



UvA-DARE (Digital Academic Repository)

Search engine freedom: on the implications of the right to freedom of expression for the legal governance of Web search engines

van Hoboken, J.V.J.

Publication date
2012

[Link to publication](#)

Citation for published version (APA):

van Hoboken, J. V. J. (2012). *Search engine freedom: on the implications of the right to freedom of expression for the legal governance of Web search engines*.

General rights

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

Disclaimer/Complaints regulations

If you believe that digital publication of certain material infringes any of your rights or (privacy) interests, please let the Library know, stating your reasons. In case of a legitimate complaint, the Library will make the material inaccessible and/or remove it from the website. Please Ask the Library: <https://uba.uva.nl/en/contact>, or a letter to: Library of the University of Amsterdam, Secretariat, Singel 425, 1012 WP Amsterdam, The Netherlands. You will be contacted as soon as possible.

12. Samenvatting en conclusies (Nederlandse vertaling)

12.1 Introductie

Dit hoofdstuk zet de belangrijkste resultaten uit deze studie op een rij met het oog op de beantwoording van de onderzoeksvraag:

Welke betekenis heeft de vrijheid van meningsuiting voor de regulering van zoekmachines en de relatie van de overheid met betrekking tot zoekmachines

Deze vraag ontstond vanuit de observatie dat zoekmachines een centrale positie hebben ingenomen in de genetwerkte publieke informatievoorziening, maar dat de betekenis van één van de meest fundamentele beginselen die de regulering van zoekmachines mede zou moeten bepalen nog niet goed duidelijk was. Het is duidelijk dat de beschikbare technologie, diensten en online praktijken die gezamenlijk de infrastructuur opmaken voor de ontsluiting van het Web, begrepen als het verbinden van informatie en ideeën met hun maatschappelijk gebruik, van uitzonderlijke economische, culturele en politieke betekenis zijn. Dit is in het bijzonder het geval voor dominante zoekmachines zoals Google.

In de juridische ontwikkelingen met betrekking tot de juiste regulering met betrekking tot informatie en communicatie op internet nemen zoekmachines een centrale positie in. Ze zijn essentieel voor aanbieders van informatie om een publiek te bereiken en ze zijn één van de primaire middelen voor internet gebruikers om zich over het Web te verplaatsen en zichzelf te informeren. Dit proefschrift adresseert de vraag hoe de vrijheid van meningsuiting de regulering van zoekmachines mede zou moeten en kunnen bepalen. Het analyseert de rol van zoekmachines in de publieke informatievoorziening vanuit het perspectief van de vrijheid van meningsuiting en beschouwt reguleringvraagstukken waarin de vrijheid van meningsuiting een belangrijke rol kan en dient te spelen.

Het eerste deel (Hoofdstuk 2 en 3) biedt inzicht in de geschiedenis en het ontstaan van zoekmachines, in relatie tot internet en het World Wide Web. Het geeft een overzicht van de marktontwikkelingen die tot het huidige aanbod van zoekmachines hebben geleid. Het legt kort uit hoe zoekmachines werken, analyseert hun positie in de genetwerkte communicatie omgeving en de waardeketens van het internet, en beziet hun relatie en functie vanuit het perspectief van informatie aanbieders en eindgebruikers.

Het tweede deel bestaat uit vijf hoofdstukken (Hoofdstuk 4 tot en met 8). Hoofdstuk 4 bespreekt de vrijheid van meningsuiting in het algemeen en de specifieke juridische bepalingen die centraal staan in deze studie, namelijk artikel 10 EVRM en het *First Amendment*, in het bijzonder. Het doel van deze studie is te komen tot een juridische analyse vanuit een Europees perspectief. De Amerikaanse doctrine met betrekking tot het *First Amendment* is gebruikt om een vergelijkend element in te brengen, hetgeen gebruikt wordt om te kunnen reflecteren op de conclusies ten aanzien van de betekenis van artikel 10 EVRM voor de regulering van zoekmachines.

Hoofdstuk 5, 6 en 7 bieden het historische en contextuele kader voor de behandeling van de onderzoeksvraag, door de betekenis van de vrijheid van meningsuiting te bestuderen voor de pers, internet toegang en de publieke bibliotheek. Deze hoofdstukken hebben eenzelfde structuur, maar proberen tegelijkertijd zoveel mogelijk recht te doen aan de bijzondere aard van deze instituties.

Hoofdstuk 8 adresseert de onderzoeksvraag naar de betekenis van de vrijheid van meningsuiting voor de regulering van zoekmachines. Nadruk krijgt de ontwikkeling van een theorie voor de toekenning van bescherming voor zoekmedia onder de vrijheid van meningsuiting, alsmede de wijze waarop het recht op de vrijheid van meningsuiting van eindgebruikers en informatie aanbieders deze theorie zou moeten bepalen. Hoofdstuk 8 bespreekt verder de maatschappelijke rol van zoekmachines vanuit een normatief perspectief, door een

vergelijking te maken met en voort te bouwen op de maatschappelijke rol van de pers, internet toegang en de publieke bibliotheek.

Het laatste deel (Hoofdstuk 9 en 10) gaat verder dan een bespreking van de bescherming van communicatievrijheden in de zoekmachinecontext en analyseert een aantal specifieke en belangrijke reguleringsvraagstukken met betrekking tot zoekmachines. Het gaat om vraagstukken die een bijzondere link hebben met de vrijheid van meningsuiting. De conclusies uit de voorafgaande hoofdstukken worden hier gebruikt voor een analyse naar de vraag of en hoe voldoende rekening gehouden is en zou kunnen worden gehouden met de vrijheid van meningsuiting in de besproken reguleringsvraagstukken.

Hoofdstuk 9 bespreekt een aantal kwesties met betrekking tot de regulering van toegang in zoekmachines en de juridische vragen ten aanzien van de tussenpersoon aansprakelijkheid van zoekmachines voor de mogelijke ontsluiting van illegale, onrechtmatige alsmede schadelijke inhoud op internet. Hoofdstuk 10 behandelt drie reguleringsvraagstukken met betrekking tot zoekmachinekwaliteit. Ten eerste worden de noties van diversiteit en pluralisme bediscussieerd in de context van zoekmedia. Ten tweede wordt de waarde van transparantie met betrekking tot de selectie en ordening van zoekresultaten besproken, alsmede de bestaande praktijk van de scheiding van gesponsorde en organische zoekresultaten. Ten derde bespreekt Hoofdstuk 10 het vraagstuk met betrekking tot de privacy van gebruikers van zoekmachines, door in het bijzonder te kijken naar de instrumentele waarde van privacy en gegevensbescherming voor de intellectuele vrijheid en informationele autonomie van zoekmachinegebruikers.

12.2 Zoekmachines in de genetwerkte publieke informatievoorziening

Het vertrekpunt voor de analyse van de vrijheid van meningsuiting voor de regulering van zoekmachines is een begrip van de huidige rol van zoekmedia in de genetwerkte publieke informatievoorziening. Met dat doel voor ogen, geeft Hoofdstuk 2 inzicht in de geschiedenis en marktontwikkeling met betrekking tot zoekmachines. Hoofdstuk 3 biedt conceptuele modellen voor de architectuur van zoekmachines en de wijze waarop de zoekmachine kan worden gepositioneerd in de online informatie omgeving als geheel.

De historische beschouwing toont aan dat zoekmachines hun oorsprong kennen in het wetenschappelijk denken met betrekking tot de organisatie van digitale informatie. Al meer dan 50 jaar geleden bedachten visionairen zoals Vannevar Bush en Licklider hoe informatietechnologie zou kunnen worden gebruikt om de effectieve organisatie van toegang tot kennis in onze samenleving te verstevigen. Hun denken besteedde in het bijzonder aandacht aan de wijze waarop toegankelijkheid en navigatie konden worden verbeterd.

De geschiedenis van de huidige zoekmachines begint snel na de succesvolle intrede van de hypertext standaarden voor publiceren op internet, het World Wide Web. Het is belangrijk op te merken dat het ontwerp voor het Web de uiteindelijke organisatie van materiaal bewust overliet aan gebruikers. De idee was dat effectieve navigatie zou ontstaan als resultaat van het linken door gebruikers van het Web. Het ontwerp van het Web was op dit punt duidelijk anders dan een ander systeem voor publicatie op internet, Gopher, dat een meer rigide model voor de organisatie van gepubliceerd materiaal behelsde.

De revolutionaire opkomst van het Web als universeel platform voor online publicatie resulteerde in een sterke vraag naar navigatie media en diensten die gebruikers konden helpen bij het vinden van online materiaal. De meeste eerste zoekmachines werden ontwikkeld in een academische omgeving. Later werden de met zoekmachines samenhangende kansen in de markt, welke bijzonder aantrekkelijk bleken te zijn in de internet industrie, een belangrijke driver voor de verdere ontwikkeling van de zoekmachine industrie en de innovatie die vanaf dat moment plaatsvond, zoals het op advertenties gebaseerde dominante pay-per-click verdienmodel.

Vanuit een reguleringsperspectief is de langzame consolidatie van de zoekmachinemarkt sinds eind jaren negentig de opmerkelijkste ontwikkeling, en nog meer in het bijzonder de dominante positie van Google. Hoofdstuk 2 bespreekt enkele van de primaire factoren die hebben bijgedragen tot deze consolidatie, zoals de evolutie van de verwachtingen van gebruikers, de groeiende complexiteit van algemene zoekmachines en de dynamiek in de markt voor digitale media en de ICT industrie.

Hoewel Google's dominante positie vragen oproept, beargumenteert en toont deze studie aan dat het belangrijk blijft verder te kijken. Hoofdstuk 2 doet dit met een behandeling van de overblijvende concurrentie en alternatieve modellen voor de productie van zoekmachine functionaliteit in bredere zin. De hoeveelheid onderzoek en commerciële activiteit die zicht richt op het verbeteren en faciliteren van vindbaarheid van online informatie geeft weinig reden tot pessimisme over de afhankelijkheid van een enkel bedrijf. Semantic Web projecten zijn hier ook van belang. Zij stellen zoekmachines in staat hun aanbod te verbeteren, en tegelijkertijd zouden ze de macht van dominante zoekmachines – het deel dat gebaseerd is op hun exclusieve begrip van het materiaal op het Web – kunnen verminderen door verbeterde meta-data voor iedereen te leveren.

Hoofdstuk 3 concludeert dat zoekmachines internet 'gebruikers' zijn, net als anderen. Zoekmachine functionaliteit en de organisatie van inhoud bevindt zich aan de randen van het netwerk net als andere diensten en toepassingen. Dit betekent dat vanuit er vanuit technisch perspectief op internet, er niets bijzonders of essentieels is aan de positie van Google als zoekdienst. En zowel vanuit het perspectief van gebruikers als informatie aanbieders bestaat er een variëteit aan alternatieven voor Google. Deze alternatieven zijn soms veel kleinschaliger of vinden plaats in andere contexten zoals sociale netwerken en micro-blogging diensten zoals Twitter.

Door te kijken naar de positie van zoekmachines in het lagenmodel voor genetwerkte communicatie toont Hoofdstuk 3 verder aan dat zoekmachines zich zowel bevinden in de applicatie- en dienstenlaag, alsmede in de inhoudslaag van het lagenmodel. Aan de ene kant zijn zoekmachines complexe systemen van software, die zich typisch bevinden op de servers van de dienstaanbieders, en welke beschikbaar worden gesteld voor gebruikers van het netwerk in Web browsers. Aan de andere kant hebben zoekmachines een unieke band met de beschikbare inhoud op internet. Ten eerste produceren zoekmachines zelf 'inhoud', namelijk informatie over informatie, in het kort, meta-informatie. Ten tweede is de functionaliteit van zoekmachines afhankelijk van de publieke beschikbaarheid van inhoud elders op het Web. Zonder de open en ongestructureerde dynamiek met betrekking tot de productie van inhoud op het Web, zouden zoekmachines niet hun huidige rol spelen. De complexiteiten ten aanzien van de juiste juridische behandeling van de productie en proliferatie van 'meta-informatie' of 'meta-inhoud' zijn een belangrijk element in de reguleringsvraagstukken ten aanzien van zoekmachines.

