

De baai geblokkeerd: piraten in het nauw?

Een onderzoek naar de toelaatbaarheid en het effect van het blokkeren van The Pirate Bay

Scriptie Ondernemingsrecht
Victor Sebastian Bouman
vsbouman@gmail.com

Begeleider: B.W. Schermer
Tweede lezer: A.C. Beunen

INHOUDSOPGAVE

1	Inleiding.....	3
1.1	Introductie.....	3
1.2	Methodologie	5
1.3	Leeswijzer.....	5
2	Technische achtergrond.....	6
2.1	Inleiding.....	6
2.2	Internet: toegang en communicatie	6
2.3	Bittorrent en The Pirate Bay	8
2.4	Blokkingstechnieken	9
2.5	Omzeilen van blokkeringen	10
3	Juridisch kader	14
3.1	Inleiding.....	14
3.2	Juridisch kader	14
3.3	Blokkingscasus.....	21
3.4	Tussenconclusie	27
4	Effectiviteit van de blokkering.....	29
4.1	Inleiding.....	29
4.2	Primaire en totale effectiviteit.....	29
4.3	Omzeiling	30
4.4	Substitutie	34
4.5	Tussenconclusie	36
5	Evenredigheid van de blokkering.....	37
5.1	Inleiding.....	37
5.2	Betrokken partijen	38
5.3	Toegang tot rechter.....	40
5.4	Betrokkenheid providers.....	40
5.5	Uitvoering door providers.....	41
5.6	Beperking van toegang tot informatie	44
5.7	Inbreuk op persoonlijke levenssfeer.....	48
5.8	Positie The Pirate Bay	49

5.9	Tussenconclusie	50
6	Alternatieve methoden van handhaving	52
6.1	Inleiding.....	52
6.2	Maatregelen tegen The Pirate Bay	55
6.3	Uploaders aanspreken.....	57
6.4	Overige maatregelen tegen toegangsprovider	59
6.5	Maatregelen tegen andere tussenpersonen.....	60
6.6	Tussenconclusie	62
7	Conclusie	64
8	Aanbevelingen	66
9	Geraadpleegde bronnen	68
9.1	Literatuur	68
9.2	Verkort aangehaalde rechtspraak	71
9.3	Verkort aangehaalde wetgeving	72
9.4	Rechtspraakoverzicht.....	72
Bijlage 1: Onderzoek effectiviteit blokkering		75
Bijlage 2: mail Niels Huijbregts (xs4all)		78

1 INLEIDING

1.1 Introductie

Sinds enige tijd stuiten abonnees van een aantal grote Nederlandse providers bij het bezoeken van torrent-site The Pirate Bay op de mededeling dat de site niet beschikbaar is in verband met een door de rechter opgelegde blokkering. Deze afsluiting is het gevolg van een tweetal uitspraken van de Haagse rechtbank, waarvan de eerste uit januari 2012 stamt. Hierin heeft de rechter op vordering van BREIN – een stichting die namens rechthebbenden strijdt tegen piraterij – de internettoegangsproviders Ziggo en XS4ALL opgedragen die site onbereikbaar te maken voor hun abonnees.¹ Deze uitspraak vormt een hoogtepunt in de lange juridische strijd van BREIN tegen The Pirate Bay, die begon in 2009. Na een vordering van de stichting oordeelde de rechter toen dat de beheerders van de site deze onbereikbaar moesten maken voor Nederlandse internetters.² The Pirate Bay heeft, ondanks de hoge dwangsommen die de rechter had gesteld, geen gehoor gegeven aan deze uitspraak en biedt tot op de dag van vandaag torrents met auteursrechtelijk beschermd materiaal aan in Nederland.

Nu het aanpakken van de site zelf niet bleek te lukken, omdat de eigenaren onvindbaar waren of beweerden niets met de site van doen te hebben,³ gooide BREIN het over een andere boeg. In een proefproces vorderde de stichting van Ziggo, de grootste provider van Nederland, dat het bedrijf de toegang tot The Pirate Bay zou blokkeren. Hoewel de voorzieningenrechter deze vordering in juli 2010 afwees,⁴ werd zij in de bodemprocedure in 2012 alsnog toegewezen. In mei 2012 legde de Haagse rechtbank in kort geding vervolgens dezelfde maatregel op aan UPC, Tele2, KPN en T-Mobile,⁵ waardoor negentig procent van de Nederlandse breedbandabonnees⁶ geen toegang meer heeft tot 's werelds populairste torrent-site.⁷

Deze twee zaken staan niet op zichzelf: in diverse Europese landen is op uiteenlopende wijzen geprobeerd om aanbieders van inbreukfaciliterende sites als The Pirate Bay te bewegen hun diensten te staken. Waar dit niet lukte, zijn organisaties van rechthebbenden veelal overgegaan tot het langs gerechtelijke weg door toegangsproviders laten blokkeren van de betreffende websites. In onder meer het Verenigd Koninkrijk,⁸

¹ Rb 's-Gravenhage 11 januari 2012, *LJN* BV0549, r.o. 5.3 (*BREIN/Ziggo & XS4ALL*).

² Rb Amsterdam (vzr.) 30 juli 2009, *LJN* BJ4298, r.o. 3.2 en 3.3; Rb Amsterdam 16 juni 2010, *LJN* BN1626, r.o. 3.2.

³ A. de Vrieze 'The Pirate Bay negeert vonnis', *3voor12* 3 maart 2010, www.3voor12.nl; J. Bakker, 'Brein spoort Pirate Bay-beheerder op', *Webwereld* 20 augustus 2010; U. van der Pluijm, '2010: Brein stoeit met The Pirate Bay en usenet', *Webwereld* 27 december 2010, www.webwereld.nl.

⁴ Rb 's-Gravenhage (vzr.) 19 juli 2010, *LJN* BN1445 (*BREIN/Ziggo*).

⁵ Rb 's-Gravenhage 10 mei 2012, *LJN* BW5387 (*BREIN/UPC e.a.*).

⁶ BREIN/UPC e.a., r.o. 2.27.

⁷ Ernesto, 'Top 10 Most Popular Torrent Sites of 2012', *Torrentfreak* 7 januari 2012, torrentfreak.com/top-10-most-popular-torrent-sites-of-2012-120107/.

⁸ High Court of England and Wales, Chancery Division 28 juli 2011, nr. [2011] EWHC 1981 (Ch) (*Newzbin2*); High Court of England and Wales, Chancery Division 2 mei 2012, nr. [2012] EWHC 1152 (Ch) (*Dramatico/BSkyB II*).

