrekking tot inbreuken op intellectuele eigendomsrechten of de oneerlijke mededinging. Ofschoon dit interessante vraagstukken zijn, ligt het accent in deze rede op filtering als een door een zoekmachine zelfstandig gebruikte methode om de ontsluiting van informatie te beïnvloeden. Dat er eventueel gefilterd wordt op basis van wettelijke beperkingen of een rechterlijk vonnis blijft dus hier verder onbesproken.

Nog een voorbeeld. Google, maar ook andere zoekmachines, laten de zoekresultaten mede bepalen door een systeem van 'page ranking'.¹⁰ Internetpagina's waarnaar wordt verwezen door andere pagina's krijgen een hogere plaats op de lijst van zoekresultaten. Bovendien wordt het gedrag van de gebruikers gevolgd – Google doet dat volgens eigen zeggen op geheel geanonimiseerde wijze – waaruit weer informatie wordt gedestilleerd die gebruikt wordt bij het bepalen van het zoekresultaat.¹¹ Last but not least, zijn er zoekmachines die naast geautomatiseerde systemen tevens gebruik maken van een menselijke factor: zoekresultaten worden handmatig door eigen medewerkers aangepast op basis van nader geformuleerde al dan niet subjectieve criteria.

Aanbieders van informatie

In de tweede plaats vindt er manipulatie plaats door de aanbieders van informatie. Zij kunnen dat doen door in sommige gevallen voor een hoge plaatsing te betalen of door rechtstreeks invloed uit te oefenen op de aanbieder van de zoekmachine, maar vaker wordt door het kundig inrichten van de eigen webinformatie een dusdanig profiel gecreëerd dat de informatie door de zoekmachines hoog op de lijst van zoekresultaten wordt vermeld. Daarbij wordt getracht om te anticiperen op het algoritme van de zoekmachine (voorzover

⁸ Zittrain & Edelman 2003, p. 138-139. Zie ook: Mowshowitz & Kawaguchi, 2002 en Friedman & Nissenbaum, 1996.

⁹ de Meij, 2003.

¹⁰ <http://www.google.com/technology/>

¹¹ zoals de emaildienst van Google, Gmail: <http://gmail.google.com/gmail/help/privacy.html>

dat bekend is). Een klassiek voorbeeld is het manipuleren van de eigen metatags¹² door het toevoegen van aantrekkelijke zoekwoorden die op zich niets met de eigen dienstverlening te maken hebben (zoals voetbal, porno of de merknamen van concurrenten). Zoekmachines worden echter steeds slimmer en zijn vaak in staat om de effecten van gemanipuleerde metatagging te ‘neutraliseren’. Inmiddels worden daarom meer geavanceerde methodes ingezet om de aandacht te vergroten. Zo worden nep-sites opgezet die veel verwijzingen bevatten naar de eigen site om pageranking-systemen te beïnvloeden. Of populaire sites worden gekopieerd en onzichtbaar opgenomen in de eigen site, zodat de nietsvermoedende gebruiker in plaats van bij de door hem beoogde site op een andere plek aanbeland. Deze en andere vormen van beïnvloeding c.q. misleiding staan bekend onder begrippen als ‘spamdexing’, ‘cloacking’, ‘linkfarming’, ‘webbrings’ ‘redirects’, ‘doorway pages’ en ‘pagejacking’.¹³ In alle gevallen gaat het om methodes om de plaatsing in de zoekresultaten te verbeteren. Deze beïnvloedingstechnieken worden weliswaar bestreden door de zoekmachines, maar lang niet altijd succesvol. Bij Google is de ultieme sanctie uitsluiting van de overtreder, wiens pagina’s dan niet meer worden geïndexeerd¹⁴. De betreffende partij is dan niet meer via de zoekmachine te vinden. De overtreders zijn niet alleen louche partijen, maar ook gerenommeerde bedrijven als FBTO en AMEV die gebruik maken van bureaus die behulpzaam zijn bij het optimaliseren van zoekresultaten.¹⁵

Rond dit optimaliseren van zoekresultaten is een hele industrie ontstaan. Onder de noemer van ‘search engine marketing’ (zoekmachinemarketing) worden door bedrijven diensten aangeboden die er op zijn gericht om een hogere plaatsing te krijgen. Zij worden ook wel SEO’s genoemd, ‘search engine optimizers’. Er worden door de sector serieuze Internationale conferenties georganiseerd over vragen als ‘how to build links that generate traffic to your Web site, and how to avoid the penalties of ‘spamming’ the search engine’.¹⁶ Menig handboek is al verschenen.¹⁷

¹² De in de website verborgen informatie in de vorm van trefwoorden die door de zoekmachine wordt uitgelezen ten behoeve van indexering.

¹³ Deelstra, 2005, 169-184; Van der Linden 2004, p. 143-144.

¹⁴ Google heeft een klachtenprocedure voor misbruik: <http://www.google.com/intl/nl/webmasters/spamreport.html>.

¹⁵ Zie: <http://www.webwereld.nl/ref/newsletter/35412> (‘Google straft Nederlandse verzekeringssites’). Een ander voorbeeld is te vinden op <http://www.voelspriet2.nl/forum/index.php/topic,1102>.

¹⁶ Zie: www.jupiterevents.com/sew/toronto5.

¹⁷ Zoals Deelstra 2005.

'Hackers'

Een derde vorm van manipulatie kan gezien worden als een vorm van 'hacking'. Het gaat dan vaak niet een om een direct commercieel belang, maar om het bewust aanrichten van schade, om het maken van een maatschappelijk statement of gewoon om de lol van de manipulatie. Een voorbeeld is het plaatsen van zogenaamde 'Google bombs'. Wat klassieke voorbeelden ter illustratie van deze tak van sport. Wanneer enige tijd geleden in Google als zoekopdracht 'who is more evil than the devil' werd ingegeven verscheen als eerste verwijzing 'www.microsoft.com'. De zoekopdracht 'miserable failure' levert nog steeds het cv van George Bush als eerste resultaat op.¹⁸ De bekendste Nederlandse Google-bom is 'raar kapsel'. Wie deze woorden ingeeft komt stevast uit op de internetpagina van Jan Peter Balkenende. Om een Google-bom te plaatsen wordt gebruik gemaakt van dezelfde al eerder beschreven manipulatiemethoden om tot een hogere ranking te komen.