Een representatie van zoekmachines in het licht van de waardeketens in de genetwerkte publieke informatievoorziening biedt meer inzicht in het gewicht van de positie van zoekmachines in de praktijk. De eerste waardeketen waarin de zoekmachine een belangrijke rol speelt is de stroming van kennis, informatie, ideeën, nieuws en commercieel aanbod, van allerlei soorten informatie en diensten aanbieders online naar eindgebruikers. De tweede waardeketen, die van bijzonder belang is voor participanten in de zoekmachinemarkt, representeert de stroom van aandacht en activiteit van eindgebruikers, in de vorm van page views, clicks, aankopen en persoonsgegevens. In beide waardeketens hebben zoekmedia, en selectie intermediairs meer in het algemeen, zich gevestigd als centrale mediërende entiteiten. Een zoekdienst zoals Google heeft een unieke onderhandelingspositie tussen de verschillende belanghebbenden in deze waardeketens.

Hoofdstuk 3 sluit af met een discussie van zoekmedia vanuit functioneel perspectief, vanuit het perspectief van gebruikers en vanuit het perspectief van informatie aanbieders en adverteerders. De discussie vanuit het perspectief van gebruikers is gebaseerd op de modellen van de informatiebehoeften in de *information retrieval*

literatuur. Deze modellen maken duidelijk dat in vergelijking met traditionele zoeksystemen, waar de behoeftes van gebruikers typisch beperkt waren tot *informatie*, zoekdiensten nu aan twee aanvullende informatiebehoeften voldoen, namelijk *navigatie* en *transactie*.

Navigatie zoekopdrachten zijn het type zoekopdrachten waar de gebruiker een specifieke online bestemming wil vinden waarvan zij weet of aanneemt dat deze bestaat. Door het beantwoorden van dit soort zoekopdrachten, zoals het leveren van de website van de Universiteit van Amsterdam (UvA) voor de zoekopdracht [uva], helpen zoekmachines gebruikers met het snel bereiken van de website van instellingen, organisaties, bedrijven en personen. Vanuit gebruikersperspectief hebben dit soort zoekopdrachten één enkel en duidelijk antwoord. De zoekmachine, daarentegen, zal slim moeten speculeren, bijvoorbeeld op basis informatie over de gebruiker zoals haar locatie, over de werkelijke informatiebehoefte en over de vraag of het een verwijzing moet presenteren naar de website van de Universiteit van Amsterdam of juist de website van de University of Virginia (UVa).

Informatie zoekopdrachten representeren een informatiebehoefte om iets te leren over een bepaald onderwerp. Voor Italiaanse gebruikers zou de zoekopdracht [uva] zich bijvoorbeeld kunnen richten op het leren over rijden. Dit soort zoekopdrachten, welke zich uitstrekken tot het politieke, educatieve, en het medische, hebben geen enkel juist antwoord. Het is in dit kader dat de vragen met betrekking tot zoekmachinekwaliteit besproken in Hoofdstuk 10 bijzonder belang krijgen. Staat de wijze waarop zoekmachines resultaten selecteren, rangschikken en presenteren in dienst van het belang van gebruikers zich vrij te informeren? Wat is de invloed van zoekmachines op pluralisme en diversiteit? En wat te denken over het op advertenties gebaseerde verdienmodel van zoekmachines en het gebrek aan transparantie over en de algemene complexiteit van het selecteren en rangschikken van zoekresultaten in de praktijk door dominante zoekdiensten?

Transactie zoekopdrachten representeren het type informatiebehoefte naar het bereiken van een online bestemming waar de gebruiker in staat is iets te gebruiken, kopen of consumeren. Het Web is een exceptionele bron voor deze activiteiten en behoeften, welke worden aangeboden door miljoenen informatie en diensten aanbieders, soms zonder vergoeding. Het feit dat gebruikers zoekmachines aanroepen om toegang tot deze bronnen te krijgen maakt zoekmachines in het bijzonder aantrekkelijk als marketing platform. Het verklaart ook de integratie van specifieke vormen van zoeken in het algemene aanbod van zoekmachines, zoals specifieke diensten voor geografische of wetenschappelijke informatie, en beeldmateriaal, alsmede de marktontwikkeling in de richting van verticale integratie van zoekmachines in markten voor deze aantrekkelijke bronnen van materiaal voor gebruikers.

Kortom, zoekmachines zijn veel meer dan een simpel telefoonboek of Gouden Gids voor het World Wide Web. Zoekmachines helpen gebruikers met een grote variëteit van zeer verschillende informatiebehoeftes door het actief selecteren en rangschikken van lijsten met bestemmingen. De aard van deze informatiebehoeftes kan verschillen van politiek, educatief, en medisch, tot navigatie, commercieel, huiselijk of recreatief. Dit toont niet alleen de maatschappelijke breedte van de functie van zoekmachines aan maar is ook een hint naar de grote variëteit aan publieke en private belangen verbonden met de activiteit van zoekmachines. Het maakt het ook mogelijk een conclusie te trekken over de wijze waarop tegen de activiteit van het selecteren en rangschikken van zoekresultaten voor gebruikers kan worden aangekeken. Dit kan worden gezien als de uiting van een reeks aan onderliggende oordelen over de relevantie van verschillende informatiebronnen en bestemmingen in relatie tot het relatieve belang dat wordt toegekend aan de behoeftes van gebruikers.

12.3 De betekenis van de vrijheid van meningsuiting voor media en communicatiediensten

Aangezien deze studie zich afvraagt wat vanuit de vrijheid van meningsuiting de juiste rol van de overheid is met betrekking tot een bepaald medium, is de vraag bestudeerd in hoeverre deze vraag afhangt van het type medium

of communicatiedienst. Om die reden kijkt deze studie naar de betekenis van de vrijheid van meningsuiting voor de pers, internet toegang en bibliotheken en de wijze waarop deze betekenis de regulering van deze instituties mede heeft bepaald. Hoofdstuk 5 tot en met 7 besteden in het bijzonder aandacht aan de vraag in hoeverre de belangen van de verschillende betrokkenen in het communicatieproces gefaciliteerd door deze instituties, gezien als tussenpersonen tussen informatie aanbieders en gebruikers, juridisch worden afgedekt door het recht op vrijheid van meningsuiting. Samengenomen geeft de analyse in deze hoofdstukken een rijk beeld van de normatieve waarde van de vrijheid van meningsuiting voor verschillende entiteiten in de genetwerkte publieke informatievoorziening en hun juridische regeling.

12.3.1 Persvrijheid

Zowel het Europese Hof voor de Rechten van de Mens (EHRM) en het *Supreme Court* in de V.S. hebben een aantal van hun belangrijkste uitspraken gewijd aan de persvrijheid. Deze uitspraken kennen de pers een bijzondere rol toe in constitutionele democratieën. Het recht op vrijheid van meningsuiting beschermt de vrijheid van de pers deels vanwege haar rol in het informeren van het publiek en de vrije uitwisseling van informatie en ideeën, belangrijke idealen die ten grondslag liggen aan de vrijheid van meningsuiting. Met andere woorden, de communicatieve belangen van de belangrijkste betrokkenen in het communicatie proces zijn instrumenteel voor de wijze waarop de vrijheid van meningsuiting betekenis krijgt bij de pers.

Het verdient opmerking dat de pers de hoogst beschikbare bescherming verkrijgt zowel in het kader van de Conventie als bij het *First Amendment*. De pers heeft echter geen bijzondere constitutionele status die niet beschikbaar is voor anderen die geen deel zijn van de georganiseerde pers, maar wel op eenzelfde manier bijdragen aan de publicatie en disseminatie van zaken van publiek belang. Dit is een belangrijke conclusie, aangezien de georganiseerde pers woelige tijden doormaakt, die deels het gevolg zijn van convergentie, digitalisering en het oprukken van nieuwe spelers zoals zoekmachines, nieuws *aggregators* en 'amateur' journalisten. Het illustreert de noodzaak om de waarden die ten grondslag liggen aan de persvrijheid te conceptualiseren, alsmede de entiteiten te identificeren in de genetwerkte publieke informatievoorziening die vergelijkbare bescherming verdienen onder de vrijheid van meningsuiting.

De pers moet vrij zijn om een bijdrage te leveren aan de belangen van sprekers en lezers, maar dit instrumentele aspect van de persvrijheid wordt begrensd door de bescherming van de pers tegen overheidsbemoeyenis, de redactionele vrijheid in het bijzonder. De vrijheid van meningsuiting impliceert dat de regulerende rol van de overheid ten aanzien van het doen en laten van de pers minimaal is. De regulering van de pers is voornamelijk een zaak van zelfregulering, professionele ethiek en de toepassing van algemeen toepasselijk recht. Zowel het EHRM als het *Supreme Court* sluiten de toelaatbaarheid van voorafgaande beperkingen op publicaties niet uit, een absolute beperking op de redactionele vrijheid, maar gaan uit van een sterk vermoeden tegen deze toelaatbaarheid vanuit de vrijheid van meningsuiting. De persvrijheid begrenst tevens de mogelijkheid voor de overheid om de idealen die ten grondslag liggen aan de persvrijheid actief te bevorderen. Positieve inmenging door de overheid, zoals in het geval van subsidiëring zonder onderscheid te maken, regels ten aanzien van media concentratie, en media pluralisme beleid meer in het algemeen, kunnen legitieme middelen zijn om een gezonde media omgeving te promoten, maar deze instrumenten moeten steeds zorgvuldig ontworpen worden in het licht van de betekenis van persvrijheid als beperking van overheidsbemoeyenis.

In het Amerikaanse recht is de redactionele vrijheid van de pers met betrekking tot de selectie van mogelijke sprekers absoluut, zo blijkt uit *Tornillo*. In deze belangwekkende uitspraak, karakteriseert het *Supreme Court* de redactionele vrijheid als de uitoefening van redactionele controle en beoordeling. Het omvat de keuzes ten aanzien van de selectie van onderwerpen voor de krant, de daarmee samenhangende beperkingen op het punt

van lengte en inhoud, en de wijze van behandeling van zaken van publieke belang. In het geval van de Europese Conventie is de redactionele vrijheid ook sterk beschermd, maar het blijft mogelijk dat bepaalde inmenging met de vrijheid wat in de krant op te nemen legitiem zijn, bijvoorbeeld met verwijzing naar de rechten en vrijheid van anderen, zoals in het geval van het recht op antwoord dat bestaat in sommige Europese landen. Bovendien moet de pers haar vrijheid uitoefenen in overeenstemming met de plichten en verantwoordelijkheden zoals genoemd in artikel 10 EVRM zelf. De zelfregulering van de media, de journalistieke ethiek, de invloed en de technische middelen die worden gebruikt om informatie en ideeën onder de aandacht te brengen zijn in dat kader relevant. In *Stoll* en andere recente uitspraken, maakt het Hof duidelijk deze plichten en verantwoordelijkheden serieus te nemen. Het stelt dat de media accuraatheid, precisie, betrouwbaarheid en soms zelfs prudentie en redelijkheid moet betrachten. De plichten en verantwoordelijkheden moeten gezien worden in het licht van de omstandigheden van deze tijd, waarin zij volgens het Hof bijzonder gewicht hebben gekregen.