Italië,⁹ België¹⁰ en Denemarken¹¹ werden dergelijke vorderingen toegewezen, terwijl in Noorwegen eenzelfde vordering werd afgewezen.¹²

Hoewel verschillende rechters in Europa dus menen dat het blokkeren van bepaalde websites een goede oplossing is om auteursrechten op internet te handhaven, is de maatregel niet onomstreden. Onder meer de Tweede Kamer¹³ en Eurocommissaris Reding¹⁴ hebben stelling genomen tegen deze vorm van handhaving, evenals digitale burgerrechtenbeweging Bits of Freedom¹⁵ en verschillende deskundigen.¹⁶ Ook de tot blokkeren gedwongen providers keren zich tegen de maatregel; zij hebben dan ook vrijwel allemaal hoger beroep aangetekend tegen de twee uitspraken van de rechtbank.¹⁷

Tegenstanders vrezen onder meer voor het ontbreken van legitieme sites en informatie, en wijzen daarbij op alternatieven, zoals een uitbreiding van het legale aanbod en het aanspreken van de aanbieders van illegaal materiaal. Toch zijn deze partijen in het algemeen, ondanks hun verzet tegen de blokkades, wel van mening dat films, muziek, software en andere digitaal te vervaelvoudigen werken auteursrechtelijke bescherming verdienen. Deze mening deel ik, en daarom zal ik het belang van het auteursrecht, en van de handhaving daarvan in de huidige informatiemaatschappij, in deze scriptie ook niet ter discussie stellen. Wat wel ter discussie zal staan, is de vraag hoe dit recht gehandhaafd dient te worden, en in het bijzonder de vraag of blokkeren daarvoor de aangewezen wijze is. De hoofdvraag van mijn scriptie luidt daarom:

Is het door providers laten blokkeren van The Pirate Bay een geschikte manier om het auteursrecht op internet te handhaven?

Om tot een antwoord op deze vraag te komen, zal ik eerst de volgende vier deelvragen beantwoorden:

- *Wat is de juridische basis voor deze blokkades?*
- *Zijn de blokkeringen in de praktijk effectief?*
- *Is blokkeren evenredig ten aanzien van de betrokken partijen?*
- *Welke alternatieven zijn er om auteursrechten op internet te handhaven?*

⁹ Corte Suprema di Cassazione (Hof van Cassatie, Italië) 23 december 2009, n. 49437/09.

¹⁰ Hof van Beroep Antwerpen (België) 26 september 2011, nr. 3399, rep. 2011/8314 (*BAF/Telenet & Belgacom*).

¹¹ Højesteret (Hoge Raad, Denemarken) 27 mei 2010, sag 153/2009 (*Telenor/IFPI*).

¹² Borgarting lagmannsrett (Hof van Beroep, Noorwegen) 9 februari 2010, nr. 10-006542ASK-BORG/04.

¹³ *Kamerstukken II* 2011/12, 29 838, nr. 44 (Motie Verhoeven), aangenomen op 22 december 2012.

¹⁴ 'EU Justice Commissioner Viviane Reding: Statement on freedom of expression and information via the Internet', *Europa.eu*, 22 februari 2012, ec.europa.eu/commission_2010-2014/reding/pdf/quote_statement_en.pdf.

¹⁵ P. Zantingh, 'Internetproviders moeten The Pirate Bay blokkeren – 'gevaarlijke zaak'', *NRC Handelsblad* 11 januari 2012.

¹⁶ O.a. Spauwen & Volgenant 2012; A. Engelfriet, 'Ziggo en XS4ALL moeten The Pirate Bay blokkeren', *Ius Mentis* 12 januari 2012, www.iusmentis.com.

¹⁷ A. Udo de Haes, 'UPC en Tele2 blokkeren The Pirate Bay', *Webwereld* 25 mei 2012, www.webwereld.nl.

1.2 Methodologie

Om een antwoord te vinden op deze vragen heb ik voornamelijk literatuuronderzoek verricht, waarbij de primaire juridische bronnen de basis vormden. Daarnaast heb ik gebruikgemaakt van een groot scala aan secundaire juridische bronnen. De juridische bronnen heb ik op verschillende wijzen verzameld, hoofdzakelijk met behulp van Kluwer Navigator en via de catalogus van de Universiteit Leiden. Hiervoor heb ik een groot aantal verschillende zoektermen gebruikt. Ook heb ik een aantal bronnen gevonden door simpelweg te zoeken in de kasten van de bibliotheek van de Leidse rechtenfaculteit, alsmede de bibliotheek van het Instituut voor Informatierecht te Amsterdam.

Voor het verzamelen van de technische bronnen heb ik eveneens de catalogus van de Universiteit Leiden gebruikt, alsmede Google, waaronder ook Google Books en Google Scholar. Ter onderbouwing van mijn stellingen ten aanzien van de effectiviteit van blokkeren heb ik tot slot een eenvoudig experiment uitgevoerd, waarbij ik diverse omzeilingsmethodes heb getest.

Voor zover mogelijk heb ik, in verband met de voortdurende ontwikkelingen rond het onderwerp, gebruikgemaakt van bronnen uit 2009 en latere jaren.

1.3 Leeswijzer

Alvorens ik aan de inhoudelijke bespreking van het onderwerp toekom, zal ik in hoofdstuk 2 eerst enige technische achtergronden belichten. Hierin komt onder andere de werking van Bittorrent aan de orde, alsmede enkele blokkeringstechnieken. In hoofdstuk 3 zal ik het juridisch kader schetsen, waarin ik onder meer de hoofdlijnen van het auteursrecht, de mogelijkheden van maatregelen tegen tussenpersonen en de verschillende grondrechten die daarbij een rol spelen behandel. Tevens ga ik hier dieper in op de twee procedures waar ik op doel in mijn hoofdvraag en bespreek ik enkele vergelijkbare casus. In hoofdstuk 4 zal ik onderzoeken of een blokkering een effectieve manier is om het auteursrecht te handhaven. Daarna volgt de bespreking van de proportionaliteit van de maatregel, waarin ik de evenredigheid beoordeel gezien vanuit het perspectief van de verschillende betrokken partijen. De vierde deelvraag beantwoord ik in hoofdstuk 6 door enkele alternatieve handhavingsmethodes te bekijken. Hierna volgt de conclusie, met daarin de beantwoording van de hoofdvraag, en tot slot enkele aanbevelingen voor de wetgever, de rechtsprekende macht en de rechthebbenden.

De belangrijkste literatuur en rechtspraak haal ik verkort aan; achterin staat een uitgebreide bibliografie. Kranten- en weblogartikelen zijn hierin niet opgenomen, deze haal ik telkens volledig aan in een noot, evenals het merendeel van de jurisprudentie en de wetshistorie. Een uitgebreide jurisprudentielijst, met daarin alle aangehaalde rechtspraak, heb ik opgenomen na de bibliografie.