De resultaten van zoekopdrachten staan dus permanent onder druk wegens manipulatie door de aanbieders van zoekmachines, door de aanbieders van informatie en door 'recreatief gebruik'. Deze effecten worden nog versterkt door het bedrijfsmodel van de zoekmachines.

BEDRIJFSMODEL

De inkomsten van zoekmachines komen voornamelijk uit één bron: reclame-inkomsten. Nemen we weer Google als voorbeeld, dan blijkt dat deze zoekmachine 96% van haar inkomsten uit reclame haalt.¹⁹ Deze inkomsten worden in de eerste plaats gegenereerd door middel van 'Google Adwords'. Via Adwords kunnen adverteerders zelf hun advertenties samenstellen en aangeven hoeveel geld zij er aan willen spenderen. Vervolgens worden ze afgerekend aan de hand van het aantal keren dat de advertentie wordt aangeklikt. De advertenties verschijnen op de website van Google naast de resultaten van een zoekopdracht. Google bepaalt welke advertentie wanneer verschijnt en doet dat primair in relatie tot de zoekopdracht.

¹⁸ Overigens gevolgd door de cv's van Jimmy Carter en Michael Moore.

¹⁹ Google 2004, p. 38.

De tweede bron van inkomsten bestaat uit het plaatsen van aangeboden advertenties op websites van derden. Dit gebeurt via het programma 'AdSense', dat twee varianten kent 'AdSense for search' en 'AdSense for content'. Bij 'AdSense for search' worden advertenties geplaatst in relatie tot zoekopdrachten op de websites van derden. Bij 'AdSense voor content' worden advertenties gerelateerd aan de inhoud van websites. Ten aanzien van AdSense kent Google een revenue sharing model, waarbij een deel van de gegenereerde advertentie-inkomsten naar de aanbieders van de informatie gaat. Deze zijn dus in de positie om bij de samenstelling van de inhoud van hun website hiermee rekening te houden en de inhoud te 'optimaliseren' (waarmee de scheiding tussen commercie en redactie onder druk komt te staan: de verleiding kan groot zijn om de redactionele informatie zo aan te passen dat er meer reclame-inkomsten zijn via Google).

Google gaat er prat op dat er in haar bedrijfsmodel geen directe relatie bestaat tussen het zoekresultaat en de afgebeelde advertenties. Echter, dit is -deels zo niet grotendeels-schone schijn. Immers, er is tenminste een duidelijke indirecte relatie aanwezig. Om relevante advertenties te kunnen plaatsen dienen de resultaten van zoekopdrachten daarbij aan te sluiten. Het is dan ook aannemelijk dat het algoritme voor het zoekresultaat hiermee impliciet of expliciet rekening houdt.

Dit is ook een van de argumenten die Introna & Nissenbaum²⁰ gebruiken wanneer zij de vraag bespreken of zoekmachines aan normale marktwerking kunnen worden overgelaten. Zij stellen dat in het geval van zoekmachines de randvoorwaarden voor een normaal functionerende markt onvoldoende aanwezig zijn. Ter onderbouwing wijzen zij onder meer op het feit dat aan de vraagzijde gebruikers onvoldoende geïnformeerd zijn, niet alleen over mogelijke alternatieven, maar ook over het gegeven zoekresultaat, wat onderhevig kan zijn aan de eerder genoemde manipulatie. Zij veronderstellen dat zoekresultaten vooral bepaald worden door de grootste gemene deler²¹ en niet door wat daadwerkelijk relevante informatie is voor degene die de zoekopdracht plaatst. Voor wat de aanbodkant betreft, betogen Introna & Nissenbaum dat een 'level playing field' ten en male ontbreekt. Sterke marktspelers zullen beter in staat zijn de zoekresultaten te

²⁰ Introna & Nissenbaum, 2000b.

²¹ Het eerder beschreven 'pageranking'-systeem is daar in wezen op gericht.

beïnvloeden. Even zozeer zal er weinig interesse zijn websites in de zoekresultaten te laten verschijnen die alleen maar interessant zijn voor een kleine groep van gebruikers. Het is hun veronderstelling dat ook in de markt van zoekmachines het Pareto-effect aanwezig is en wel in de vorm dat een hoog percentage van de zoekopdrachten leidt naar slechts een klein percentage van de aanwezige informatie. Dit wordt door Introna & Nissenbaum een onwenselijke situatie geacht omdat zij waarde hechten aan 'the value of comprehensive, thorough, and wide-ranging access to the Web'. Een ander citaat: 'We base our case against leaving it to the market on the particular function that we see search engines serving and on the substantive vision of the Web that we think search engines (and search-and-retrieval mechanisms more generally) ought to sustain'. Het zal dan ook weinig verbazing wekken dat Introna & Nissenbaum search engines brengen binnen het concept van de 'public good' theorie (in ethische zin) en zien als een onderwerp dat publieke aandacht verdient. Het kan niet zo zijn dat de toegang tot het web belemmerd wordt door zoekmachines die systematisch de voorkeur geven aan populaire en commerciële informatie. Het Internet zou daarmee een bibliotheek worden met boeken zonder kaft of een inhoudsopgave. De informatie is aanwezig maar niet vindbaar.

DE ZOEKMACHINE IN HET RECHT

Dit pleidooi voor interventie brengt ons bij de vraag wat het recht in deze te bieden heeft. Zoals al aangegeven, richt ik mij bij de beantwoording van deze vraag primair op het rechtsgebied dat onderwerp is van mijn leerstoel, het media- en telecommunicatierecht.

Hoe valt de zoekmachine in dit rechtsgebied te positioneren? Het ligt voor de hand om op de zoekmachine het klassieke analytische kader los te laten waarbij een onderscheid wordt gemaakt in infrastructuur, transportdiensten en informatiediensten.²² De zoekmachine is een typisch voorbeeld van convergentie, meer in het bijzonder van convergentie tussen transportdienst en informatiedienst. Immers, de zoekmachine heeft -onder andere vanwege het onderliggende algoritme en geavanceerde technologie- aspecten van een routeringsdienst, wat deze activiteiten in de klassieke leer plaatst in de categorie van transportdiensten. De zoekmachine is in dit opzicht vergelijkbaar met de technische

²² Arnbak, van Cuilenburg & Dommering, p. 10; Dommering 2000, p. 262-266; Van Eijk ea, 2005a, p. 66-67.

aspecten van een elektronische programmagids (EPG) en heeft ook zekere kenmerken gemeen met een applicatie programma interface (API). Echter 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 inhoud-gerelateerde dienst. In haar proefschrift geeft Helberger terecht aan dat deze aspecten niet als transport beschouwd kunnen worden, maar eerder kenmerkend zijn voor informatiediensten.²³

De kernfunctionaliteit van een zoekmachine bestaat mijns inziens uit het ontsluiten van informatiebronnen, maar in veel gevallen ook uit (deels) het ontsluiten van de informatie zelf.²⁴ De zoekmachine doorbreekt daarmee, evenals dat het geval is met de elektronische programmagids, de klassieke onderscheiding in mediarecht en telecommunicatierecht, waarvoor de vraag of het gaat om infrastructuur of transportdienst dan wel om een informatiedienst bepalend is. Deze scheidslijn is niet alleen terug te vinden in het Nederlandse recht, maar is ook kenmerkend voor het Europese communicatiekader, dat expliciet bepaalt dat het geen betrekking heeft op de inhoud. Daarmee vallen de dominante informatiedienst-aspecten van de zoekmachine tussen wal en schip. Ik kom hier nog op terug.