First Amendment doctrine kent een aantal aanvullende interessante elementen die licht werpen op de beschermde belangen van potentiële sprekers om via de pers een publiek te bereiken en de belangen van het publiek met betrekking tot de vrije ontvangst van informatie. Ten eerste kan het *Supreme Court* op basis van de *overbreadth* doctrine de effecten van restricties op niet-beschermde inhoud op de vrije uitwisseling van beschermd materiaal onderzoeken. De mogelijkheid van *chilling effects* van de regulering van niet beschermd informatie en ideeën kunnen deze regulering ontoelaatbaar maken. De regulering ter bescherming van onvrijwillige blootstelling van een *captive audience* kan legitiem zijn op basis van de bescherming van de informatieve autonomie van het publiek. Tenslotte kent het *First Amendment* een sterk vermoeden van de rationaliteit van het publiek, hetgeen het meest duidelijk wordt geïllustreerd door de rechtspraak over de bescherming en status van commerciële communicatie en het recht van het publiek deze te ontvangen.

12.3.2 ISP vrijheid

In sterk contrast met het reguleringsmodel voor de pers, is er traditioneel uitgebreide regulering voor de aanbieders van communicatienetwerken. Deze regulering kent echter geen of nauwelijks bepalingen die zien op de inhoud, en dergelijke bepalingen roepen vragen op vanuit de vrijheid van meningsuiting. In verticale relaties kunnen aanbieders van internet toegang hun eigen recht op vrijheid van meningsuiting inroepen in geval van inmenging door openbaar gezag, en dat recht omvat het recht tot toegang, ontvangst en transmissie. Nog meer dan het geval bij de pers, is deze bescherming ingegeven door de communicatieve belangen van de gebruikers van de betreffende communicatienetwerken.

De belangen bij het vrij communiceren met behulp van de geleidelijk verbeterende communicatie technologieën (de post, telegraaf, telefoon en nu internet) zijn duidelijk gediend bij een praktijk waarin de eigenaars geen restricties opleggen ten aanzien van de communicatie over het netwerk. Vanuit dat oogpunt kunnen de concepten *common carrier* en *universal service*, belangrijke concepten voor het reguleringsmodel voor communicatienetwerken, ook begrepen worden als mede ingegeven door het recht op vrijheid van meningsuiting. *Universal service* voorwaarden onderkennen dat toegang tot communicatienetwerken essentieel is voor maatschappelijke participatie. De *common carrier* voorwaarde garandeert gelijke behandeling van gebruikers van het netwerk en beperken de vrijheid van de aanbieders van de betreffende dienst om beperkingen op te leggen aan rechtmatige informatiestromen. De discussie over net neutraliteit behelst een discussie over het opleggen van vergelijkbare verplichtingen op internet toegangs-aanbieders.

Het is duidelijk dat convergentie het reguleringslandschap voor elektronische communicatiediensten zoals internet toegangs-aanbieders behoorlijk heeft gecompliceerd. Internet gebruikers kunnen één en dezelfde verbinding gebruiken voor privé-communicatie, het kijken van televisie, en het onbegrensd delen van hun gedachten of de

gegevens die ze beschikbaar hebben op hun apparatuur. De faciliterende rol van internet toegangsverleners voor de *publieke* informatieomgeving impliceert dat de normatieve rol van de vrijheid van meningsuiting in deze context is toegenomen. Traditioneel zijn de constitutionele rechten op privacy en vertrouwelijkheid van privé-communicatie, zoals beschermd door artikel 8 EVRM, van relatief groter belang. Dat impliceert niet dat deze rechten niet langer relevant zijn. Integendeel, het blijvende belang van artikel 8 EVRM in deze context wordt mede aangetoond door de druk op internet toegangsdiensten zich te bemoeien met onrechtmatige communicatie, de ontwikkeling van verdienmodellen gebaseerd op het maken van onderscheid tussen verschillende soorten inhoud en communicatie over het netwerk, en de beschikbaarheid van technologie, zoals *deep packet inspection*, die de mogelijkheid bieden daadwerkelijk toezicht te houden op de communicatie van eindgebruikers.

Om de betekenis van de vrijheid van meningsuiting in deze context te bestuderen, analyseert Hoofdstuk 6 ook de ontwikkelingen met betrekking tot de juridische verantwoordelijkheid van toegangsverleners met betrekking tot illegale of onrechtmatige inhoud. Het ontstane reguleringskader bestaat aan de ene kant uit zogenaamde *safe harbors* die de aansprakelijkheid van toegangsverleners voor de communicatie van derden begrenzen, en aan de andere kant uit een nadruk op zelf- en co-regulering. De rechtspraak met betrekking tot deze regulering, alsmede de betreffende reguleringsgeschiedenis laat zien dat de vrijheid van meningsuiting hier een rol in heeft gespeeld, maar het blijft de vraag en het onderwerp van debat in hoeverre dat bevredigend is gebeurd.

Juridische verplichtingen op internet toegangsverleners om te voorkomen dat hun netwerken gebruikt worden voor illegale doeleinden of de mogelijke toegang tot illegaal materiaal te voorkomen leiden tot duidelijke problemen vanuit de vrijheid van meningsuiting. Aan dergelijke algemene verplichtingen zou slechts voldaan kunnen worden met behulp van internet filters, maar de verplichtingen tot het toepassen van dergelijke filters is tenminste constitutioneel twijfelachtig. De druk richting striktere aansprakelijkheid van internet toegangsverleners blijft en voorstellen tot filterverplichtingen op basis van zwarte lijsten zijn het onderwerp van debat in het Europese Parlement en elders. Tegelijkertijd is het recht op vrijheid van meningsuiting een belangrijke reden waarom dit soort voorstellen nog nauwelijks werkelijkheid zijn geworden.

In het algemeen is het zo dat het beleid met als doel dat toegangsverleners beperkingen opleggen ten aanzien van de informatiestromen op internet zich niet gericht heeft op het totstandbrengen van klassieke *command and control* regulering, maar de rol van de overheid juist heeft geminimaliseerd in het streven naar restrictievere praktijken. Dit zelfreguleringsparadigma kan enerzijds gezien worden als positief, zoals in het geval van de pers, precies vanwege het recht op vrijheid van meningsuiting. De relatie tussen toegangsverleners en internet gebruikers is echter anders dan in het geval van de relatie van de pers met haar bronnen en lezers. In het geval van de pers is haar vrijheid informatie te selecteren voor publicatie beschermd door de vrijheid van meningsuiting juist vanwege het belang van de redactionele vrijheid voor de vrijheid van meningsuiting. In het geval van toegangsverleners is het blokkeren en de uitsluiting van communicatie slecht te verenigen met de idealen die aan de vrijheid van meningsuiting ten grondslag liggen.

Dit leidt tot een complex en controversieel vraagstuk behandeld in Hoofdstuk 6: hoe dient het huidig juridisch kader voor de horizontale verhoudingen tussen toegangsverleners en internet gebruikers geëvalueerd te worden vanuit het perspectief van de vrijheid van meningsuiting. Of in andere woorden, wat is de betekenis van de vrijheid van meningsuiting voor de juridische vrijheid voor deze aanbieder om restricties op te leggen op communicatie over hun netwerk? In de analyse ontstaan dan twee verschillende gezichtspunten, in een debat dat in de Verenigde Staten een climax beleeft in het kader van juridische procedures tegen de voorstellen van de FCC over net neutraliteit.

Het eerste perspectief, dat het beste aangeduid kan worden als de theorie van vrijheid van gebruikers, pleegt de vrijheid van meningsuiting gelijk te stellen met de communicatieve belangen van gebruikers, in mogelijke belangenconflicten met toegangsverleners. Vanuit dit perspectief is het zo dat als de vrijheid van meningsuiting iets verlangt in het kader van de regulering van deze horizontale relaties, dan is dat het garanderen van het belang van gebruikers tegen illegitieme inmenging door internet toegangsverleners. Dergelijke garanties zouden kunnen bestaan uit het opleggen van net neutraliteit, nieuwe vormen van *common carrier* of *universal service*, of eerlijke besluitvorming in het geval van specifieke inmengingen met informatiestromen over het netwerk. In andere woorden, het recht zou gericht moeten zijn op de effectieve vrije uitoefening van het recht op vrijheid van meningsuiting van gebruikers. De aanbevelingen van de Raad van Europa in dit kader geven blijk van het bestaan van dit perspectief in het Europese denken over de vrijheid van meningsuiting. Binnen de kaders van dit algemene perspectief is er debat mogelijk over de vraag naar de aard van de implicaties van de vrijheid van meningsuiting in deze context, in het bijzonder of er sprake is van een daadwerkelijke verplichting van de Staat in te grijpen – hetgeen niet makkelijk te verdedigen is – of of het beter is te spreken over de vrijheid van meningsuiting in deze context als een reguleringsbeginsel dat wetgevende of reguleringsactiviteit kan informeren.

Het tweede perspectief, waarvoor voornamelijk steun te vinden is in de Verenigde Staten, pleegt het recht op vrijheid van meningsuiting gelijk te stellen met het beschikkingsrecht over communicatiemiddelen zoals geregeld door de vrije markt. Deze theorie kan het beste aangeduid worden als de theorie van het beschikkingsrecht van de eigenaar. Vanuit dit perspectief beschermt de vrijheid van meningsuiting de eigenaars van communicatiemiddelen en de media meer in het algemeen tegen beperkingen op het vrije gebruik van deze middelen in een vrije markt. Deze theorie impliceert dat overheidsinmenging die zich richt op het veiligstellen van vrije en gelijke toegang tot internet een inmenging behelst van het recht op vrijheid van meningsuiting van toegangsverleners, meer specifiek het gestelde *First Amendment* recht om niet door te geven of uit te sluiten.

Hoofdstuk 6 concludeert dat artikel 10 EVRM geen steun biedt voor een dergelijke claim van toegangsverleners om zich te bemoeien met het verkeer op hun netwerken. Een dergelijke claim zou gebaseerd moeten worden op de marktvrijheid van de aanbieder en het recht op eigendom. In de *safe harbor* regeling voor ISPs in de Richtlijn Elektronische Handel is de Europese wetgever uitgegaan van eenzelfde lezing, namelijk dat vrijheid van meningsuiting ziet op de belangen van gebruikers. Dit betekent overigens niet dat vanuit dat oogpunt geen kritiek mogelijk is op deze regeling. Deze geeft geen garantie op een eerlijk proces, zoals in het geval van de *Digital Millennium Copyright Act* in de V.S., de ruimte voor rechterlijke bevelen is geheel opengelaten en van de *safe harbor* voor opslag, welke op het moment minder duidelijk is dan ooit, is aangetoond dat deze incentives oplevert voor tussenpersonen om rechtmatige communicatie te beperken. Bovendien is de rol van de overheid bij het ontwerp van zelfregulering problematisch. Het recht op vrijheid van meningsuiting heeft geen aantoonbare invloed gehad op de manier waarop autoriteiten de samenwerking hebben gezocht met de industrie met het doel meer restrictieve praktijken door toegangsverleners te vestigen.

De analyse van de wijze waarop met de vrijheid van meningsuiting rekening gehouden is in het juridisch kader in de V.S. voor de aansprakelijkheid van toegangsverleners voor de communicatie over hun netwerk, en de *safe harbors* in het bijzonder, laat een gemengd beeld zien. Sommige elementen in het juridisch kader bevestigen de vrijheid van ISPs om de belangen van gebruikers en aanbieder van informatie naast zich neer te leggen in horizontale relaties. Artikel 230 van de *Communications Decency Act*, ook toepasselijk op zoekmachines, is waarschijnlijk het meest opmerkelijk in deze context. Het beschermt niet alleen tegen aansprakelijkheid, maar deze *'Good Samaritan Defense'* kent ook vergaande vrijheid toe aan *'interactive computer services'* met betrekking tot het blokkeren van de communicatie van derden.

Een studie van deze bepaling uit 1996 laat zien dat deze de invloed van het *First Amendment* op de verdere ontwikkeling van het juridisch kader voor verschillende soorten internet dienstverleners, inclusief zoekmachines, in de V.S. beperkt heeft. De verschillende standaarden voor aansprakelijkheid voor doorgifte, distributie en uitgevers, zoals deze van toepassing waren in zaken voorafgaand aan de opkomst van internet, en de manier waarop de redactionele vrijheid en controle een rol hadden gespeeld in de bepaling van deze standaarden in een lange reeks rechterlijke uitspraken is vervangen door een dubbelzijdig zwaard voor internet tussenpersonen: een wapen tegen aansprakelijkheid aan de ene kant, en de juridische vrijheid om verschillende vormen van illegaal en bezwaarlijk geachte communicatie te blokkeren of verwijderen, constitutioneel beschermde communicatie niet uitgesloten. Vanuit het perspectief van de vrijheid van meningsuiting van internet gebruikers alsmede de publieke belangen die aan het concept van *common carrier* ten grondslag liggen is deze oplossing niet ideaal.