Tot slot enige opmerkingen over het gebruik van bepaalde woorden. Ter bevordering van de leesbaarheid zal ik vaak spreken over bijvoorbeeld illegale bestanden of illegaal uploaden. Met het woord 'illegaal' bedoel ik dat een en ander zonder toestemming van de rechthebbende geschiedt. Dit hoeft echter niet altijd te betekenen dat de bedoelde handeling ook door een rechter onrechtmatig is geoordeeld. Daarnaast hanteer ik een onderscheid tussen de begrippen 'blokkeren' en 'filteren', waarbij blokkeren staat voor het volledig ontoegankelijk maken van bijvoorbeeld een site, en filteren voor het selecteren en verwijderen van illegale data uit een grotere hoeveelheid data.

2 TECHNISCHE ACHTERGROND

2.1 Inleiding

Voordat ik toekom aan de beantwoording van de deelvragen, zal ik in de onderstaande paragrafen eerst enige technische details nader toelichten. Hierbij zal ik in het bijzonder aandacht besteden aan de IP- en DNS-blokkeringen zoals deze door de Haagse rechtbank zijn opgelegd aan Ziggo, XS4ALL, UPC, Tele2, KPN en T-Mobile. Ter vergelijking zal ik ook kort kijken naar Cleanfeed, het filtersysteem waarmee BT de website Newzbin moet blokkeren.

Allereerst zal ik echter enkele woorden wijden aan de inrichting van het internet, waarna ik de werking van The Pirate Bay en het voor die site belangrijke Bittorrent-protocol zal bespreken. Daarna zal ik de technische werking van de drie soorten blokkades bespreken, alsmede enige manieren om deze blokkades te omzeilen. Om het geheel begrijpelijk en leesbaar te houden heb ik enkele technieken en concepten vereenvoudigd beschreven; voor uitgebreidere informatie verwijs ik naar de aangehaalde bronnen.

2.2 Internet: toegang en communicatie

Het gebod tot het blokkeren van The Pirate Bay is gericht aan toegangsproviders, bedrijven die voor hun klanten de toegang tot het internet verzorgen. Deze klanten hebben via het netwerk en de servers van hun provider toegang tot de andere netwerken die samen het internet vormen. Om zich binnen dit netwerk te kunnen onderscheiden en identificeren heeft elk aangesloten apparaat een uniek adres, het IP-adres, dat bestaat uit vier door punten gescheiden getallen, bijvoorbeeld 132.229.7.196. De meeste particuliere internetgebruikers krijgen, wanneer zij verbinding maken met het internet, een IP-adres toegewezen door hun provider.¹⁸

Aangezien IP-adressen voor veel mensen lastig te onthouden zijn, is het Domain Name System (DNS) ontwikkeld. Dit systeem koppelt eenvoudiger te onthouden domeinnamen, bijvoorbeeld 'leidenuniv.nl', aan een voor computers begrijpelijk IP-adres. Het vertalen van domeinnamen in IP-adressen ('name-resolution') werkt samengevat als volgt: wanneer de internetgebruiker een adres ingeeft, stuurt zijn browser dit naar een name-resolver, een soort programma op de server van de provider. Deze stuurt het vertalingsverzoek door naar een name-server, die het verzoek doorstuurt naar andere name-servers, waarbij hij begint met die van het hoogste niveau, het 'top level domain', in dit geval .nl. Deze houdt een lijst bij van domeinnamen binnen het .nl- domein en weet zo op welk IP-adres de name server van de Leidse universiteit zich bevindt, die weer antwoord kan geven op de vraag waar het subdomein 'www' is te vinden. Dit antwoord wordt teruggestuurd naar de name-resolver, die er vervolgens voor zorgt dat de gebruiker op 132.229.7.196 terecht komt. Omdat dit hele proces enige tijd in beslag neemt, houden providers op hun eigen servers lijsten bij van domeinnamen en de corresponderende IP-adressen.¹⁹

¹⁸ 'Number Resources', *Internet Assigned Numbers Authority*, www.iana.org/numbers.

¹⁹ Parziale e.a. 2006, p. 426-432.

IP-adressen en domeinnamen moeten worden onderscheiden van de Uniform Resource Locator (URL). Een URL is het volledige ‘pad’ naar een bepaalde website of een specifiek bestand, terwijl IP-adressen en domeinnamen slechts verwijzen naar de server waarop de website zich bevindt. Wel kan een domein deel uitmaken van een URL, zoals in <http://www.leidenuniv.nl/index.html>. Hierin duidt <http://> aan dat dit domein zich binnen het http-protocol bevindt, is [leidenuniv.nl](http://www.leidenuniv.nl) het domein en is [index.html](http://www.leidenuniv.nl/index.html) het gezochte bestand binnen de website.

IP is de afkorting van Internet Protocol, en is een verzameling regels en procedures die definiëren op welke wijze datapakketjes vanaf de host, bijvoorbeeld de pc van een particuliere internetgebruiker, naar de bestemming, zoals een server van een website, worden verzonden. De IP-regels handelen alleen over de route van de pakketjes en de adressering van de apparaten in het netwerk; voor het creëren van de datapakketjes en het op de plaats van bestemming samenvoegen daarvan tot voor computerprogramma’s bruikbare data bestaat bijvoorbeeld het Transmission Control Protocol (TCP).²⁰

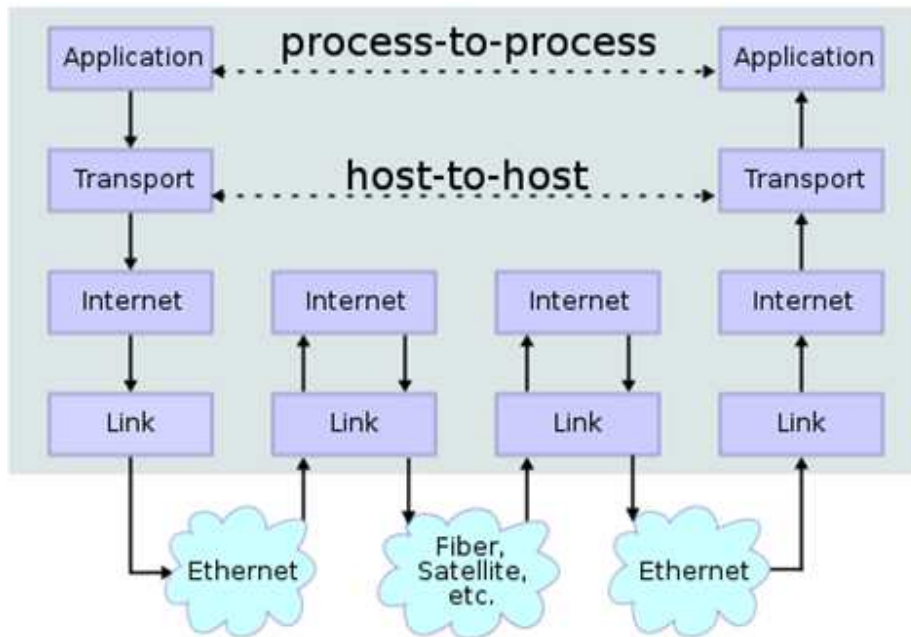
TCP, IP en vele andere protocollen vormen tezamen de Internet Protocol Suite, ook wel ‘TCP/IP’ genaamd. De protocollen in deze suite zijn verdeeld in vier ‘lagen’, waarvan de applicatielaag de bovenste is. Deze laag omvat onder andere http – het protocol voor het world wide web – maar ook Bittorrent. Met behulp van deze protocollen kunnen de programma’s die op de verschillende hosts draaien met elkaar communiceren. De protocollen van de transportlaag, zoals TCP, verzorgen het transport van de data en de daadwerkelijke verbindingen tussen de hosts. De netwerklaag, met onder meer IP, regelt zoals gezegd de routing van de datapakketjes en vormt daarmee de basis van het internet. De linklaag ten slotte vormt de onderste laag van de ‘TCP/IP-stack’ en bevat protocollen die de communicatie met de fysieke delen van het netwerk (zoals kabels) verzorgen.²¹