Een connex recht ?

In mijn optiek is de zoekmachine dus primair een informatiedienst. Is deze informatiedienst nog verder te duiden, meer in het bijzonder hoe verhoudt de zoekmachine zich tot de uitingsvrijheid, het kernrecht wanneer het gaat om inhoud. Staat bij zoekmachines het openbaren of verspreiden van informatie centraal of valt de zoekmachine mogelijk onder een recht op toegang tot informatie? Ik meen dat bij zoekmachines het openbaren of verspreiden van informatie als zodanig niet voorop staat. Mogelijk is te stellen dat een zoekresultaat een uiting is die gelijk is aan het openbaren van een gedachte, maar dat lijkt mij vooralsnog te ver gezocht, ook al omdat het

²³ Helberger 2005, p. 10-19.

²⁴ Doordat het zoekresultaat het gevolg is van een indexering van de inhoud van een boek, tekst, bestand, etc. Ook is in voorkomende gevallen een deel van de inhoud (onderdeel van) het getoonde zoekresultaat.

Zoekmachines: zoekt en gij zult vinden?

zoekresultaat grotendeels zo niet uitsluitend via een geautomatiseerd proces tot stand komt. Maar 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 niet in de Nederlandse Grondwet of artikel 10 EVRM is opgenomen, maar weer wel in artikel 19 van de Internationale verdrag inzake Burgerrechten en Politieke rechten (BuPo)).²⁵ Ook hier geldt dat informatie niet rechtstreeks het subject is maar de *ontsluiting* ervan. Zoekmachines faciliteren de toegang tot informatie. Daarmee omvat de zoekmachine wel 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 uitingsvrijheid, 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 uitingsvrijheid. De verspreiding kent geen zelfstandige constitutionele positie, maar via haar verwevenheid met de uitingsvrijheid -zonder verspreiding heeft de uitingsvrijheid weinig betekenis- komt er toch bescherming aan toe. Bij artikel 10 EVRM ligt het voor 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*. Het is slechts mijn stelling dat ontsluiting van informatie op een vergelijkbare status aanspraak zou moeten kunnen maken. In de Nederlandse situatie gaat het dan om de zoekmachine als een connex recht bij artikel 7, lid 3 Grondwet.²⁶ In het geval van artikel 10 EVRM betreft het een connex recht zowel voor 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.²⁷ Een en ander laat onverlet dat noch in de Grondwet, noch in artikel 10 EVRM of artikel 19 BuPo een zelfstandig recht op ontsluiting van informatie is opgenomen.

²⁵ Over het recht op informatie en garingsrecht zie onder andere: Dommering 2000, p. 101, Helberger 2005, p. 67-89; De Meij 2000, p. 134-143; Hugenholtz 1998, p. 256-257; Schuijt 2003, p. 341-356.

²⁶ De discussie over de vraag of de uitingsvrijheid in artikel 7 Grondwet wel op een juiste wijze is geregeld, laat ik hier verder onbesproken. Dat zoekmachines binnen het huidige constitutionele kader onder artikel 7.3 Grondwet vallen is mijns inziens evident. Ze vallen in ieder geval niet onder het eerste (pers) of tweede lid (radio en televisie).

²⁷ 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 uitingsvrijheid hetgeen sowieso eerder een gelijkwaardige dan een ondergeschikte status rechtvaardigt.

Mediawet en televisierichtlijn

Maar vinden we de zoekmachine terug in het positieve recht zoals neergelegd in de Mediawet of de Telecommunicatiewet (dan wel in de Televisierichtlijn²⁸ of het Europese kader voor de communicatiesector)?²⁹ Laten we eerst eens de Mediawet bezien. Weliswaar regelt deze wet bepaalde aspecten van de programmagids, maar we stuiten al snel op artikel 1f Mw waarin de definitie van programma is opgenomen. De Mediawet heeft namelijk alleen betrekking op radio- en televisieprogramma's en een zoekmachine zou dus daarmee gelijk te stellen moeten zijn om binnen het bereik van de Mediawet te komen. De definitie sluit echter diensten uit die uitsluitend op individueel verzoek beschikbaar zijn of die zijn te omschrijven als interactieve diensten. We mogen dus aannemen dat zoekmachines buiten het bereik van de Mediawet vallen. Voor wat betreft de Televisierichtlijn is het al niet veel anders, aangezien die zich richt op televisie-omroep, waarbij 'communicatiediensten die informatieve gegevens of andere prestaties op individueel verzoek verstrekken zoals telekopiediensten, elektronische databanken en andere soortgelijke diensten' expliciet uitgesloten zijn.

Telecommunicatiewet en het Europese communicatiekader

Komen zoekmachines daarmee binnen het bereik van het Europese nieuwe communicatiekader, zoals geïmplementeerd in de Telecommunicatiewet? Is er wellicht een elektronische communicatiedienst in het geding? Volgens de Kaderrichtlijn (Artikel 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

²⁸ Richtlijn 89/552/EEG van de Raad van 3 oktober 1989 betreffende de coördinatie van bepaalde wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen in de Lid-Staten 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, PbEG 1997 L 202/60.

²⁹ met name 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) PB L 108/33 (24.04.2002); 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), PB L 108/7 (24.04.2002); richtlijn 2002/20/EG van het Europees Parlement en de Raad van 7 maart 2002 betreffende de machtiging voor elektronische communicatienetwerken en -diensten (Machtigingsrichtlijn), PB L 108/21 (24.04.2002); 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 (Universelelijndienstrichtlijn); PB L 108/55 (24.04.2002) en de richtlijn 2002/58/EG van het Europees Parlement en de Raad van 7 maart 2002 van 12 juli 2002 betreffende de verwerking van persoonsgegevens en de bescherming van de persoonlijke levenssfeer in de sector elektronische communicatie (Privacyrichtlijn), PB L 201/37 (31.07.2002).