De twee hierboven besproken theorieën weerspiegelen perspectieven op de vrijheid van meningsuiting met implicaties die de context van internet toegang en zoekmachines duidelijk overstijgen. Er bestaat een variëteit aan nieuwe modellen en technologieën voor het uitoefenen van controle over informatiestromen in de genetwerkte communicatieomgeving. Sommige hiervan bieden traditioneel passieve communicatiediensten de mogelijkheid zich meer actief te richten op de selectie en prioritering van informatiestromen over het netwerk. Tegelijkertijd is het zo dat partijen die zich traditioneel selectiever en actiever opstelden nu de mogelijkheid hebben gekregen zich meer lijdzaam op te stellen, bijvoorbeeld door het toestaan van publicaties, selectie en waardering door derden. Hoofdstuk 6 biedt enig inzicht in de fundamentele vragen die dit oproept voor de wijze waarop vrijheid zich verhoudt tot beschikkingsmacht, en controle zich verhoudt tot verantwoordelijkheid, alsmede hoe de antwoorden op deze vragen uiteindelijk zouden moeten bijdragen aan het juiste juridisch kader voor verschillende mediërende instituties in de genetwerkte publieke informatievoorziening.

12.3.3 Bibliotheekvrijheid

Hoofdstuk 7 geeft een overzicht van de wijze waarop de vrijheid van meningsuiting van betekenis is voor de juridische regeling van bibliotheken, één van de oudste instituties met betrekking tot de organisatie van kennis, informatie en ideeën. Met betrekking tot publieke bibliotheken is er een duidelijk verschil tussen Europese landen en de Verenigde Staten. In zijn algemeenheid wordt in de Amerikaanse bibliotheekcontext meer nadruk gelegd op de individuele rechten en het recht op vrijheid van meningsuiting. Dit wordt misschien wel het beste geïllustreerd door het feit dat veel publieke bibliotheken een zogenoemde *bill of rights* hebben. Historisch kan dit verklaard worden door de sterke culturele belang dat in de V.S. nu eenmaal wordt toegekend aan de vrije meningsuiting als individueel recht in combinatie met de nog steeds bestaande druk die soms op Amerikaanse bibliotheken wordt uitgeoefend om controversieel materiaal, zoals boeken over homoseksualiteit, te verwijderen uit de collectie.

In Europa is het bibliotheekbeleid deel van het algemenere beleid op het gebied van onderwijs, media en cultuur. Vrijheid van meningsuiting en fundamentele rechten meer in het algemeen, en de sociale verzorgingsstaat zijn vermengd tot een mix van publiek gefinancierde cultuur, media en de stimulering van toegang tot informatie, waarin de bibliotheek nog steeds een belangrijke plaats inneemt. De ondersteunende rol van de overheid met betrekking tot het voorzien in toegang tot kennis en cultuur staat op de voorgrond en als gevolg hiervan pleegt men te stellen dat de Staat bij het subsidiëren van publieke bibliotheken invulling geeft aan haar positieve verplichting om een basis niveau van toegang tot informatie (van hoge kwaliteit) te bevorderen. Echter, het publieke bibliotheekwezen dient onafhankelijk te opereren met betrekking tot de selectie van hun collecties, welke selectie invulling krijgt door de bestaande praktijk in de bibliotheken.

In de Verenigde Staten is het *Supreme Court* niet bereid om een dergelijke positieve verplichting te accepteren ten aanzien van de substantiële vrijheden van burgers of het subsidiëren door de Staat om de toegang tot informatie

te bevorderen in dit licht te interpreteren. Het is zelfs zo dat het in zijn laatste uitspraak met betrekking tot publieke bibliotheken, een uitspraak die zag op de constitutionele toelaatbaarheid van het stellen van de voorwaarde voor het verkrijgen van overheidssubsidie dat internet filters zouden worden geïnstalleerd, bepaalde dat publieke bibliotheken geen rol hebben *“that pits them against the Government, and there is no comparable assumption that they must be free of any conditions that their benefactors might attach to the use of donated funds or other assistance.”*¹⁰²⁷ Het is opmerkelijk dat juist in de Verenigde Staten, waar individuele vrijheden van grote invloed zijn geweest op de regulering van bibliotheken en nog steeds zijn, de politieke onafhankelijkheid van bibliotheken van de staat op deze manier constitutioneel wordt veronachtzaamd.

Door te kijken naar de normatieve beginselen die aan het bibliotheekwezen ten grondslag liggen werpt Hoofdstuk 7 ook licht op de vraag hoe in specifieke gevallen de vrijheid van meningsuiting van invloed is op de besluitvorming rondom de samenstelling van en de toegang tot de collectie. Een interessant aspect is dat publieke bibliotheken geacht worden hun doelgroep te voorzien van een collectie die het beginsel van diversiteit respecteert. Ten gevolge hiervan zal een bibliotheek zijn gebruikers soms confronteren met materiaal dat zij zelf niet zouden hebben geselecteerd, bijvoorbeeld omdat ze het aanstootgevend vinden. De negatieve reactie van een deel van de doelgroep van de bibliotheek met betrekking tot deze confronterende rol is één van de belangrijkste oorzaken voor bibliotheekcensuur, begrepen als de oneigenlijke inmenging of verwijdering van materiaal. Het verdient opmerking dat oneigenlijke inmenging met de collectie niet altijd even makkelijk te onderscheiden is van legitieme selectiebeslissingen, aangezien de praktijk van de bibliotheek juist de actieve selectie van materiaal impliceert.

Vanuit het perspectief van de vrije toegang tot informatie, is het belang van ongecontroleerde (*unmonitored*) toegang tot materiaal van bijzonder belang voor het bibliotheekbeleid. De toegenomen mogelijkheden om aan de persoon gekoppelde gegevens te verwerken als gevolg van digitale toegang en de automatisering van bibliotheeksystemen heeft de privacy van bibliotheekgebruikers tot een punt van aandacht gemaakt. Tegelijkertijd kan een dergelijk verwerken van gegevens bijdragen aan het ideaal de informatiebehoeften van bezoekers zo goed mogelijk te bedienen. De analyse laat zien dat de privacy van bibliotheekgebruikers kan worden gezien als instrumenteel voor hun vrije uitoefening van het recht op vrijheid van meningsuiting. In het licht van de enorme hoeveelheden gebruiksgegevens over informatie toegangsgedrag die verwerkt worden door zoekmachines biedt dit een interessante analogie.

12.4 Vrijheid van meningsuiting en de regulering van zoekmachines

De analyses uit hoofdstuk 5, 6 en 7 laten zien dat de betekenis van de vrijheid van meningsuiting samenhangt met de dominante normatieve idee over de maatschappelijke rol van de pers, de internet toegangs-aanbieder en de bibliotheek respectievelijk. Om die reden is een van de doelen van deze studie een dergelijke rol voor zoekmachines in de genetwerkte publieke informatievoorziening te conceptualiseren. En op basis van een vergelijking van de rol van de zoekmachine als medium met de rol van deze andere instituties kunnen een aantal interessante conclusies getrokken worden.

12.4.1 De maatschappelijke rol van zoekmachines

Zoekmedia combineren een passieve (doorgifte/toegang) en actieve (redactioneel/selectief) rol bij de productie van meta-informatie, die uiteindelijk gericht is op relatieve toegankelijkheid van informatie en ideeën op internet. In hun hoedanigheid van zoekmachine produceren zij geen eigen inhoud, zoals uitgeverij dat doet, en ze spelen daarom vergeleken met deze entiteiten een passievere rol. Tegelijkertijd zijn zoekmedia echter intrinsiek actiever dan een dienst voor doorgifte zoals een internet toegangs-aanbieder. De waarde van zoekmachines is direct

¹⁰²⁷ *United States v. American Library Association*, 539 U.S. 194 (2003).

gekoppeld aan de wijze waarop ze informatie en bestemmingen actief rangschikken en selecteren in antwoord op de opdrachten van hun gebruikers. Dit proces kan zowel vergeleken worden met de redactionele selectie van de pers en met de actieve organisatie van informatie en ideeën door bibliotheken.

Bij het verder kijken naar de maatschappelijke rol van zoekmachines duiken twee conflicterende idealen op: het ideaal van universele toegang aan de ene kant en het ideaal van informatiekwaliteit aan de andere kant. Het eerste ideaal voor zoekmachines is om internetgebruikers te helpen bij de navigatie over het gehele Web door het te ordenen en door het materiaal dat beschikbaar is ook universeel toegankelijk te maken. Het tweede ideaal houdt in dat van zoekmachines verwacht wordt dat ze waardevolle, relevante, en aantrekkelijke informatie en ideeën prioriteit geven boven mindere. De algemene zoekmachine moet deze idealen in zijn uiteindelijke handelen reconciliëren. Een groot deel van het debat over de juiste rol en verantwoordelijkheid van zoekmedia kan worden uitgelegd met een verwijzing naar het spanningsveld tussen deze twee idealen.

Deze spanning tussen informatiekwaliteit en informatietoegang in de genetwerkte publieke informatievoorziening bestond niet, op dezelfde manier, in de informatie omgeving die aan het Web voorafgaat. Traditioneel vond de organisatie van toegang van informatie tot het publiek en de organisatie van basale niveaus van kwaliteit en rechtmatigheid gescheiden plaats. In die lijn was toegang in de context van de pers bijvoorbeeld begrensd tot *'everything fit to print'*. En de publieke bibliotheek selecteert op dezelfde manier eerst de bronnen die het daarna toegankelijk maakt. Bibliotheken passen hun standaarden voor informatiekwaliteit toe in het kader van deze selectiebeslissingen. Na een collectie te hebben samengesteld dient een transparante infrastructuur voor de toegang tot het materiaal, op basis van professionele standaarden ten aanzien van de organisatie van kennis, er voor te zorgen dat de collectie universeel toegankelijk wordt. Voor toegangsaanbieders tot zo een relatieve gecontroleerde informatie omgeving zou een discussie over de verantwoordelijkheid bepaalde informatie en ideeën ontoegankelijk te maken, een discussie die plaatsvindt voor internet toegangsaanbieders, niet goed voorstelbaar zijn.

De conflicterende idealen tussen toegang en kwaliteit liggen ten grondslag aan veel van de debatten over de regeling van informatiestromen op internet. Internet en het Web, en de mogelijkheid zelf te publiceren zonder restricties van traditionele kennisinstituten, hebben de institutionele omcirkeling van bepaalde bronnen van kennis, door deskundigen geschikt bevonden voor maatschappelijke gebruik, teniet gedaan. Deze 'disintermediatie' is vaak gepresenteerd als een van de grote beloftes van internet en het Web, met bijzondere verwijzing naar waarden die ten grondslag liggen aan de vrijheid van meningsuiting. Anderen zien dit als één van de nadelen, aangezien zij meer nadruk zouden leggen op de waarde van een gezamenlijke ruimte voor debat waar de circulatie van kennis en ideeën is beperkt middels minimale kwaliteitsstandaarden, of op de noodzaak de toegang tot illegitieme, illegale en mogelijk schadelijke informatiestromen te beperken.