De verschillende lagen opereren in zoverre afzonderlijk, dat een lagere laag geen inzicht heeft in de inhoud van de communicatie van de lagen boven hem. Dit is een gevolg van het inkapselen (‘encapsulation’) van de data afkomstig van de hogere laag, een proces waarbij elke laag de voor die laag relevante informatie (de header) toevoegt aan de informatie die uit de hogere laag komt. De header is vergelijkbaar met een envelop, waarin de informatie van de hogere laag zit. Op de envelop van bijvoorbeeld een datapakketje in de IP-laag staat enige informatie over de inhoud van het pakket, zoals de totale grootte van de data, en het IP-adres van de afzender en de ontvanger, terwijl de inhoud niet zichtbaar is in de netwerklaag. Op het hogere TCP-niveau wordt de envelop vervolgens geopend en komt de relevante informatie voor TCP tevoorschijn, zoals het poortnummer, met behulp waarvan TCP kan bepalen naar welke applicatie de data doorgezonden moet worden.²²

²⁰ C.M. Kozierok, ‘IP Routing Concepts and the Process of Next-Hop Routing’, *The TCP/IP Guide*, www.tcpipguide.com; C.M. Kozierok, ‘TCP/IP Protocols’, *The TCP/IP Guide*, www.tcpipguide.com.

²¹ Parziale e.a. 2006, p. 6-9; www.tcpipguide.com/free/t_TCP/IPProtocols.htm

²² C.M. Kozierok, ‘IP Datagram Delivery and Routing’, *The TCP/IP Guide*, www.tcpipguide.com; ‘How Encapsulation Works Within the TCP/IP Model’, *Learn-Networking.com*, www.learn-networking.com; C.M. Kozierok, ‘TCP/IP Ports: Transport Layer (TCP/UDP) Addressing’, *The TCP/IP Guide*, www.tcpipguide.com.



Figuur 1.²³ Een schematische weergave van de communicatie tussen de verschillende lagen van de Internet Protocol Suite. De laag onder de linklaag bestaat uit de fysieke delen van het netwerk. De stippelijntjes betreffen geen fysieke verbindingen maar datastromen tussen twee hosts.

2.3 Bittorrent en The Pirate Bay

The Pirate Bay, in 2003 opgericht in Zweden,²⁴ is een Bittorrent-index, een website met een overzicht van 'torrents',²⁵ door gebruikers van de site geüploadte verwijzingen naar uiteenlopende soorten bestanden. Bittorrent is een filesharing-protocol, een systeem waarmee gebruikers op relatief eenvoudige wijze bestanden met elkaar kunnen delen. Het bijzondere van dit protocol is dat de te downloaden bestanden – bijvoorbeeld een film of muziekalbum – worden opgedeeld in meerdere stukjes ('blocks'), waardoor het downloaden sneller gaat en de gebruiker minder afhankelijk is van een afzonderlijke andere gebruiker, ook wel 'peer' genoemd. Gebruikers downloaden van elkaar en niet vanaf een centrale server; vandaar dat Bittorrent en vergelijkbare filesharing-protocollen ook wel bekendstaan als peer-to-peer of p2p. Dit betekent overigens dat gebruikers van Bittorrent meestal ook uploaden, wat van belang is voor de vraag of deze gebruikers auteursrechteninbreuk maken.²⁶

²³ De figuur is een aangepaste versie van een afbeelding van Kbrose, en.wikipedia.org/wiki/User:Kbrose.

²⁴ 'About', www.thepiratebay.se/about.

²⁵ Overigens biedt The Pirate Bay sinds enige tijd nog uitsluitend 'magnet links' aan. De gebruiker opent deze link in zijn torrent-client, waarna dit programma op basis van die link de eigenlijke torrent binnenhaalt van een andere gebruiker en het delen van bestanden op de gebruikelijke manier vervolgt. Zie 'How do I download?', *The Pirate Bay*, www.thepiratebay.se/help.

²⁶ Zie par. 3.2.1 hieronder.

Om de film of het album – de gezochte inhoud – te kunnen downloaden, dient de gebruiker met behulp van een speciaal programma, de Bittorrentclient, een torrent te openen. In de torrent staat welke stukjes de client binnen moet halen, de naam van het bestand dat de inhoud bevat, informatie om de stukjes aan elkaar te plakken en het adres van de tracker. Deze laatste verstrekt aan de client een lijst met peers die de benodigde stukjes aanbieden, waarna het over en weer verzenden van de stukjes kan beginnen. Als alle stukjes binnen zijn, worden deze ‘aaneengeregen’ tot de eigenlijke inhoud.²⁷

2.4 Blokkeringstechnieken

Een internetprovider kan op verschillende manieren de toegang tot een website verhinderen,²⁸ maar uit de jurisprudentie blijkt dat de rechter, op vordering van de eisende partij, over het algemeen de wijze van uitvoering bepaalt. De blokkeringstechnieken die ik zal behandelen zijn de DNS- en IP-blokkeringen die door de Haagse rechter zijn uitgesproken,²⁹ en de ‘filterblokkering’ die door BT toegepast moet worden.

2.4.1 DNS-blokkering

De provider die een DNS-blokkering moet uitvoeren, dient in de door hem beheerde lijst met domeinen en bijbehorende IP-adressen de verwijzing (het ‘DNS-record’) van de te blokkeren domeinnaam aan te passen. Hij ontkoppelt in deze lijst dat domein van het oorspronkelijke IP-adres en laat het vervolgens verwijzen naar een ander adres, bijvoorbeeld een pagina met de mededeling dat het gezochte domein geblokkeerd is.