Zoekmachines: zoekt en gij zult vinden?

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'. Zoekmachines zijn sterk inhoud gerelateerd en er is in voorkomende gevallen sprake van redactionele controle, 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 internet-inhoud buiten de definitie van elektronische communicatiedienst valt.

Het nieuwe communicatiekader heeft echter een novum geïntroduceerd met het begrip 'bijbehorende faciliteiten' (artikel 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 mijn 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 artikel 5 en 6 van de Toegangsrichtlijn 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.³⁰ Kortom, in het nieuwe communicatiekader, noch in de Telecommunicatiewet die op deze punten niet van het kader verschilt, laat zich de zoekmachine inpassen.

E-commerce richtlijn

Biedt dan wellicht de E-commerce richtlijn³¹ soelaas en is de zoekmachine mogelijk een 'dienst van de informatiemaatschappij'? Ik neem gemakshalve de definitie in het

³⁰ Artikel 10 Universaledienstrichtlijn en bijlage I bij deze richtlijn.

³¹ 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' ook wel 'E-commerce richtlijn' genaamd), PbEG 2000 L 178/1.

Burgerlijk Wetboek, waarin de richtlijn is geïmplementeerd, tot uitgangspunt.³²Een dienst van de informatiemaatschappij is 'elke dienst die gewoonlijk tegen vergoeding, langs elektronische weg, op afstand en op individueel verzoek van de afnemer van de dienst wordt verricht zonder dat partijen gelijktijdig op dezelfde plaats aanwezig zijn. Een dienst wordt langs elektronische weg verricht indien deze geheel per draad, per radio, of door middel van optische of andere elektronische middelen wordt verzonden, doorgeleid en ontvangen met behulp van elektronische apparatuur voor de verwerking, met inbegrip van digitale compressie, en de opslag van gegevens'. We mogen aannemen dat zoekmachines binnen het bereik van deze definitie vallen. Echter, de relevantie van de E-commerce richtlijn voor de problematiek van zoekmachines is uiterst beperkt.³³ De richtlijn ziet bijvoorbeeld niet toe op de werking van de gehanteerde algoritmen en de wijze waarop rangordes worden aangebracht. Wel lijkt artikel 6 E-commerce richtlijn c.q. artikel 3.15e BW (in dit artikel is artikel 6 van de richtlijn geïmplementeerd) relevant waarin de regel is neergelegd dat commerciële communicatie die deel uitmaakt van een dienst van de informatiemaatschappij als zodanig herkenbaar moet zijn.

Mededingingsrecht

Met de toegenomen belangstelling voor het mededingingsrecht, kan ik er niet aan voorbijgaan om, zij het slechts indicatief, zoekmachines ook vanuit deze invalshoek te benaderen. Het mededingingsrecht als generiek recht is zonder meer relevant. Er is zeker een markt van zoekmachines en daarop doen zich klassieke vragen van dominantie en mogelijk misbruik van economische machtspositie voor. Het gaat misschien wat ver om nu al te stellen dat Google op een lijn kan worden gesteld met Microsoft, maar er doet zich zeker een met de Microsoft-zaken vergelijkbare problematiek voor. Het marktaandeel van Google op afzonderlijke nationale markten en op de Europese markt mag dan nog wat lager zijn dan dat van Microsoft op de markt van besturingssystemen, van een dominante positie is zeker sprake: op de Nederlandse markt heeft Google een aandeel van 84%, op de Duitse markt is er met 80 % sprake van een overeenkomstig marktaandeel.³⁴

³² Stb. 2004, 210.

³³ Zie ook: Feliu 2001, p. 238-239.

³⁴ zie <http://www.checkit.nl> (gegevens begin 2005), respectievelijk <http://www.webhits.de/deutsch/index.shtml?webstats.html> (gegevens 12/5/2005).

Zoekmachines: zoekt en gij zult vinden?

Dit maakt het niet eenvoudig om te veronderstellen dat zich effectieve marktwerking voordoet, die door sommige auteurs van belang wordt geacht om sommige nadelige effecten als gevolg van het eerder beschreven bedrijfsmodel te compenseren of mitigeren.³⁵

Voor de toepasbaarheid van het mededingingsrecht, in het bijzonder vanuit een Europees perspectief bezien, verwijs ik graag naar het hoofdstuk over voorwaardelijke toegang en mededingingsrecht in het recent verschenen proefschrift van Natali Helberger en meer in het bijzonder naar de beschouwingen over de elektronische programmagids.³⁶ Ik stelde het al eerder: de elektronische programmagids is in meerdere opzichten goed vergelijkbaar met een zoekmachine. Excessen bij elektronische programmagidsen, bijvoorbeeld voor wat betreft de toegang er toe, kunnen onderwerp zijn van mededingingsrecht. Het is eveneens voorstelbaar dat er voor het mededingingsrecht een plaats is wanneer bepaalde aanbieders van informatie stelselmatig door dominante zoekmachines zouden worden uitgesloten van indexering. Echter, een zelfstandig recht op opname in een index ontleend aan het mededingingsrecht is moeilijk voorstelbaar. Er is bijvoorbeeld geen sprake van een 'essential facility': er zijn alternatieven aanwezig in de vorm van toegang tot andere zoekmachines en het opzetten van een nieuwe zoekmachine is op zich niet zo problematisch. Verder bleek eerder al dat het bedrijfsmodel van een zoekmachine is gebaseerd op manipulatie. Bovendien genereert interventie op basis van het mededingingsrecht nog al eens vragen ten aanzien van de legitimiteit in relatie tot de uitingvrijheid.³⁷ Evenmin is het een eenvoudige zaak om binnen het mededingingsrecht eventuele niet-commerciële doelstellingen te realiseren. De ene auteur³⁸ is daar wat optimistischer over dan de andere.³⁹ Ik steun overigens van harte het uitgangspunt dat het mededingingsrecht slechts een middel is en geen doel op zich, maar in de praktijk zit het allemaal toch wat ingewikkelder in elkaar.

³⁵ Elkin-Koren 2001. Introna & Nissenbaum 2000b, p. 58-59.

³⁶ Helberger 2005, p. 119-195.