Het bovenstaande brengt de Nederlandse wetenschapsfilosofen Marres en De Vries tot de stelling dat de maatschappelijke legitimatie van kennis in de genetwerkte informatieomgeving plaatsvindt in het kader van de ontsluiting. In de praktijk vindt de regeling van informatiekwaliteit op het Web grotendeels niet langer plaats middels controle over wat daadwerkelijk beschikbaar is op het netwerk, maar door de processen die de relatieve toegankelijkheid van informatie en ideeën bepalen. Zoekmachines voor het Web in het bijzonder leveren een bijdrage aan de regeling van deze relatieve toegankelijkheid van informatie en ideeën in de genetwerkte publieke informatievoorziening.

Vanuit deze optiek bestaat het overkoepelende publieke belang bij de regulering van zoekmachines, vanuit het oogpunt van de vrijheid van meningsuiting, uit het bestaan van een rijke en robuuste maatschappelijke infrastructuur voor de ontsluiting van het Web, begrepen als het proces van verbinding tussen informatie en

ideeën en hun maatschappelijk gebruik. Deze karakterisering van het publieke belang in de regeling van de relatieve toegankelijkheid van het Web omvat beide perspectieven die aan het opereren van zoekmachines ten grondslag liggen, namelijk toegang *en* kwaliteit. In de genetwerkte publieke informatievoorziening is publiciteit niet langer beperkt tot entiteiten die *a priori* legitimiteit verschaffen aan de informatie en ideeën die zij toegankelijk maken. En de keuzes van zoekmachines zijn niet alleen niet triviaal, ze zijn tevens van politieke aard en weerspiegelen een complexe balans tussen verschillende private en publieke belangen, waaronder de belangen van eindgebruikers en informatie aanbieders die ook afhankelijk zijn van zoekmachines.

12.4.2 Wiens vrijheid van meningsuiting?

Over wiens vrijheid van meningsuiting gaat het bij de toepassing van de vrijheid van meningsuiting op de regulering van zoekmachines. De conclusie van dit proefschrift is dat alle drie directe belanghebbenden in het communicatieproces dat door zoekmachines wordt gemedieerd redelijke claims hebben vanuit het recht op vrijheid van meningsuiting en sommige van deze claims staan een direct juridische beroep toe. De analyse laat bijvoorbeeld zien dat de zoekmachine bescherming kan invoeren op basis van artikel 10 EVRM voor de publicatie van verwijzingen naar informatie op internet. De gebruiker kan bescherming invoeren voor het vrije gebruik van zoekmachines. En de aanbieder van informatie kan bescherming invoeren voor het toestaan dat zijn aanbod van informatie in zoekmachines terecht komt en vervolgens bij gebruikers.

In aanvulling op deze redelijk triviale voorbeelden zijn er gevallen waarin gesteld kan worden dat zoekmachines een versterkte bescherming toekomen op basis van artikel 10 EVRM vanwege de manier waarop zijn bijdragen aan de belangen op vrijheid van meningsuiting van aanbieders van informatie en eindgebruikers. Een goed voorbeeld is het beroep van de zoekmachine tegen een hypothetische verplichting om actief toezicht te houden op de rechtmatigheid van inhoud in de index. De voorspelbare negatieve gevolgen die een dergelijk toezicht zou hebben op de belangen van gebruikers om door de online informatie omgeving te navigeren, alsmede de functie van zoekmachines als een forum voor informatie aanbieders, zouden beiden beslissende factoren kunnen zijn bij de vaststelling dat deze inmenging niet toelaatbaar is.

Er bestaat ook een variëteit aan juridisch contexten waarin de belangen van zoekmedia, eindgebruikers en aanbieders van informatie bij de regeling van zoekmachines niet op één lijn liggen. Dit roept de vraag op welke belangen de doorslag dienen te geven vanuit het perspectief van de vrijheid van meningsuiting. Neem bijvoorbeeld de mogelijke – maar in de praktijk en om juridische redenen niet geadresseerd in deze studie onwaarschijnlijke – beslissing van zoekmachines om de *no-crawling* instructies te negeren met betrekking tot rechtmatige en publiek toegankelijke informatie die de zoekmachine van waarde acht voor gebruikers. In het juridisch conflict dat daaruit zou kunnen ontstaan, zou gesteld kunnen worden dat de zoekmachine een beroep kan doen op artikel 10 EVRM voor zijn eigen recht op toegang en het analyseren van publiek toegankelijke informatie online alsmede de belangen op toegang tot informatie van eindgebruikers.

Gezien het bovenstaande kan de vraag *wiens vrijheid van meningsuiting?* niet eenduidig beantwoord worden in de context van zoekmachines. Het is bovendien niet doenlijk om een gedetailleerde analyse te geven van de precieze betekenis van de vrijheid van meningsuiting in alle mogelijke juridische conflicten die zouden kunnen ontstaan in het kader van het opereren van zoekmachines. In plaats daarvan is gekozen voor een andere benadering, namelijk het komen tot een goed begrip van de typische beschermde belangen van zoekmachines, eindgebruikers en aanbieders van informatie, en het bieden van een algemeen kader voor de wijze waarop deze belangen in een aantal specifieke gevallen tegen elkaar zouden dienen te worden afgewogen. De analyse van de betekenis van de vrijheid van meningsuiting voor de pers, de ISP, en de bibliotheek, alsmede de conceptualisering van de

maatschappelijke rol van zoekmachines liggen daarvoor aan de basis, die mede zijn beslag krijgt in het derde deel van deze studie.

Voor de gebruikers van zoekmachines kan het door de vrijheid van meningsuiting juridische beschermde belang het beste gekarakteriseerd worden als het recht zichzelf in vrijheid te informeren. En dit te doen middels een verkenning van het volledige potentieel van het Web, en het vrije gebruik van de beschikbare zoektechnologie en diensten die de vindbaarheid van informatie, ideeën en bronnen in de genetwerkte publieke informatievoorziening faciliteren. Eindgebruikers wenden zoekmachines aan bij het vinden van nieuws en andere informatiebronnen, voor het vinden informatie over producten, cultuur, politieke kandidaten en ziektes, en voor het bereiken van bestemmingen en andere beschikbare diensten op internet. Het is duidelijk dat de vrijheid van de gebruikers het recht omvat om te kiezen welk specifieke zoekmedium te gebruiken. Bovendien heeft de gebruiker een belang bij de beschikbaarheid van zoekmedia van hoge kwaliteit maar dit belang is niet direct te vertalen naar een juridische claim waar de gebruiker zich op kan beroepen. Dit belang van de eindgebruiker is een aspect van de vrijheid van meningsuiting dat kan bijdragen aan de wetgevings- en reguleringspraktijk ten aanzien van de zoekmachinemarkt en de bevordering van robuuste vindbaarheid meer in het algemeen.

Voor de aanbieders van informatie op internet kan het door de vrijheid van meningsuiting juridisch beschermde belang het beste worden begrepen als de vrijheid opgenomen te worden in de zoekmachine index en zo een weg te vinden naar een publiek. Wat op het spel staat voor aanbieders van informatie kan ook gezien worden in termen van representatie. De opname in de index is een voorwaarde om überhaupt gevonden te worden. Als geen enkele zoekmachine een bepaalde bron van informatie op zou nemen, zou deze bron de mogelijkheid onthouden worden om aandacht en legitimiteit te verwerven. Hetzelfde kan gezegd worden over een ongunstige behandeling door de beslissingen in het kader van de selectie en rangschikking van resultaten. Het is echter onmogelijk om te stellen dat alle aanbieders van informatie een juridische claim hebben om in invloedrijke algemene zoekmachines opgenomen te worden, of gunstig behandeld te worden door de algoritmes voor de selectie en rangschikking. Naast het feit dat dit niet mogelijk is in de praktijk, zou deze stelling voorbij gaan aan de legitieme gronden die een zoekmachine kan hebben voor de de-indexering van informatie aanbieders of voor een ongunstige rangschikking, gronden direct verbonden met de bescherming van zoekmachine aanbieders onder de vrijheid van meningsuiting en de belangen van gebruikers. Het best mogelijke resultaat vanuit het oogpunt van informatie aanbieders is dat zij een recht hebben op eerlijke behandeling en dat het ingrijpen door invloedrijke zoekmachine aanbieders in hun mogelijkheid effectief een publiek te bereiken redelijk dient te zijn en gerechtvaardigd.

In de discussie over het waarborgen van de belangen van informatie aanbieders in hun relatie met zoekmachines is het belangrijk de controle te onderkennen die zij in de praktijk hebben over hun indexering en rangschikking in resultaten. Deze controle is aanzienlijk en leidt tot de voortdurende manipulatie van zoekresultaten. Het leidt ook tot de de-indexering van rechtmatige publiek toegankelijke informatie door middel van het gebruik van robots.txt instructies. Vanuit het perspectief van de vrijheid van meningsuiting is de juridische druk om deze instructies in dit soort gevallen toe te passen duidelijk problematisch, druk die er op uit is om de invloed teniet te doen van rechtmatige informatie die gezien zou kunnen worden als schadelijk of te gevoelig. De effectiviteit waarmee zoekmachines zoals Google de genetwerkte informatievoorziening ontsluiten kan deze druk op informatie aanbieders verklaren. Het mogelijke resultaat kan echter geenszins gunstig worden genoemd vanuit het perspectief van gebruikers om zich vrij over het Web te begeven en zichzelf te informeren.

Zoekmachines hebben een grotere variëteit aan juridische claims onder de vrijheid van meningsuiting. Ten eerste zijn de basale operaties van zoekmachines die aan de basis liggen van de productie van verwijzingen duidelijk beschermd. Het gaat om het crawlen van informatie, en het aanbieden van een publiek toegankelijke website waarop verwijzingen worden gepubliceerd in antwoord op de zoekopdrachten van gebruikers. Het gewicht dat aan

deze bescherming dient te worden toegekend kan worden verzwaaard vanwege de wijze waarop zoekmachines bijdragen aan de vrije informatie uitwisseling op het Web in het algemeen en aan de communicatieve belangen van internetgebruikers en informatie aanbieders in het bijzonder.

Het is belangrijk te onderkennen dat het leerstuk van de vrijheid van meningsuiting, zoals in het geval van persvrijheid, inhoudt dat de wijze waarop zoekmachines bijdragen aan de idealen die aan de vrijheid van meningsuiting ten grondslag liggen en het functioneren van de genetwerkte informatieomgeving als geheel, centraal de aandacht verdienen. Meer fundamenteel kan de grond voor het toekennen van bescherming aan zoekmachines om vrij te opereren uiteindelijk gevonden worden in het publieke belang bij een rijke en robuuste infrastructuur voor het maatschappelijke proces van de ontsluiting van het World Wide Web. Dit is een ander argument om verder te kijken dan Google. Het bovengenoemde maatschappelijke proces is een complex fenomeen waarin Google een belangrijke rol mag spelen maar waaraan een grote variëteit aan organisaties, diensten, praktijken en technieken een bijdrage levert. Bovendien is de manier waarop dit proces is georganiseerd nog steeds relatief open, in overeenstemming met de ontwerpbeginselen van het World Wide Web zoals besproken in Hoofdstuk 2, en is dit mede sterk afhankelijk van de mogelijke input van de gehele verzameling van schrijvers en gebruikers op het Web.

De juridische bescherming van de zoekmachine op grond van de vrijheid van meningsuiting voor het rangschikken en selecteren is één van de interessantste vragen die in deze studie behandeld wordt. Hoofdstuk 8 kijkt naar vroege Amerikaanse rechtspraak over de wijze waarop de beslissingsvrijheid van zoekmachines om de selectie en rangschikking van hun keuze toe te passen, specifiek in conflicten met informatieaanbieders over ongunstige behandeling, bescherming verdient als redactionele keuze. In de uitspraak *SearchKing* past een rechtbank in Oklahoma de standaarden voor de redactionele vrijheid voor de pers, zoals ontwikkeld door het *Supreme Court* in uitspraken zoals in *Miami Harold* en *Sullivan*, toe op de vrijheid van zoekmachines om te beslissen welke zoekresultaten te selecteren en hoe deze te rangschikken in antwoord op zoekopdrachten van gebruikers.