2.4.2 IP-blokkering

De tweede manier om de toegang tot een website af te sluiten is via een IP-blokkade, die de provider opzet door in zijn hoofdroulers in te stellen dat alle verkeer naar de IP-adressen van de te blokkeren websites wordt weggegooid. Wanneer een abonnee vervolgens probeert om datapakketten aan de verboden site te verzenden, mislukt dit – het door hem verzonden verkeer wordt immers weggegooid. De abonnee krijgt een foutmelding en kan de site niet bereiken. Overigens kunnen meerdere sites een IP-adres delen, waardoor de kans op een vorm van overblokkeren ontstaat. Dit treedt op wanneer zich achter een geblokkeerd IP-adres, behalve de af te sluiten website, ook andere sites bevinden.³⁰

2.4.3 Filterblokkering

De ‘filterblokkering’ wordt onder meer toegepast in het Verenigd Koninkrijk, waar BT’s filtersysteem Cleanfeed de toegang tot de website Newzbin2 dient te verhinderen.³¹ Cleanfeed, oorspronkelijk bedoeld

²⁷ Costa-Montenegro e.a. 2011, p. 370; ‘Bittorrent Protocol Specification v1.0’, *Wikitheory*, wiki.theory.org/BitTorrentSpecification.

²⁸ Clayton 2005, p. 117.

²⁹ Onderstaande uitleg over IP- en DNS-blokkades is gebaseerd op een e-mail van Niels Huijbregts (XS4ALL) waarin hij is ingegaan op de uitvoering van het Haagse vonnis van 11 januari 2012; aangenomen mag worden dat andere providers een vergelijkbare werkwijze hanteren. De e-mail is te vinden in Bijlage 2.

³⁰ Edelman 2003; H. Moody, ‘How Even Highly-Targeted Censorship Can Lead To Overblocking’, *Techdirt* 23 december 2011, www.techdirt.com.

³¹ High Court of England and Wales, Chancery Division 26 oktober 2011, nr. [2011] EWHC 2714 (Ch) (*Newzbin2 II*), r.o. 56.

om kinderporno te blokkeren, werkt in twee fasen, waarbij de eerste fase in feite gelijk is aan een IP-blokkering, met het verschil dat het verkeer naar een geblokkeerde site niet wordt weggegooid, maar naar het filter geleid. Dit is een systeem op een server van de provider, geplaatst tussen de klant en de rest van het internet. Het filter controleert of er tussen de datapakketjes verzoeken zitten voor een van de websites die op de blokkeringslijst staan. Hierbij kijkt het filter naar de volledige URL van de door de klant gezochte site, waardoor het risico op overblokkering kleiner is dan bij een IP- of DNS-blokkade. Wel controleert het systeem daarvoor in de applicatielaag de inhoud van de data.³²

2.5 Omzeilen van blokkeringen

Zowel een enkele DNS-blokkade als een enkele IP-blokkade is zeer eenvoudig te omzeilen: een abonnee kan een DNS-blokkering omzeilen door rechtstreeks het IP-adres van de gezochte site in te geven in de browser, terwijl de beheerder van een site die getroffen is door een IP-blokkade zijn domeinnaam aan een andere server kan koppelen, waardoor het domein naar een ander IP-adres verwijst en de blokkering zinloos is. Bij een combinatie van deze twee blokkeringen, zoals de Haagse rechtbank heeft voorgeschreven, is omzeilen minder eenvoudig.

Toch bestaat er ook voor het vermijden van deze blokkeringen een aantal methodes,³³ die vrijwel alle zijn gebaseerd op hetzelfde principe: de internetgebruiker die de geblokkeerde website wil bereiken, zoekt daarmee geen verbinding via de servers van zijn provider, maar via een derde, de proxyserver. Deze fungeert als een soort tussenpersoon of ‘gevolmachtigde’³⁴ van de gebruiker en maakt namens hem verbinding met de gezochte site. Alle verkeer tussen de abonnee en de site verloopt vervolgens via deze proxy; de servers van de provider zien slechts dat de abonnee contact heeft met de proxy, bijvoorbeeld 50.115.40.101, en ‘weten’ niet dat deze op zijn beurt weer contact maakt met de geblokkeerde site op 194.71.107.15.³⁵ Het gebruik van een proxy zet dus de genoemde blokkeringen op de servers van de provider buitenspel. De verschillende manieren om een verbinding met een proxyserver te bewerkstelligen variëren van eenvoudig tot relatief ingewikkeld. Hierna volgt van elk van deze methodes een korte uitleg.³⁶

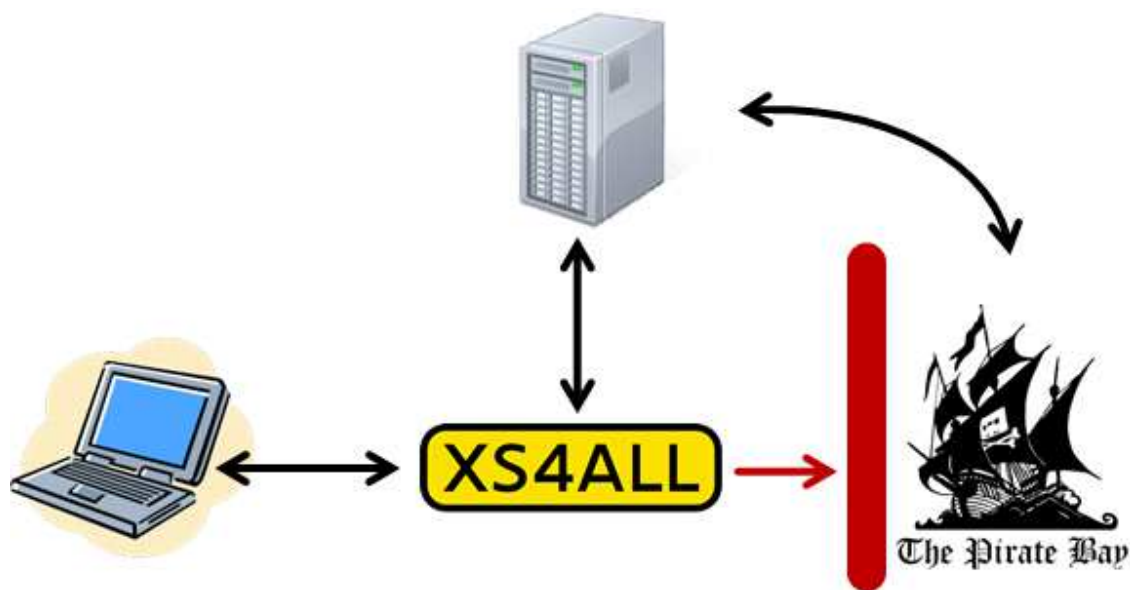
³² Clayton 2005, p. 119-122.