³⁷ Zie over de relatie tussen mededingingsrecht en uitingvrijheid o.a.: Larouche & van der Haar 2004, p. 15-22.

³⁸ Valcke 2004, 767-774.

³⁹ Larouche & van der Haar 2004, 85-90.

HERNIEUWDE AANDACHT VOOR ZOEKMACHINES

Zijn er met betrekking tot zoekmachines redenen om een actievere rol van de overheid en regelgever na te streven? Zoals vermeld, betoogden de ethici Introna & Nussenbaum al in 2000 een actievere opstelling. Ook auteurs in andere disciplines, de economie, de wiskunde en de informatietechnologie besteedden toentertijd aandacht aan het fenomeen van de zoekmachine.⁴⁰ Maar tegelijkertijd stonden zoekmachines toen nog aan het begin van hun ontwikkeling en leek er weinig reden om ten aanzien van zoekmachines een ‘merit good’-benadering te kiezen. Dit was ook het oordeel van de WRR in haar advies ‘van oude kennis en nieuwe kennis, de gevolgen van ICT voor het kennisbeleid’ uit 2002.⁴¹ Het betoog van Introna & Nussenbaum wordt daarin aangehaald en er wordt ook al gesteld dat de ontsluitingsstructuur op het internet ten onrechte onvoldoende aandacht krijgt. De conclusie in het rapport is evenwel dat zolang er voldoende keuzemogelijkheden naast elkaar bestaan, ‘dit de gebruiker enerzijds voldoende keuzemogelijkheden biedt in zijn speurtocht naar bruikbare informatie, terwijl anderzijds de intermediairs hem enig houvast bieden om in het onoverzienbare aanbod aan informatie zijn weg te vinden’.⁴² Verderop in het rapport wordt in een paragraaf waar wordt gesproken over vergelijkingssites als intermediairs op internet gesteld dat overheidsbemoeienis niet in de rede ligt, zolang het niet gaat om informatiegoederen met een algemeen belang.⁴³ Een merit good-benadering wordt expliciet afgewezen. Tenslotte wordt onder het kopje ‘ICT-ontwikkelingen’ gemeld dat er door het bibliotheekwezen een eigen portal site is geopend, www.bibliotheek.nl. Het is de bedoeling dat de zoekmachine van deze site ontsluiting geeft van het aanbod van de gezamenlijke bibliotheken. Omdat dit portal geen commerciële doelstellingen heeft zou ook een ruimer aanbod ontsloten kunnen worden dan bij particuliere portalsites het geval is.⁴⁴ Voor mij was het de eerste keer dat ik hoorde van het bestaan van www.bibliotheek.nl. Ik ben natuurlijk onmiddellijk de site gaan bezoeken om te zien wat er drie jaar na het WRR-rapport van is geworden. Als ik zoek op de naam van collega ‘Bernt Hugenholtz’ levert dat twee treffers op. Een identieke zoekactie op Google komt met 3380 verwijzingen...

⁴⁰ o.a. Elkin-Koren 2001, Lawrence & Giles 1999 en Mowshowitz & Kawaguchi 2002.

⁴¹ WRR 2002.

⁴² WRR 2002, p. 70.

⁴³ WRR 2002, p. 97. Dat er hierbij sprake kan zijn van misleiding of oneerlijke mededinging komt in het rapport niet aan de orde.

⁴⁴ WRR 2002, p.187.

Zoekmachines: zoekt en gij zult vinden?

Er is in drie jaar veel gebeurd wat de WRR in 2002 niet kon voorzien.⁴⁵ Nog steeds zijn er veel zoekmachines, maar de dominantie van slechts enkele (of één?) is groot. Alternatieve sites die het ideaal van de WRR nastreven -ruimer aanbod, non-commerciële doelstellingen- zijn schaars, behoren niet tot de sites die veelvuldig geraadpleegd worden of richten zich op een niche.⁴⁶ Een andere relevante ontwikkeling is het gegeven dat met de beursgang van Google onomstotelijk het commerciële oogmerk van de zoekmachines vaststaat en dat het bedrijfsmodel inderdaad gebaseerd is op het genereren van inkomsten door de eerdere beschreven vormen van manipulatie. Daar komt de alleen maar toegenomen druk vanuit de search engine marketing wereld nog bij.

Maar de meest essentiële ontwikkeling is toch wel het toegenomen belang van zoekmachines voor de ontsluiting van informatie. Informatie die in toenemende mate de basis voor de hedendaagse kennisvorming is. Kennisvorming die dus afhankelijk is van zoekmachines, die zich veelal buiten de Nederlandse (of zelfs Europese) rechtsmacht bevindt en waarvan de zoekresultaten niet of nauwelijks controleerbaar zijn.

De ontwikkeling van zoekmachines wordt daarom steeds meer met argusogen gevolgd. Op de website www.googlewatch.com wordt een voorbeeld gegeven waarbij zoekopdrachten op Google geen behandelmethodes tonen die meer medisch verantwoord worden geacht, maar slechts verwijzen naar min of meer omstreden commerciële behandelmethodes waarvoor tegelijkertijd advertenties verschijnen naast de zoekresultaten.⁴⁷ En in Duitsland is een vereniging opgericht met de fraaie naam 'Gemeinnütziger Verein zur Förderung der Suchmaschinen-Technologie und des freien Wissenszugang' (SuMa-eV). De vereniging streeft naar meer bewustwording en naar vrije, veelzijdige en niet-monopolistische zoekmachines. Actiepunten zijn onder meer het ontwikkelen van onafhankelijke zoekmachines en het openbaar zijn van zoekmachine-algoritmes. Ook anderszins vervult Duitsland een voortrekkersrol ten aanzien van de zoekmachineproblematiek. In 2003 verscheen een uitgebreide studie van de Bertelsmann

⁴⁵ De effecten van bijvoorbeeld 9/11 en daarmee samenhangende problematiek laat ik hier onbesproken. Zie in dit verband bijv. Birnbach & Elkin-Koren, 2004.

⁴⁶ Dit is -buiten de eerder aangehaalde dominantie van Google - voorsnog een eigen empirische vaststelling op basis van het gegeven dat de gemiddelde scriptiestudent zich in toenemende mate laat leiden door wat via Google gevonden, geen alternatieve zoekmachines gebruikt en nauwelijks nog een wetenschappelijke bibliotheek bezoekt.

⁴⁷ <http://www.google-watch.org/woodard.html>.