Aangezien het aanbieden van zoekmachines het maken van keuzes impliceert over de waardering van bronnen van informatie en de wijze waarop bijgedragen kan worden aan de verschillende informatiebehoefte van individuen en het publiek is er veel te zeggen voor deze conclusie van de rechtbank in Oklahoma. De keuze van zoekmachineaanbieders hoe te selecteren, rangschikken en presenteren kan gezien worden als een redactioneel proces dat bescherming verdient op basis van de vrijheid van meningsuiting. De voornamelijk geautomatiseerde wijze waarop dit soort keuzes hun beslag krijgen zegt minder over de aard van deze keuzes dan over de massaliteit van de index en de manier waarop technologische innovatie nieuwe manieren heeft opgeleverd om toegang te bieden tot digitale informatie collecties en deze te organiseren. Een goed begrip van de maatschappelijke rol van zoekmachines wijst in dezelfde richting: door de publiciteit van bepaalde informatie en ideeën in hun index te prioriteren helpen zoekmachines de idealen van universele toegang tot en de navigatie van het gehele Web enerzijds en de informatiekwaliteit anderzijds te reconciliëren.

Het verdient opmerking dat het accepteren dat de beslissingen van zoekmachine aanbieders hoe te selecteren, rangschikken en presenteren niet impliceert, in elk geval niet in de Europese context, dat deze keuzevrijheid onbegrensd is, of niet zou kunnen worden beperkt. De conclusie dat er misschien geen eenduidig juiste wijze is of zou moeten zijn voor het selecteren en rangschikken van zoekresultaten betekent niet dat er geen juridisch ontoelaatbare keuzes op dit gebied zouden kunnen bestaan. In het kader van artikel 10 EVRM blijven proportionele beperkingen mogelijk, bijvoorbeeld in het kader van de toepassing van algemeen toepasselijke wetgeving, zoals het (oneerlijke) mededingingsrecht en het algemene aansprakelijkheidsrecht. Men kan zich bovendien bepaalde redactionele keuzes voorstellen die op zichzelf beschouwd onrechtmatig zouden kunnen zijn, zoals de keuze om algoritmes te gebruiken die specifiek gericht zijn op het aanrichten van schade of welke schade

opleveren zonder enig te rechtvaardigen doel te hebben. Het recht op vrijheid van meningsuiting in artikel 10 EVRM is verder niet absoluut en kan worden ingeperkt worden met een beroep op de rechten en vrijheden van anderen. Het is mogelijk zich beperkingen op invloedrijke zoekmachineaanbieders voor te stellen die er op gericht zijn te garanderen dat de communicatieve belangen van informatie aanbieders en eindgebruikers voldoende gewaarborgd zijn.

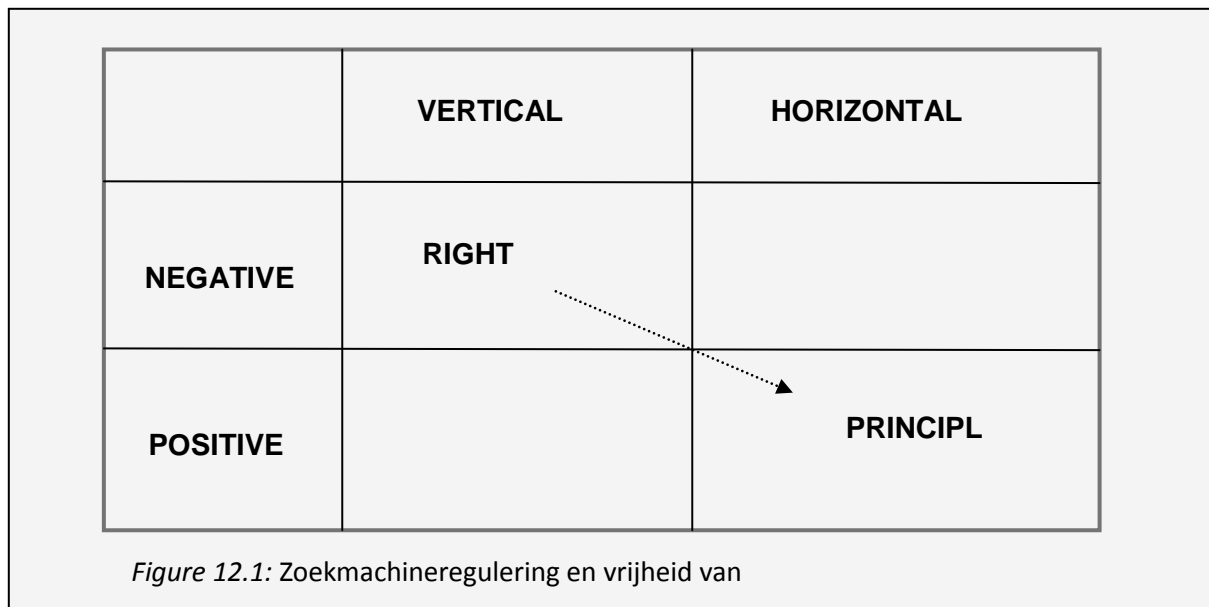
Van bijzonder belang in de Europese context is de vraag naar de plichten en verantwoordelijkheden van zoekmachines die verbonden zijn met de uitoefening van het recht op vrijheid van meningsuiting. De plichten en verantwoordelijkheden in artikel 10 EVRM zijn verbonden met de uitoefening van communicatieve vrijheden en moeten worden geïnterpreteerd in het licht van de omstandigheden van deze tijd, in welke zij volgens het Hof in belang zijn toegenomen. De potentiële invloed van het medium alsmede de aard van de inhoud die kan worden gevonden in een zoekmachine zullen een mogelijke rol spelen bij de vaststelling van zijn plichten en verantwoordelijkheden. Met andere woorden, het is mogelijk dat een grote algemene zoekmachine zoals Google, met een bijzonder invloed op de publieke informatievoorziening, versterkte plichten en verantwoordelijkheden draagt vanwege zijn wijd verspreide gebruik. Het is in dit verband van waarde op te merken dat hoe meer een medium doet met betrekking tot het voldoen aan professionele standaarden met betrekking tot kwaliteit en de wijze van communiceren, des te meer het zich kan verdedigen tegen mogelijke beperkingen.

In het algemeen is het zo dat het gebrek aan redactionele controle met betrekking tot de daadwerkelijke inhoud waarnaar verwezen wordt, en het gebrek aan toezicht met betrekking tot de opname van informatie in de index, de bescherming van zoekmachines in het kader van artikel 10 EVRM zouden kunnen verzwakken. Er zijn echter andere argumenten voor minder strenge of andersoortige plichten en verantwoordelijkheden van zoekmachines met betrekking tot de kwaliteit van verwijzingen in zoekmachines. Het kan gesteld worden dat plichten en verantwoordelijkheden beide kanten op dienen te werken. Aan de ene kant zouden ze een professionele verantwoordelijkheid voor zoekmachines kunnen inhouden om zich druk te maken om de kwaliteit van hun verwijzingen en deze te bevorderen. Aan de andere kant zouden ze een zorgplicht kunnen inhouden om te streven naar volledigheid en niet te makkelijk over te gaan tot verwijdering van informatie uit de index. Een belangrijk normatief beginsel uit de rechtspraak van het Hof (*Open Door*) is dat wanneer een medium de beslissing hoe te handelen op basis van de verschaft informatie overlaat aan de ontvanger in beginsel niet verantwoordelijk gehouden kan worden voor deze beslissingen. Des te meer faciliterend de zoekmachine zich opstelt ten aanzien van de beslissingsautonomie van zijn gebruikers, des te meer bescherming het zou krijgen tegen inmenging die een bepaalde reactie bij het publiek tracht te voorkomen.

12.5 De rol van de overheid: reden voor terughoudendheid en ruimte voor actie

Op grond van het bovenstaande is het ook mogelijk de betekenis te bespreken van de vrijheid van meningsuiting voor de juiste rol van de overheid in het kader van de regulering van zoekmachines. Deze bespreking is ook belangrijk voor het laatste deel van deze studie, waar de vraag behandeld wordt hoe een aantal specifieke toepassingen van recht en regulering in het kader van zoekmachines dienen te worden gezien. Het is nuttig om, zoals in Hoofdstuk 4, de algemene normatieve betekenis van het recht op vrijheid van meningsuiting te onderscheiden op basis van de verschillende modaliteiten van inmenging door de Staat en regulering. Deze betekenis hangt aan de ene kant af van het karakter van de juridische relatie: verticaal of horizontaal. Aan de andere kant hangt deze af van de vraag of de overheidsinmenging in voorliggende gevallen moet worden gekarakteriseerd als een inmenging met, of als het bevorderen van de vrijheid van meningsuiting van een of meerdere van de betrokkenen. Het bovenstaande maakt het mogelijk een kwadrant te construeren voor de verschillende modaliteiten voor de rol van de overheid, dat de verschillende wijzen waarop de vrijheid van meningsuiting betekenis krijgt in de regulering van zoekmachines visualiseert (Zie figuur 12.1 hieronder).

De juridische vraagstukken met betrekking tot de juridische regeling van zoekmachine die in deze studie behandeld worden kunnen in dit kwadrant geplaatst worden. De bescherming van commerciële zoekmachine aanbieders op basis van artikel 10 EVRM om verwijzingen te publiceren naar het materiaal van anderen zonder illegitieme overheidsinmenging moet geplaatst worden in het kwadrant linksboven. Het vraagstuk of te strenge tussenpersoon aansprakelijkheid voor zoekmachines zou kunnen leiden tot de uitsluiting van rechtmatig materiaal in zoekmachines is een voorbeeld dat past in het kwadrant rechtsboven. De publieke financiering van zoekmachines voor gebruikers in het licht van hun belangen bij de toegankelijkheid van informatiebronnen en zoekmedia van hoge kwaliteit kan geplaatst worden in het kwadrant linksonder. En de manier waarop overheidsregulering zou kunnen proberen bij te dragen aan toegankelijkheid en diversiteit voor eindgebruikers is een voorbeeld dat kan worden geplaatst in het kwadrant rechtsonder.



Het is belangrijk vast te stellen dat het karakter van het recht op vrijheid van meningsuiting verandert als men beweegt van de linkerbovenhoek naar de rechteronderkant in het kwadrant. De vrijheid van meningsuiting als juridisch recht is het sterkst in het kwadrant linksboven en correspondeert met fundamentele verplichtingen voor de overheid tegen inmenging en juridisch afdwingbare rechten van benadeelde private partijen tegen dergelijke inmenging. Naar beneden en naar rechts verandert dit karakter en is het mogelijk beter te spreken van een juridisch en reguleringsbeginsel dan van een fundamenteel recht.

Bovendien is het zo dat in horizontale relaties de verschillende fundamentele belangen voortvloeiend uit de vrijheid van meningsuiting en geconceptualiseerd in de vorige paragraaf tegen elkaar dienen te worden afgewogen. Een dergelijke afweging omvat natuurlijk ook andere fundamentele en rehtens beschermde belangen. Indien een Staat handelt op grond van zijn positieve verplichting op grond van artikel 10 EVRM, of in het algemeen handelt ter bevordering van de vrijheid van meningsuiting, bestaat er een aanzienlijke marge met betrekking tot de precieze invulling van dit handelen. Een dergelijke positieve inmenging met betrekking tot de regeling van zoekmachines moet natuurlijk ook acht slaan op de bescherming van zoekmachines op grond van hun recht op vrijheid van meningsuiting als afweerrecht.

Bij het bestuderen van een juiste regulering van het zoekproces in horizontale relaties kan worden vastgesteld dat de manier waarop de afweging van belangen uiteindelijk dient plaats te vinden en de mate waarin een positieve rol van de overheid wenselijk zou kunnen zijn, afhangt van de specifieke omstandigheden alsmede de bredere

context. Een eerste factor die in dit verband van belang is, is de mate waarop een minimaal niveau van effectieve uitoefening van het recht op vrijheid van meningsuiting van eindgebruikers en informatieaanbieders in het geding is. De samenstelling van de markt en een analyse van de daadwerkelijke praktijk van invloedrijke zoekmachines kan een belangrijke rol spelen bij de beantwoording van deze vraag.