³³ Ook filtersystemen zijn met behulp van onderstaande methodes te omzeilen, zie: Clayton 2005, p. 126-127; R. Clayton, ‘Will Newzbin be blocked?’, *Light Blue Touchpaper* 28 juli 2011, www.lightbluetouchpaper.org.

³⁴ Proxy is de juridische Engelse term voor gevolmachtigde of lasthebber.

³⁵ Roberts, Zuckerman & Palfrey 2011, p. 5.

³⁶ De beschrijving van de hier behandelde omzeilingsmethodes is gebaseerd op Roberts, Zuckerman & Palfrey 2011.



Figuur 2. Wanneer de abonnee via provider XS4ALL direct toegang probeert te verkrijgen tot The Pirate Bay, stuit hij op de blokkade. Zoekt hij echter indirect toegang, via de proxyserver, dan zal hij zonder problemen op de site terechtkomen.

2.5.1 Reverseproxy en webproxy

De eenvoudigste methode om via een proxyserver The Pirate Bay te bezoeken is met behulp van een ‘reverseproxy’, een website die automatisch door een proxy naar The Pirate Bay leidt; de gebruiker hoeft slechts het adres van de proxy in te voeren in de adresbalk van zijn browser.³⁷ Iets minder gebruikersvriendelijk is de webproxy,³⁸ een site waar de gebruiker in een invulveld het adres van de geblokkeerde site in kan voeren, waarna de proxy hem daarheen leidt. Het merendeel van deze proxy’s is gratis in gebruik, maar wordt gefinancierd met advertenties.

2.5.2 Http-proxy

De derde methode gaat via een http- of SOCKS-proxy, ook wel open proxy genoemd. Om hiervan gebruik te maken dient de abonnee handmatig het IP-adres van de proxyserver in zijn internetinstellingen in te voeren, waarna hij op normale wijze The Pirate Bay kan bezoeken. Adressen van open proxy’s zijn over het algemeen gratis op internet te vinden.³⁹ Nadeel van deze diensten, en evengoed van webproxy’s, is dat doorgaans niet duidelijk is wie de beheerder van de server is, waardoor deze makkelijk misbruik kan maken van de gegevens die over zijn proxy worden verzonden.

³⁷ Bijvoorbeeld www.piratebayproxy.nl. De site www.fucktimkuik.org biedt een automatische doorverwijzing naar een willekeurige, goed functionerende reverseproxy.

³⁸ Bijvoorbeeld www.hidemyass.com.

³⁹ Zie voor een lijst bijvoorbeeld www.freeproxy.ch.

2.5.3 VPN

Een vierde manier werkt met behulp van VPN (virtual private network), een techniek die veel gebruikt wordt om via het internet een versleutelde verbinding te maken met een privénetwerk, bijvoorbeeld een intern netwerk van een bedrijf. Om op dit privénetwerk te komen, dient een gebruiker eerst te verbinden met een server van dat netwerk. Diverse bedrijven gebruiken deze techniek om hun klanten, doorgaans tegen een maandelijkse vergoeding, blokkades en filtering te laten omzeilen.⁴⁰ Een voordeel van deze methode is dat de gebruiker slechts de VPN-instellingen van zijn computer hoeft te wijzigen of een programma moet installeren; daarna kan hij als ware er geen blokkade gebruikmaken van zijn browser.

2.5.4 Proxy-netwerk

De laatste proxy-methode die ik hier zal behandelen is het proxy-netwerk, met The Onion Router (Tor) als bekendste voorbeeld. Een gebruiker van Tor, of een vergelijkbaar netwerk, verzendt alle data versleuteld over een netwerk van proxy's, waarbij elk van deze slechts weet heeft van een klein deel van de route van de data. De laatste proxy, de 'exit node' maakt uiteindelijk verbinding met de gezochte website. Nadeel van deze techniek is dat het vertragend werkt vanwege de langere route die de data moet afleggen, en dat de servers worden beheerd door vrijwilligers, waardoor bij sommige netwerken misbruik niet uit te sluiten is. Om gebruik te maken van een proxy-netwerk is het installeren van speciale software vereist.

2.5.5 Andere omzeilingsmethodes

Met behulp van een van de vijf zojuist behandelde proxy-technieken kan de geblokkeerde site op de originele locatie bereikt worden. Soms is het daarnaast mogelijk een website in zijn geheel te kopiëren en op een andere server te plaatsen, onder een ander adres. Dankzij een dergelijke 'mirror' is de geblokkeerde site dan alsnog beschikbaar. Een door een derde beheerde mirror valt niet onder het blokkeringsbevel, aangezien dit slechts ziet op websites die afkomstig zijn van de oorspronkelijke beheerder.⁴¹ Strikt genomen is er bij het bezoeken van een mirror dus geen sprake van omzeiling.

Tot slot is er nog de mogelijkheid voor de beheerders van The Pirate Bay om hun IP-adres of domeinnaam te wijzigen.⁴² Aangezien de blokkeringen zijn ingesteld op andere, eerdere adressen zal een abonnee zonder problemen de geblokkeerde site kunnen bezoeken, gesteld dat hij weet van het nieuwe adres. Ook in dit geval is er dus in feite geen sprake van omzeiling. Een nadeel van zo'n adreswijziging is dat het mogelijk een negatieve invloed heeft op het aantal bezoekers aan de site, aangezien gebruikers de website op het oude adres zullen zoeken. De praktische bruikbaarheid van deze methode wordt in het geval van de blokkering door Ziggo en XS4ALL verder beperkt doordat de rechter in die zaak aan BREIN de bevoegdheid heeft verleend om extra te blokkeren adressen op te geven. Om de lijst van de door UPC, Tele2, KPN en T-Mobile te blokkeren adressen uit te breiden heeft BREIN echter een rechterlijk bevel nodig. Hoewel de

⁴⁰ Bijvoorbeeld Hotspot Shield, www.hotspotshield.com.

⁴¹ BREIN/Ziggo & XS4ALL, r.o. 4.56 en 5.4.

⁴² Zo heeft The Pirate Bay om een Belgische blokkering te omzeilen het domein piraatbaai.be vastgelegd en tevens de beschikking over een groot aantal IP-adressen, die de eigenaars gaandeweg in werking zullen stellen. Zie Ernesto, 'The Pirate Bay Adds Domain to Bypass Court Order' *Torrentfreak* 5 oktober 2011; Ernesto, 'Pirate Bay Ready For Perpetual IP-Address Whac-A-Mole', *Torrentfreak* 28 mei 2012, www.torrentfreak.com.

verzoeken van de stichting tot uitbreiding van de blokkade tot op heden zijn toegewezen,⁴³ kost het telkens enige tijd om zo'n bevel te verkrijgen en ten uitvoer te leggen, waardoor het voor The Pirate Bay aantrekkelijk is regelmatig een nieuw IP-adres in gebruik te nemen.⁴⁴

⁴³ 'Alweer extra IP-adres The Pirate Bay blokkeren', *IE-forum* 27 juni 2012 (*IEF* 11503), www.ie-forum.nl.