Stiftung over zoekmachines⁴⁸ en in het Duitse parlement is het onderwerp al expliciet aan de orde geweest.⁴⁹ Politieke partijen nemen standpunten⁵⁰ in en onder de toenemende maatschappelijke druk werken aanbieders van zoekmachines mee aan het opstellen van een gedragscode.⁵¹ In Nederland was het daarentegen lang ‘comme il faut’ om te stellen dat het Internet ongemoeid moest worden gelaten.⁵² Dat er ook hier sprake is van een kentering blijkt onder meer uit het recente WRR-rapport over toekomstig mediabeleid ‘focus op functie’, waarin de problematiek van zoekmachines voor de informatievoorziening wordt onderkend.⁵³

IK ROND AF!

In de moderne informatiesamenleving staat informatie als bron van verdere maatschappelijke en economische ontwikkeling centraal. Dat is niet alleen de facto zo, maar wordt ook verwoord in menige politieke doelstelling.⁵⁴ Informatie wordt meer en meer via het Internet beschikbaar gesteld, waarmee het Internet een spilfunctie vervult bij de kennisverwerving. Zoekmachines bepalen in toenemende mate de ontsluiting van al de beschikbare informatie en beschikken daarbij over een machtspositie waaraan niet voorbij kan worden gegaan.⁵⁵ Zoekmachines nemen de plaats in van kwalitatieve, op objectieve en verifieerbare criteria gebaseerde ontsluitingsmethoden zoals onder meer in gebruik bij bibliotheken en in de educatieve⁵⁶ of academische wereld.⁵⁷ De maatschappelijke relevantie van zoekmachines is derhalve groot en neemt alleen maar toe doordat meer en

⁴⁸ Machill & Welp 2003.

⁴⁹ Zie hierover: <http://www.heise.de/newsticker/meldung/48398>.

⁵⁰ Bündnes 2005.

⁵¹ ‘Verhaltenssubkodex für Suchmaschinenanbieter der FSM’: http://www.fsm.de/inhalt.doc/Verhaltenssubkodex_SuMa.pdf

⁵² Zie bijvoorbeeld de nota ‘wetgeving voor de elektronische snelweg’ (Kamerstukken II, 1997/98, 25 880, nr 2) waarin zoekmachines niet eens beschreven worden.

⁵³ WRR 2005, o.a. p. 54, 66 en 101. Een en ander aansluitend bij de voor deze studie verrichte achtergrondstudie, Van Eijk e.a. 2005a.

⁵⁴ Zoals de Europese ‘Lissabon strategie’, waarin de ontwikkeling van een hoogwaardige informatiesamenleving centraal staat: http://europa.eu.int/information_society/index_en.htm.

⁵⁵ Dommering 2003, p. 50-51.

⁵⁶ bijvoorbeeld in de vorm van de encyclopedie.

⁵⁷ Het is enigszins wrang om te constateren dat de bibliotheek van Amsterdam ‘Google Scholar’ (de Google zoekmachine voor academische publicaties) promoot zonder dat afdoende bekend is hoe deze zoekmachine werkt. Opvattingen dat het allemaal erg meevalt en Google Scholar niet te vergelijken is met de gewone zoekmachine, zijn mijns inziens wat te weinig kritisch (Bosman & Sieverts 2005).

Zoekmachines: zoekt en gij zult vinden?

meer informatie (waaronder ook overheidsinformatie⁵⁸) via het Internet beschikbaar wordt.

De juridische aspecten van zoekmachines zijn nauwelijks onderwerp van onderzoek. Dat geldt overigens ook voor de ontsluiting van informatie in meer algemene zin,⁵⁹ waarbij ik constateer dat er menigmaal een misverstand is tussen het vraagstuk van toegang tot informatie (waar het gaat om de beschikbaarheid van de informatie) en *het ontsluiten van informatie* (waarbij het gaat om de vindbaarheid van informatie). Zoekmachines mogen zich wel verheugen in een grote belangstelling en zijn ook in meer of mindere mate een onderzoeksobject (geweest) voor andere wetenschappelijke disciplines, maar er zijn substantiële lacunes -zoals ten aanzien van de juridische aspecten- en een meer samenhangende multidisciplinaire benadering ontbreekt ten enenmale. Mede gezien de grote maatschappelijke dimensie van zoekmachines, is het wenselijk dat er dergelijk juridisch en multidisciplinair onderzoek op nationale en internationale schaal wordt geïnitieerd.

Bij een mogelijk juridische inkadering kan niet worden voorbijgegaan aan de convergentieproblematiek. De beperkte aandacht voor zoekmachines vindt mijns inziens mede haar oorzaak in het feit dat de zoekmachine boter noch vis is: deels gaat het om vragen die geacht worden binnen het telecomcommunicatierecht te vallen, deels -zo niet grotendeels- gaat het om aspecten die de inhoud raken. Mede daardoor is er een juridisch vacuüm: *de zoekmachine is zoek in het recht*.

Een toekomstige juridische inbedding van zoekmachines kan op meerdere wijzen gevonden worden.

Naar mijn mening ligt een ondergrens bij het meer transparant maken van de werkwijze van zoekmachines. Hiervoor kan worden aangesloten bij de bestaande regelingen inzake informatieverplichtingen zoals artikel 6 van de E-commerce richtlijn en uitgewerkt in

⁵⁸ Het ontgaat kennelijk de Nederlandse overheid dat in een beleid dat meer gericht is op 'digitale loketten' en het beschikbaar stellen van informatie via internet, het vinden ervan in toenemende mate bepaald wordt en afhankelijk is van (buitenlandse) zoekmachines waar men geen enkele bemoeienis mee heeft of zeggenschap over heeft. Zoekmachines lijken dus in belangrijke mate wat voor overheidsinformatie te vinden is en niet de overheid zelf.

⁵⁹ Men zou verwachten dat met name vanuit de optiek van de juridische aspecten van de publiek domein-discussie en de positionering van bijvoorbeeld bibliotheken daarbij, zoekmachines en de ontsluiting van informatie aan de orde zouden zijn gesteld. Dit blijkt niet of slechts in onderschikte mate het geval, zie onder andere: Kabel 2001, Krikke 2000, en Prins e.a. 2000.

artikel 3.15e BW of bij de nieuwe richtlijn inzake oneerlijke handelspraktijken.⁶⁰ We dienen ons daarbij wel te realiseren dat de meest populaire zoekmachines niet van Nederlandse of Europese origine zijn en zich er dus een rechtsmachtprobleem voordoet.⁶¹

Verdergaande juridische interventie vergt zorgvuldige weging van belangen. Daarbij nastreven dat zoekmachines uitsluitend ‘objectieve’ zoekresultaten afleveren lijkt niet realistisch aangezien het bedrijfsmodel van zoekmachines nu juist bepaald wordt door manipulatie. Excessen van dit marktfaalen dienen desalniettemin nadere aandacht te krijgen en zouden voor regulering in aanmerking kunnen komen. Ik denk daarbij aan meer specifieke regels op het gebied van consumentenbescherming en aan vormen van toegangsregulering voor aanbieders van informatie.