Het derde deel van dit proefschrift verkent en illustreert de manier waarop een goed begrip van de betekenis van de vrijheid van meningsuiting kan bijdragen aan de juiste invulling van de juridische inmenging en regulering met betrekking tot toegang en kwaliteit in het kader van zoekmachines. De belangrijkste conclusies uit deze hoofdstukken worden hier in perspectief geplaatst, waarbij ook acht geslagen wordt op de hierboven getrokken conclusies. Meer in het bijzonder presenteren de volgende paragrafen de conclusies uit Hoofdstuk 9 en 10 over de manier waarop de vrijheid van meningsuiting kan worden gebruikt om het bestaande recht en regulering, zoals toegepast op zoekmachines, te verbeteren.

Het moet hier genoemd worden dat de analyse van de in deze studie behandelde problematiek geen aanleiding is een algemene sectorspecifieke reguleringsaanpak van zoekmachines aan te bevelen, zoals deze bijvoorbeeld bestaat voor internet toegangsaanbieders of audiovisuele media. De legitieme beroepen van zoekmachineaanbieders die volgen uit de vrijheid van meningsuiting impliceren dat een specifiek kader van verplichtingen met betrekking tot de regeling van informatiestromen in het kader van zoekmachines problematisch zou zijn en dat zelfregulering in de sector te verkiezen is. Natuurlijk is het wel zo dat de kwaliteit van zelfregulering een punt van aandacht kan zijn, en het blijft mogelijk in het kader van specifieke vraagstukken regels te stellen die zien op zoekmachines. Sectorspecifieke regulering van de meeste van de in deze studie genoemde vraagstukken zou ook moeilijk zijn vanwege de heterogeniteit en verschillen in schaal van de verscheidene actoren en diensten die bijdragen aan de maatschappelijke rol van zoekmachines en vergelijkbare handelingen verrichten.

12.5.1 Tussenpersoon aansprakelijkheid en co-regulering met betrekking tot inhoud

De vraag naar de afgeleide aansprakelijkheid is in Europa één van de meest belangwekkende juridische vraagstukken voor zoekmachines. Door het Web te ontsluiten maken zoekmachines illegale, onrechtmatige of schadelijke informatie gepubliceerd op internet makkelijker toegankelijk voor internet gebruikers. Deze stand van zaken, die natuurlijk ook de verdiensten van zoekmachines aantoonst met betrekking tot het faciliteren van toegang tot informatie voor eindgebruikers, roept de vraag op in hoeverre zoekmachines juridisch verantwoordelijk gehouden kunnen worden voor hun rol in het faciliteren van deze toegang. Deze vraag is in de Europese context jammer genoeg niet duidelijk beantwoord.

In de regeling van tussenpersoon aansprakelijkheid op internet in de Verenigde Staten gelden specifieke beperkingen op aansprakelijkheid voor zoekmachines. Eenzelfde soort kader is opgenomen in de Richtlijn Elektronische Handel in de EU, maar dit kader van *safe harbors* voor tussenpersonen kent geen specifieke *safe harbor* voor zoekmachines. Bovendien is het zo dat dit kader in de EU in het algemeen vrij slecht rekening houdt met de vrijheid van meningsuiting en het daaruit voortvloeiende belang van de vrije uitwisseling van informatie middels verschillende tussenpersonen. Het karakter van de Richtlijn Elektronische Handel, welke nationale regels met betrekking tot diensten van de informatiemaatschappij en elektronische handel harmoniseert, heeft mogelijk ook in de weg gestaan aan een juiste adressering van deze belangen van hoofdzakelijk niet-economische aard.

Het resultaat van dit gebrek aan een specifieke *safe harbor* voor zoekmachines is een complexe lappendeken van verschillende juridische benaderingen in de lidstaten met betrekking tot de afgeleide aansprakelijkheid van zoekmachines. Recente rechtspraak van het Hof van Justitie van de EU met betrekking tot de aansprakelijkheid voor merkenrechtsschendingen heeft verder bijgedragen aan de verwarring, door ruimte te laten voor de toepassing van de bestaande *safe harbor* voor opslag activiteiten op zoekmachines, voor zover hun activiteit een

“louter technisch, automatisch en passief karakter” heeft. Deze standaard is niet geschreven met zoekmachines in gedachten en verhoudt zich slecht met het begrip van het functioneren van zoekmachines als medium in deze studie.

De rechtsonzekerheid met betrekking tot afgeleide aansprakelijkheid van zoekmachines, in combinatie met doorlopende druk middels rechtszaken en vanuit publieke autoriteiten met regulering, is problematisch vanuit het perspectief van de vrijheid van meningsuiting. Het kan er toe leiden dat zoekmachines te welwillend reageren op notificaties van illegale of onrechtmatige inhoud in hun index, hetgeen de communicatieve belangen van eindgebruikers en informatieaanbieders bij de regeling van zoekmachines zou schaden. Het maakt het ook moeilijker om überhaupt een zoekmachine aan te bieden in Europa, hetgeen een negatieve invloed heeft op de ontwikkeling van een robuuste en diverse infrastructuur voor de ontsluiting van het Web.

De tweede evaluatie van de Richtlijn Elektronische Handel, gestart aan het einde van 2010, biedt een mogelijkheid om op de positie van zoekmachines in het kader van safe harbors in de EU te reflecteren. Het kan opnieuw zo zijn dat de aard van de richtlijn impliceert dat de nadruk zal komen te liggen op de regeling van economische aspecten met betrekking tot de online omgeving. Bovendien is het mogelijk dat het onderwerp van afgeleide aansprakelijkheid van zoekmachines te controversieel blijkt te zijn. Het is echter duidelijk dat een positie van de Europese Commissie met betrekking tot de aansprakelijkheid van zoekmachines ten minste een balans zou moeten weerspiegelen tussen de belangen die spelen op grond van de vrijheid van meningsuiting enerzijds en de noodzaak tot handhaving van intellectuele eigendomsrechten, schendingen van de eer en goed naam, het recht op privacy en andere beperkingen op de rechtmatigheid van communicatie anderzijds. Bij het kijken naar een juiste *safe harbor* voor zoekmachines kan gesteld worden dat een *safe harbor* die een ‘*notice en takedown*’ procedure veronderstelt niet optimaal is, gezien de rol van zoekmachines in de ontsluiting van het Web. Het zou zoekmachines op een onjuiste manier behandelen als distributeurs. Aan de andere kant is een absolute immuniteit voor de reputatie en privacy schendingen zoals deze zoekmachines geboden wordt door artikel 230 van de *Communications Decency Act* in de Verenigde Staten niet consistent met fundamentele Europese rechtsbeginselen, in het bijzonder het recht op respect voor privéleven (artikel 8 EVRM). Europa zal wat dat betreft haar eigen antwoord moeten formuleren op de complexe vraag naar de afgeleide aansprakelijkheid van zoekmachines.

Het gebrek aan duidelijkheid over de daadwerkelijke juridische verantwoordelijkheid met betrekking tot de inhoud van derden maakt ook de vrijwillige deelname in zelfreguleringsinitiatieven problematischer. Vanuit het perspectief van de vrijheid van meningsuiting is het belangrijk dat het zelfreguleringsparadigma, welk ook een grote rol speelt in de context van de pers, vergezeld gaat van een verduidelijking van de juridische verantwoordelijkheid van zoekmachines voor illegale of onrechtmatige inhoud. Op het moment kan de bereidheid om toe te geven aan buitenrechtelijke druk om deel te nemen aan zelfregulering – in de vorm van het blokkeren van verwijzingen of op basis van zwarte lijsten – eigenlijk niet gezien worden als vrijwillig. De informele rol van publieke autoriteiten in deze initiatieven is ook problematisch vanuit het perspectief van de vrijheid van meningsuiting, gezien de fundamentele juridische eis op grond van artikel 10 EVRM dat inmenging met het recht op vrijheid van meningsuiting in het recht dient te zijn verankerd.

12.5.2 Search engine quality: diversity, transparency and accountability towards end-users

Hoofdstuk 10 van dit proefschrift behandelt drie geselecteerde vraagstukken in het reguleringsdebat over zoekmachines op het punt van zoekmachinekwaliteit, met name met betrekking tot de vraag hoe zoekmachines hun zoekresultaten selecteren, rangschikken en presenteren. In de bestaande literatuur over de invloed van zoekmachines op de publieke informatievoorziening is veel gesproken over de mogelijke vormen van ‘*bias*’ in

commerciële zoekmedia, en de manier waarop deze mogelijk niet het belang dienen van gebruikers om zich in vrijheid te informeren. Deze gedachtelijn suggereert de mogelijkheid van een positieve agenda voor overheidsinmenging in de zoekmachinemarkt, gericht op het garanderen van de met de uit de vrijheid van meningsuiting voortvloeiende belangen voor gebruikers en informatieaanbieders bij de regeling van zoekmachines. De consolidatie in de zoekmachinemarkt, en de dominante positie van Google in het bijzonder, liggen ten grondslag aan de bestaande zorgen over de invloed van zoekmachines op de toegankelijkheid van informatie en ideeën en de waarden van diversiteit en pluralisme in de genetwerkte publieke informatievoorziening.

In een informatieomgeving die wordt gekarakteriseerd door overvloed dient een analyse van pluralisme en diversiteit speciaal aandacht te besteden aan zoekmachines en selectie intermediairs in het algemeen. Zij hebben in het bijzonder invloed op de informatie en ideeën waarmee internet gebruikers in aanraking komen. Bovendien en daaraan gerelateerd is het zo dat in een dergelijke omgeving die zich kenmerkt door overvloed, een analyse van diversiteit en pluralisme zich in het bijzonder dient te richten op het daadwerkelijk in aanraking komen met informatie en ideeën, in plaats van zich te concentreren op hetgeen beschikbaar is. Een aantal onderzoekers die deze invloed van zoekmachines bestudeerd heeft op het in aanraking komen met een divers informatieaanbod en de kwaliteit van het zoekproces, heeft gewaarschuwd voor bepaalde vormen van zoekmachine *bias*. Hoofdstuk 10 concludeert dat sommige van deze kritieken van *bias* in zoekmachines het best begrepen kunnen worden als een demystificatie van utopische verwachtingen over de gelijkheid brengende, democratiserende, en de-mediërende gevolgen van internet en het World Wide Web. Voor zover deze verwachtingen gewoonweg onrealistisch, onhoudbaar of zelfs ongewenst zijn, zoals het idee dat zoekmachines de toegang tot informatie en ideeën op volledig gelijke voet zouden moeten garanderen, zijn deze kritieken niet echt verrassend en kunnen ze ook niet dienen als basis voor een verdere analyse in dit kader.

Een eerste punt van zorg bij een beschouwing van het aanbod van zoekmachines in de Europese context vanuit het perspectief van diversiteit en pluralisme, is de consolidatie van de zoekmachinemarkt. Een tweede en gerelateerd punt van mogelijke zorg is de invloed van de dominante zoekmachine op de Europese markt, Google. Deze studie komt tot de conclusie dat er niet genoeg bewijs is voor een negatieve invloed van de huidige structuur van de markt op diversiteit en pluralisme die noopt tot specifieke reguleringsactiviteit. In zijn algemeenheid is het zo dat de beschikbaarheid van algemene zoekmachines op zichzelf een positieve bijdrage levert aan de waarde van pluralisme en diversiteit voor eindgebruikers, vanwege de diversiteit van informatie en ideeën op het World Wide Web. Er bestaat ook nog steeds een variëteit aan alternatieven voor zoekmachines – en voor Google – die internet gebruikers helpen met het vinden van of in aanraking komen met informatie en ideeën die misschien geen prominente positie hebben in de resultaten van grote zoekmachineaanbieders.