⁴⁴ Ernesto, 'Pirate Bay Ready For Perpetual IP-Address Whac-A-Mole', *Torrentfreak* 28 mei 2012, www.torrentfreak.com.

3 JURIDISCH KADER

3.1 Inleiding

Nu de technische achtergronden wat helderder zijn, kom ik toe aan het beantwoorden van de eerste deelvraag, wat de juridische basis voor de Pirate Bay-blokkades is. Hiertoe zal ik eerst de relevante wet- en regelgeving behandelen, aangevuld met nationale en Europese rechtspraak. Aan het einde van dit hoofdstuk zullen de beide Haagse vonnissen, alsmede een aantal vergelijkbare uitspraken uit andere Europese landen aan de orde komen, waarna de tussenconclusie volgt.

3.2 Juridisch kader

3.2.1 Het auteursrecht

Het auteursrecht is het recht – door de maker van een werk van letterkunde, wetenschap of kunst van rechtswege verkregen – om met uitsluiting van anderen een werk openbaar te maken of te verveelvoudigen, zo blijkt uit artikel 1 van de Auteurswet. Het auteursrecht is op grond van artikel 2 overdraagbaar; in deze scriptie spreek ik daarom niet over de ‘maker’, maar over de ‘rechthebbende’. Dit zal in veel gevallen bijvoorbeeld een platenmaatschappij of filmdistributeur zijn, die de bestrijding van inbreuk vaak weer overlaat aan Stichting BREIN.⁴⁵ Zonder toestemming van de rechthebbende is niemand gerechtigd om een kopie te maken van een werk, dit te verspreiden of in enige andere vorm te verveelvoudigen. Verwant aan de auteursrechten zijn de naburige rechten, die niet aan de maker van een werk toekomen, maar aan de uitvoerende kunstenaar, bijvoorbeeld een zanger of acteur. Veel werken genieten zowel de bescherming van de Auteurswet als van de Wet op de naburige rechten, maar omwille van de leesbaarheid zal ik in het vervolg uitsluitend over het auteursrecht spreken, ook wanneer (mede) sprake is van bescherming of inbreuk op grond van het naburig recht.

Op het auteursrecht bestaan enige wettelijke beperkingen, waaronder artikel 16c. Volgens dit artikel kan reproduceren van een werk “op een voorwerp dat bestemd is om een werk ten gehore te brengen, te vertonen of weer te geven” niet beschouwd worden als inbreuk op het auteursrecht, zolang dit door een natuurlijke persoon, voor eigen gebruik geschiedt. Volgens het Haagse Hof en de parlementaire geschiedenis is deze ‘thuiskopie-exceptie’ ook van toepassing op de gebruiker die louter downloadt – en dus niet uploadt – uit illegale bron.⁴⁶ Ter compensatie ontvangen rechthebbenden de opbrengst uit de thuiskopieregeling, die voortkomt uit de heffingen op lege gegevensdragers.⁴⁷ In het geval van uploaden zonder toestemming van de rechthebbende, zoals dat veelal gebeurt bij het downloaden via Bittorrent, is echter onverminderd sprake van inbreuk op het auteursrecht.⁴⁸ Overigens geldt de thuiskopie-exceptie

⁴⁵ ‘Wat is BREIN?’, www.anti-piracy.nl/wat-is-brein.php.

⁴⁶ Hof 's-Gravenhage 15 november 2010, *IER* 2011/27 (*Thuiskopie*), r.o. 7.11-7.19; Hof 's-Gravenhage 15 november 2010, *IER* 2011/28 (*FTD/Eyeworks*), r.o. 5.11-5.16; *Kamerstukken II* 2002/03, 28 482, nr. 5, p. 32-33 (NV).

⁴⁷ Art. 16c, lid 2-5 Auteurswet.

⁴⁸ *Thuiskopie*, r.o. 7.11-7.19; *FTD/Eyeworks*, r.o. 5.11-5.16; *Kamerstukken II* 2002/03, 28 482, nr. 5, p. 32-33 (NV).

uitsluitend voor video en audio; downloaden van bijvoorbeeld software is wel inbreukmakend.⁴⁹ Een beperking op het verveelvoudigingsbegrip is te vinden in artikel 13a, dat onder meer bepaalt dat, kort gezegd, doorgifte van een werk door een internetprovider niet is op te vatten als verveelvoudiging.⁵⁰

Ook de beheerders van websites die zonder toestemming auteursrechtelijk beschermde werken aanbieden maken inbreuk; deze praktijken gelden als openbaarmaking in de zin van artikel 12.⁵¹ Voor websites die niet de bestanden zelf aanbieden, maar er slechts naar verwijzen, ligt dit anders: verschillende Nederlandse gerechten oordeelden over onder meer torrent-site Mininova,⁵² muziekzoekmachine ZoekMP3⁵³ en streamingsite MyP2P⁵⁴ dat zij geen inbreuk maakten, aangezien deze sites slechts verwijzingen naar bepaalde bestanden bevatten. Een dergelijke verwijzing is niet te kenmerken als openbaarmaking of verveelvoudiging en daarmee dus niet inbreukmakend.

Wel wordt tegenwoordig het op deze wijze faciliteren van auteursrechtinbreuk onrechtmatig geacht. In 2005 oordeelde het Hof Amsterdam nog dat Kazaa (een programma om bestanden te delen) behalve niet inbreukmakend, eveneens niet onrechtmatig was, omdat het programma ook voor vele rechtmatige doeleinden bruikbaar was.⁵⁵ Hoewel dit oordeel van het hof enige tijd richtinggevend was, werd in latere zaken een andere maatstaf gehanteerd, geïnspireerd op een Amerikaanse uitspraak.⁵⁶ Niet zozeer de manier waarop gebruikers het programma of de site toepassen wordt nu relevant geacht, maar de intentie van de makers: als zij auteursrechteninbreuk bevorderen en van die inbreuk profiteren, kan de gehele site onrechtmatig zijn, ook wanneer er legale toepassingen denkbaar zijn.⁵⁷

Terwijl het beheren van een index met louter verwijzingen dus geen inbreukmakende handelingen oplevert, blijkt uit een uitspraak in kort geding van de Amsterdamse rechtbank dat de beheerder van een tracker, een andere belangrijke schakel in het Bittorrentnetwerk, wel een zelfstandige inbreuk op het auteursrecht pleegt.⁵⁸

3.2.2 Maatregelen tegen tussenpersonen

Wanneer een rechthebbende van mening is dat een ander inbreuk maakt, is het aanspreken van deze partij tot staking van de inbreuk de meest gebruikelijke manier om het auteursrecht te handhaven. Omdat

⁴⁹ Art. 45n Auteurswet.