Voor het realiseren van zowel aanbod als gebruik van meer ‘neutrale’ zoekmachines zal enige vorm van overheidsinterventie -te ontlenen aan een nader vorm te geven zorgverplichting in het kader van de informatiesamenleving- onvermijdelijk zijn. Dit kan leiden tot de ondersteuning van initiatieven die onafhankelijke zoekmachines willen aanbieden. Maar ook is het van belang dat er ondersteunende media-educatie is die niet alleen het gebruik van alternatieve zoekmachines bevordert, maar die ook het gebruik van bestaande zoekmachines begeleidt.⁶² Recent onderzoek in de Verenigde Staten geeft namelijk aan dat veel gebruikers een naïef beeld hebben van zoekmachines.⁶³ Gezien het feit dat deze vormen van overheidsinterventie zich binnen het domein van het informatierecht bevinden en de uitsingsvrijheid raken, is bij het uitstippelen van mogelijk overheidsbeleid omzichtigheid geboden.

⁶⁰ Richtlijn 2005/29/EC dd. 11 mei 2005 ('Unfair Commercial Practices Directive').

⁶¹ In de Verenigde Staten gelden weliswaar vergelijkbare aanbevelingen van de Federal Trade Commission (FTC) om commerciële belangen transparant te maken, maar de naleving ervan varieert per zoekmachine. Bovendien zijn er zoekmachines die er juist alles aan doen om commerciële relaties niet transparant te maken: Fallows 2005, p. 17-18.

⁶² Het is opvallend dat geen van de bestaande overheidsinitiatieven met betrekking tot het Internet informatie bevat over het gebruik van zoekmachines. Zie oa: www.surfopsafe.nl, <http://www.nederlandgaatdigitaal.nl/>, of <http://www.innovatieplatform.nl>.

⁶³ Fallows 2005, p. 16-21.

DANKWOORD

Graag gebruik ik deze gelegenheid om enkele woorden van dank uit te spreken.

In de eerste plaats ben ik het bestuur van de Stichting IViRfonds en haar curatorium dankbaar voor het vertrouwen dat zij hebben uitgesproken door mij tot bijzonder hoogleraar te benoemen.

Veel dank ben ik verschuldigd aan het Instituut voor Informatierecht (IViR) waaraan ik sinds de oprichting verbonden ben. Het IViR is een unieke academische broedplaats waarvan er binnen de juridische onderzoekswereld te weinig zijn. Een non-conformistische benadering wordt niet geschuwd en eigen initiatief is uitgangspunt. Egbert, je bent een inspirerend en veeleisend leermeester. Zonder jou zou ik hier niet staan. Bernt, jouw raad lag menigmaal ten grondslag aan wat later een goede beslissing bleek te zijn. Collega's van het IViR: het is een plezier om met jullie te mogen werken!

Het media- en telecommunicatierecht laat zich niet beoefenen zonder met regelmaat in aanraking te komen met de praktijk. Mijn betrokkenheid bij de bankwereld en de advocatuur geven de gelegenheid om academische kennis te toetsen en om weer geconfronteerd te worden met nieuwe oplosbare of onoplosbare problemen. Ik waardeer de inspirerende discussies bij de Rabobank en NautaDutilh zeer.

Het kan niemand in Amsterdam ontgaan zijn dat mijn fundament in Someren is gelegd. Al ben ik al meer dan 17 jaar geleden uit mijn geboortedorp naar de grote stad vertrokken, nog steeds kom ik er graag. Het doet mij veel deugd om te zien dat mijn familie en bekenden zo talrijk bij deze oratie aanwezig zijn. Van Zummere en nie bang!

Monique en Damiaan, iedere dag realiseer ik mij weer te weinig wat een voorrecht het is om jullie om mij heen te hebben.

Ik heb gezegd!

GERAADPLEEGDE LITERATUUR

Akdeniz 2004

Y. Akdeniz, 'Who Watches the Watchmen? The Role of Filtering Software in Internet Content Regulation, in: C. Möller & A. Amouroux (eds.), *The Media Freedom Internet Cookbook*, Vienna: OSCE 2004, p. 101-121.

Arnbak, Van Cuilenburg, Dommering 1990

J.C. Arnbak, J.J. van Cuilenburg, E.J. Dommering, *Verbinding en Ontvlechting in de Communicatie (VOC-rapport)*, Amsterdam: Cramwinckel 1990.

Birnhack & Elkin-Koren

M.D. Birnhack & N. Elkin-Koren, 'The Invisible Handshake: The Reemergence of the State in the Digital Environment', in: *Virginia Journal of Law and Technology*, 6 (2003).

Bosman & Sieverts 2005

J. Bosman & E. Sieverts, 'Wetenschappelijk Googelen eenvoudiger en beter dan ooit?', in: *Informatie Professional*, 9 (2005) nr. 1 (januari), blz. 18-26

Bündnis 2005

Bundesfraction Bündnis 90/Die Grünen, *Suchmaschinen: Das Tor zum Netz*, Berlin 2005, www.gruene-fraktion.de

Deelstra 2005

K. Deelstra, *Handboek Zoekmachinemarketing, over zoekmachinepositionering en adverteren*, Culemborg: Van Duuren Media, 2005.

Dijstelbloem & Schuyt 2002

H. Dijstelbloem en C.J.M. Schuyt (red.), *De publieke dimensie van kennis*, WRR voorstudies en achtergronden V110, Den Haag: SDU 2002.

Dommering 2000

E.J. Dommering (red.), *Informatierecht, fundamentele rechten voor de informatiesamenleving*, Amsterdam: Cramwinckel 2000.

Dommering 2003

E.J. Dommering, *De telecommunicatie explosie rond de eeuwwisseling*, Amsterdam: Cramwinckel 2003.

Van Eijk 2004

N.A.N.M. van Eijk, 'Regulating Old Values in the Digital Age', in: C. Möller & A. Amouroux (eds.), *The Media Freedom Internet Cookbook*, Vienna: OSCE 2004, p. 31-38.