Om de vraag naar de invloed van zoekmachines op diversiteit en pluralisme goed te kunnen beantwoorden is meer onderzoek nodig naar de effecten van concurrentie in de zoekmachinemarkt op de kwaliteit van zoekmachines. Aan de ene kant zou het zo kunnen zijn dat zoekmachines precies hetzelfde handelen in hun concurrentie naar gebruikers. Aan de andere kant is het mogelijk dat een gebrek aan concurrentie de druk om te innoveren op het punt van zoekmachinekwaliteit voor gebruikers vermindert. Andere open vragen die in dat kader dienen te worden bestudeerd zijn de specifieke invloed van invloedrijke spelers op de diversiteit van zoekresultaten alsmede de vraag of andere spelers in de genetwerkte publieke informatievoorziening de mogelijke zorgen ten aanzien van de concentratie in de markt voor zoekmachines verzachten.

Het verdient wel opmerking dat zoekmachines een stuk duidelijker zouden kunnen zijn over de waarde die zij hechten aan de diversiteit van zoekresultaten alsmede de eerlijke representatie van verschillende informatieaanbieders. De analyse laat zien dat algemene zoekmachines in werkelijkheid een aantal incentives en

mogelijkheden hebben om diversiteit te bevorderen. Tegelijkertijd impliceert het verdienmodel van zoekmachines dat zij bovenal geïnteresseerd zullen zijn in het optimalisatie van hun aanbod in het licht van bepaalde informatiebehoefte van gebruikers van commerciële aard, en in het licht van hun rol als marketing kanaal voor adverteerders. Dit kan en leidt ook daadwerkelijk tot een reductie van de diversiteit van de eerste verzameling zoekresultaten en vermindert het aantal resultaten dat in andere informatiebehoefte van gebruikers voorziet. De personalisatie van zoekresultaten kan ook problematisch worden vanuit het perspectief van diversiteit en pluralisme, maar de vraag of dit daadwerkelijk het geval is hangt af van de waarden en beginselen die ten grondslag liggen aan dergelijke personalisatie en vergt meer onderzoek.

Het meest problematisch vanuit het perspectief van diversiteit en pluralisme is de invloed die sommige informatieaanbieders hebben op de kwaliteit van zoekresultaten en de algemene robuustheid van de zoekmachine als medium. Zoekmachine 'optimalisatie' vervult ook een legitieme functie, maar zorgt in de praktijk ook voor dat legitieme bronnen van informatie uit het blikveld van gebruikers verdwijnen. Het is zorgwekkend dat invloedrijke zoekmachines deze praktijk niet perse problematisch achten en dat Google deze praktijk zelfs aanbeveelt. Meer in het algemeen is het zo dat de bestaande mogelijkheden om invloed uit te oefenen op zoekmachine resultaten en te participeren in de advertentieprogramma's van zoekmachines het te verwachten is dat er een bias optreedt in zoekresultaten richting informatie aanbieders met voldoende financiële of organisatorische middelen in de concurrentie naar gunstige plaatsing. Dit is een punt van zorg dat specifieke aandacht verdient in de lopende activiteiten die zien op het monitoren, bevorderen en verhogen van diversiteit en pluralisme en de ontwikkeling van de genetwerkte publieke informatievoorziening in het algemeen.

Zoekmachinekwaliteit is in hoge mate afhankelijk van gebruikers zelf. Vanwege de interactieve aard van zoekmachinediensten, zal de kwaliteit van het zoekproces, vanuit het perspectief van diversiteit van informatie en ideeën waar de gebruiker mee in aanraking komt, afhangen van de gebruikers' algemene kennis, vaardigheden, en kritische houding met de zoekmachine interface. De adequate keuze voor een bepaalde zoekmachine, het op de hoogte zijn van alternatieven, het effectief formuleren en aanpassen van zoekopdrachten, en het gebruik van geavanceerde zoekopties zijn van aanzienlijke invloed zijn op de kwaliteit van het zoekproces van de internet gebruiker. Empirisch onderzoek maakt duidelijk dat de verwachtingen ten aanzien van gebruikersvaardigheden niet hooggespannen dienen te zijn en dat zelfs gebruikers die wel bedreven zijn in het zoeken vaak genoeg nemen met een snel en makkelijk antwoord. De vragen die dit oproept met betrekking tot de invloed van een zoekmachine als Google zijn niet nieuw en kunnen uiteindelijk het beste opgelost worden door middel van onderwijs.

Hoofdstuk 10 kijkt ook naar de vraag of het op adverteerders gebaseerde verdienmodel een punt van zorg zou kunnen zijn vanuit het oogpunt van de belangen van gebruikers in zoekmachines van hoge kwaliteit. Een beschouwing van de huidige praktijk ten aanzien van de scheiding die wordt aangebracht tussen gesponsorde en organische resultaten, een praktijk die gericht is op het beschermen van de belangen van gebruikers, blijkt te kort te schieten. Het verdient opmerking dat deze scheiding gebaseerd is op een klassieke scheiding in redactionele media. Zoekmachines opereren echter niet op een manier die de veronderstelde onafhankelijkheid en kwaliteitsgaranties van organische resultaten in deze praktijk kan garanderen. Daarnaast is het zo dat de parallel met klassieke redactionele media uiteindelijk ook geen stand houdt bij nadere beschouwing en daar blijkt verder dat de waarde van het onderscheid voor eindgebruikers ook twijfelachtig is vanwege de convergentie van organische en gesponsorde resultaten en hun optimalisatie.

Het bovenstaande wijst ook in de richting van een algemeen gebrek aan transparantie over het functioneren van zoekmachines, iets waar momenteel op vrijwillige basis informatie over wordt geboden. Deze vrijwillige transparantie in het kader van zoekmachines heeft een aantal duidelijke nadelen. Zoekmachines zoals Google

stellen zich te houden aan een reeks van goede gebruiken met betrekking tot de kwaliteit van zoekresultaten, maar een goed mechanisme om dit controleerbaar te maken ontbreekt. Tegelijkertijd kunnen transparantieplichtingen ook problematisch geacht worden. Op praktisch niveau zouden ze de mogelijkheid van zoekmachines om zich te weren tegen manipulatie van hun zoekresultaten kunnen aantasten. Meer fundamenteel zouden strikte transparantieplichtingen de vrijheid van meningsuiting van zoekmachine aanbieders kunnen aantasten om in relatieve vrijheid hun keuze te maken bij de beslissingen ten aanzien van het selecteren en rangschikken van resultaten. De verwachting kan worden uitgesproken dat het mededingingsrecht tot grotere transparantie zal leiden voor wat betreft de selecteer- en rangschikpraktijken van dominante zoekmachineaanbieders, aangezien een aantal klachten met betrekking tot misbruik van een dominante positie in de markt bij de Europese Commissie en nationale mededingingsautoriteiten liggen, alsmede in de Verenigde Staten. De daaruit voortvloeiende onderzoeken zullen op een bepaald moment ook de vraag moeten beantwoorden naar de redactionele vrijheid van zoekmachines bij het selecteren en rangschikken van zoekresultaten.

Het laatste deel van Hoofdstuk 10 behandelt het vraagstuk met betrekking tot de enorme hoeveelheid gebruiksgegevens die zoekmachines verzamelen, verwerken, en analyseren, vanuit het perspectief van de gegevensbescherming, de privacy van gebruikers en het recht op vrijheid van meningsuiting. Europese toezichthouders zijn tot de conclusie gekomen dat het verwerken van gebruiksgegevens valt onder het algemene recht met betrekking tot de bescherming van persoonsgegevens. Het huidige juridisch regime onderkent echter niet de speciale status van deze gegevens over het zoeken naar en toegang vinden tot informatie in de digitale omgeving. De aanbieders van zoekmachines concurreren met elkaar om meer en meer data van gebruikers te verzamelen. De betreffende dataverzamelingen zijn ongekend in omvang en zijn waardevol voor een reeks aan andere doeleinden als ze eenmaal verzameld zijn, doelen die niets te maken hebben met het faciliteren van toegang tot informatie en ideeën of marketing. Ze worden gewoonlijk opgeslagen op niet bekende locaties buiten de controle van eindgebruikers en zijn toegankelijk voor publieke instanties voor strafrechtelijke handhaving en nationale veiligheid onder een variëteit van toepasselijke lokale regels. De mogelijke *chilling effects* van het gebrek aan privacy in de context van zoekmachinegebruik en de meer in het algemeen bestaande noodzaak om de intellectuele vrijheid te beschermen zijn redenen om het aannemen van specifieke regels met betrekking tot de intellectuele vrijheid van zoekmachinegebruikers te overwegen.

De toenemende personalisatie en het gebrek aan transparantie met betrekking tot het profileren van eindgebruikers kan gezien worden als een gevaar voor de informationele autonomie van zoekmachinegebruikers. Het Europese persoonsgegevensbeschermingsrecht bevat al een aantal bepalingen die de transparantie en het verantwoording afleggen over deze vormen van het verwerken van gebruiksgegevens kan verhogen als deze data gezien kunnen worden als persoonsgegevens. Als de Europese toezichthouders het bij het rechte eind hadden met hun interpretatie van het persoonsgegevensbeschermingsrecht voor zoekmachines, en meer succes zullen hebben bij het opleggen van deze visie aan de markt, zou dit juridisch kader instrumenteel kunnen zijn in het beschermen van de informationele autonomie van eindgebruikers in de context van zoekmachines.

12.6 Conclusie

Zoekmachines op het Web, en de organisatie van informatie en ideeën die hieraan inherent zijn, zijn een nieuw fenomeen met technologische, culturele, economische en politieke dimensies. Hoewel deze studie zeker niet het laatste woord spreekt over dit onderwerp, levert het wel een belangrijke bijdrage aan het juridische en reguleringsdebat over de juiste regeling van zoekmachines, op basis van een hiervoor onderbelicht gebleven perspectief, namelijk de vrijheid van meningsuiting.

De gekozen conceptuele en institutionele benadering, door het bestuderen van de vrijheid van meningsuiting in beter begrepen en functioneel gerelateerde contexten, is waardevol gebleken en heeft geholpen bij het komen tot een goed geïnformeerd algemeen kader voor de betekenis van de vrijheid van meningsuiting voor de regulering van zoekmachines. Deze studie laat zien dat de rollen in de publieke informatievoorziening aan het verschuiven zijn en dat het opnieuw articuleren van de waarden die aan de vrijheid van meningsuiting ten grondslag liggen op het spel staat. In de genetwerkte publieke informatievoorziening heeft een fundamentele verschuiving plaatsgevonden van de regeling van toegang naar de regeling van toegankelijkheid. Het moge zo zijn, zoals sommige stellen, dat *“Internet treats censorship as damage and routes around it”*, de tussenpersonen die de relatieve toegankelijkheid van informatie en ideeën bepalen zouden ook kunnen om belangrijke conversaties heen kunnen routeren als gevolg van de inmenging door het recht of regulering of als gevolg van de dynamiek die inherent is aan het opereren van zoekmedia.

Gezien de centrale positie van zoekmachines in een informatieomgeving die zich kenmerkt door overvloed kan het belang van een kritische verhouding tot zoekmachines vanuit het perspectief van gebruikers alsmede op het niveau van regulering niet voldoende benadrukt worden. Deze verhouding moet echter vergezeld gaan van een onderkenning van de waarde van zoekmachines voor gebruikers en informatie aanbieders, het belang dat zoekmachines hun redactionele en organisatorische functies in vrijheid kunnen uitoefenen, alsmede de technologische en economische dimensies van zoekmachines. Deze studie toont aan dat er in de Europese context ruimte is om recht en regulering in dit kader niet zozeer te zien als mogelijke middelen om bepaalde praktijken in te perken, maar voor een positieve faciliterende rol van de Staat. Deze rol bestaat er uit te garanderen dat het geheel aan diensten, technologieën en maatschappelijke infrastructuur voor de ontsluiting van internet ongehinderd, robuust en open kan zijn en kan blijven.