Van Eijk e.a. 2005a

N.A.N.M. van Eijk, L. Asscher, N. Helberger, J.J.C. Kabel, *De regulering van media in internationaal perspectief, achtergrondstudie bij: WRR, Focus op functies, uitdagingen voor een toekomstig mediabeleid*, Den Haag: WRR 2005.

Van Eijk 2005b

N.A.N.M. van Eijk, 'Kroniek Telecommunicatierecht', in: *Tijdschrift voor Consumentenrecht*, 2005-2, p. 41-45.

Elkin-Koren 2001

N. Elkin-Koren, 'Let the Crawlers Crawl: on virtual gatekeepers and the right to exclude indexing', *University of Dayton Law Review*, 26 U Dayton L Rev. 179, winter 2001.

Fallows 2005

D. Fallows/Pew Internet & American Life Project, 'Search Engine Users', Washington 2005.

Feliu 2001

S. Feliu, 'Intelligent Agents and Consumer Protection', in: *International Journal of Law and Information Technology*, V9 no 3. p. 235-248.

Friedman & Nissenbaum 1996

B. Friedman & H. Nissenbaum, 'Bias in Computer Systems', in: *ACM Transactions on Information Systems*, Vol. 14, No. 3, July 1996, p. 330-347.

Google 2004

Google, IPO prospectus, 2004.

Helberger 2005

N. Helberger, *Controlling Access to Content - Regulating Conditional Access in Digital Broadcasting*, Kluwer Law International, Information Law Series: London/The Hague/Boston 2005.

Hugenholtz 1998

P.B. Hugenholtz, 'Het Internet: het auteursrecht voorbij', in 'Recht en Internet' preadviezen NJV, Deventer: Tjeenk Willink, 1998, p. 201-260.

Hindman, Tsioutsoulouklis & Johnson 2003

M. Hindman, K. Tsioutsoulouklis & J.A. Johnson 2003, '“Googlearchy”: How a Few Heavily-Linked Sites Dominate on the Web', dit paper d.d. 28/7/2003 is te vinden via het volgende webadres: <http://www.princeton.edu/~mhindman/googlearchy--hindman.pdf>.

Introna & Nissenbaum 2000a

L. Introna & H. Nissenbaum, 'Defining the Web: The Politics of Search Engines', in: *IEEE Computer*, Volume 33, Number 1, January 2000, p. 54-62.

Introna & Nissenbaum 2000b

L. Introna & H. Nissenbaum, 'Shaping the Web: Why the Politics of Search Engines Matters', in: *The Information Society*, 1 July 2000, vol. 16, no. 3, pp. 169-185.

Kabel 2001

J.J.C. Kabel, Chr. A. Alberdingk Thijm, P.B. Hugenholtz & D.J.B. Bosscher, *Kennisinstellingen en informatiebeleid, lusten en lasten van de publieke taak*, Amsterdam: Cramwinckel 2001.

Krikke 2000

J.I. Krikke, *Het bibliotheekprivilege in de digitale omgeving*, ITER-reeks nr. 29, Deventer: Kluwer 2000.

Köster & Jürgens 2003

O. Köster & U. Jürgens, *Liability for Links in Germany*, Working Papers of the Hans Bredow Institute No. 14, Hamburg: Verlag Hans-Bredow-Institute, 2003.

Larouche & van der Haar 2004

P. Larouche & I. van der Haar, Een schets van het Europese mediabeleid, achtergrondstudie bij: WRR, Focus op functies, uitdagingen voor een toekomstig mediabeleid, Den Haag: WRR 2005.

Lawrence & Giles 1999

S. Lawrence & C.L. Giles, 'Accessibility of information on the web' in: *Nature*, no. 400, 1999, p. 107-109.

Liddy 2002

E.D. Liddy, 'How a Search Engine Works', in: A.P. Mintz (ed.), *Web of deception: misinformation on the Internet*, Medford: Cyber Age books 2002, p. 197-208.

Van der Linden 2004

M. van der Linden-Smith, 'Zoekresultaten in een juridische context', in: *Javi*, 2004/4, p. 143-148.

Machill & Welp 2003

M. Machil & C. Welp (Hrsg.), *Wegweiser im Netz, Qualität und Nutzung von Suchmaschinen*, Berlin: Bertelsmann Stiftung 2003.

de Meij 2000

J.M. de Meij, A.W. Hins, A.J. Nieuwenhuis & G.A.I. Schuijt, *Uitingsvrijheid, de vrije informatiestroom in grondwettelijk perspectief*, Amsterdam: Cramwinckel 2000.

de Meij 2003

P. de Meij, 'Grensoverschrijdende uitingen op het Internet', in: *Van ontvanger naar zender, opstellen aangeboden aan prof. mr. J.M. de Meij*, Amsterdam: Cramwinckel 2003, p. 217-241.

Mowshowitz & Kawaguchi 2002

A. Mowshowitz & A. Kawaguchi, 'Bias on the Web', in: *Communications of the ACM*, September 2002/Vol. 45, no. 9. p. 56-60.

Prins e.a. 2000

C. Prins e.a., *De universiteitsbibliotheek in het databankenrecht*, ITeR-reeks nr. 28, Deventer: Kluwer 2000.

Schuijt 2003

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.

Valcke 2004

P. Valcke, *Digitale diversiteit, convergentie van Media-, Telecommunicatie- en Mededingingsrecht*, Gent: Larcier 2004.

WRR 2002

WRR, *Van oude en nieuwe kennis, de gevolgen van ICT voor het kennisbeleid*, Den Haag: SDU 2002.

WRR 2005

WRR, Focus op functies, uitdagingen voor een toekomstig mediabeleid, Den Haag: WRR 2005.

Zittrain & Edelman 2003

J. Zittrain & B. Edelman, 'Documentation of Internet Filtering Worldwide', in: C. Hardy & C. Möller (eds.), *Spreading the Word on the Internet*, OSCE: Vienna 2003, p. 137-148.

Geraadpleegde websites:

<http://www.fsm.de/> (Freiwilligen Selbstkontrolle Multimedia)

<http://www.google-watch.org/>

<http://www.heise.de/newsticker/>

<http://searchenginewatch.com/>

<http://www.suma-ev.de> (Gemeinnützigen Verein zur Förderung der Suchmaschinen-Technologie und des freien Wissenszugangs)

<http://www.voelspriet.nl>