⁵⁰ *Kamerstukken II* 2001/02, 28 482, nr. 3, p. 38 (MvT).

⁵¹ De Vey Mestdagh & Millenaar 2009, p. 730.

⁵² Rb Utrecht 26 augustus 2009, *LJN* BJ6008 (*BREIN/Mininova*), r.o. 4.4-4.49.

⁵³ Hof Amsterdam 15 juni 2006, *LJN* AX7579, (*BREIN/Technodesign*), r.o. 4.5-4.14.

⁵⁴ Hof 's-Hertogenbosch 12 januari 2010, *IER* 2010, 34 (*C More/MyP2P*), r.o. 4.95-4.103; Rb 's-Gravenhage (vzr.) 22 maart 2011, *IER* 2011, 44 (*Premier League/MyP2P*), r.o. 4.20-4.33.

⁵⁵ Hof Amsterdam 28 maart 2002, *Computerrecht* 2002, p. 14 (*Kazaa/Buma-Stemra*), r.o. 4.9.

⁵⁶ Hugenholtz 2009; Supreme Court (Verenigde Staten) 27 juni 2005, *MGM Studios, Inc. v. Grokster, Ltd.*, 545 U.S. 913.

⁵⁷ Koelman 2010; FTD/Eyeworks, r.o. 6.1-6.7; Rb Amsterdam (vzr., verzet) 22 oktober 2009, *LJN* BK1067 (*The Pirate Bay/BREIN*), r.o. 5.9.5, 5.11.2; Hof Amsterdam 15 juni 2006, *LJN* AX7579 (*BREIN/Technodesign*), r.o. 4.7-4.13; Rb 's-Gravenhage 5 januari 2007, *LJN* AZ5678 (*BREIN/KPN*), r.o. 4.3.

⁵⁸ *The Pirate Bay/BREIN*, r.o. 5.7.1-5.8.

inbreukmakende partijen – in het bijzonder op internet – veel gebruikmaken van tussenpersonen,⁵⁹ hebben rechthebbenden op grond van twee Europese richtlijnen de mogelijkheid gekregen om maatregelen te vorderen tegen derden, die deze inbreuk op enigerlei wijze mogelijk maken. De eerste van deze twee richtlijnen is de Auteursrechtlijn, waarin artikel 8, derde lid de lidstaten verplicht ervoor te zorgen

“dat de rechthebbenden kunnen verzoeken om een verbod ten aanzien van tussenpersonen wier diensten door een derde worden gebruikt om inbreuk te maken op een auteursrecht of naburige rechten.”

De Handhavingsrichtlijn kent een soortgelijke bepaling in artikel 11, laatste volzin:

*“De lidstaten dragen er tevens zorg voor dat de rechthebbenden om een rechterlijk bevel kunnen verzoeken tegen tussenpersonen wier diensten door derden worden gebruikt om inbreuk op een intellectuele-eigendomsrecht te maken, onverminderd artikel 8, lid 3, van Richtlijn 2001/29/EG.”*⁶⁰

Deze laatste bepaling is in 2007 in Nederland geïmplementeerd, en is sindsdien te vinden in artikel 26d van de Auteurswet.⁶¹ Een vergelijkbare bepaling staat in de Wet op de naburige rechten.⁶² Het geeft de rechter de mogelijkheid om

“op vordering van de maker, tussenpersonen wier diensten door derden worden gebruikt om inbreuk op het auteursrecht te maken, [te] bevelen de diensten die worden gebruikt om die inbreuk te maken, te staken.”

Dit betekent overigens dat artikel 8, derde lid van de Auteursrechtlijn in feite nooit in Nederland is geïmplementeerd. De wetgever meende destijds dat ons land al voldeed aan de verplichtingen die dit artikel oplegt;⁶³ de rechthebbende kon immers al via het algemene leerstuk van de onrechtmatige daad optreden tegen tussenpersonen die inbreuk mogelijk maakten.⁶⁴

Uit de memorie van toelichting volgen ook enige voorwaarden waaraan een verbod op grond van artikel 26d moet voldoen. Zo zal de rechter moeten afwegen of de betrokkenheid van de tussenpersoon bij de inbreuk van dien aard is dat hij de vordering moet toewijzen, en zal hij moeten beoordelen of het beoogde doel van de maatregel en het belang van de rechthebbende daarbij opwegen tegen het nadeel voor de tussenpersoon. Deze laatste mag niet onevenredig op kosten worden gejaagd door de vordering. Tot slot

⁵⁹ Considerans 59 bij Richtlijn 2001/29/EG van 22 mei 2001 van het Europees Parlement en de Raad betreffende de harmonisatie van bepaalde aspecten van het auteursrecht en de naburige rechten in de informatiemaatschappij (“Auteursrechtlijn”).

⁶⁰ Art. 11 Richtlijn 2004/48/EG van het Europees Parlement en de Raad van 29 april 2004 betreffende de handhaving van intellectuele-eigendomsrechten (“Handhavingsrichtlijn”).

⁶¹ *Kamerstukken II*, 2005/06, 30 392, nr. 3, p. 26 (MvT).

⁶² Art. 15e Wet op de naburige rechten.

⁶³ *Kamerstukken II*, 2001/02, 28 482, nr. 3, p. 36 (MvT); zo ook Hugenholtz 2001.

⁶⁴ Zo ook Westkamp 2007, p. 362; Schellekens 2001, p. 198-209; Rb ‘s-Gravenhage 9 juni 1999, *IER* 1999, 47 (*Scientology/XS4ALL*); vgl. HR 11 februari 1926, *NJ* 1926, p. 354-355 (*Phileutonia*).

mag de vordering alleen worden toegewezen indien zij een zelfstandig doel dient dat niet via de inbreukmaker zelf is te realiseren.⁶⁵ Een enkele auteur⁶⁶ heeft wel geopperd dat het handelen van de tussenpersoon onrechtmatig dient te zijn, maar hiervan blijkt niets uit de wetshistorie, jurisprudentie en overige literatuur.⁶⁷ Een dergelijke eis zou het artikel in mijn ogen ook zinledig maken, aangezien optreden tegen onrechtmatig handelen door een tussenpersoon al mogelijk was, zoals zojuist bleek.

Het Hof van Justitie heeft vergelijkbare voorwaarden gesteld: maatregelen tegen tussenpersonen moeten doeltreffend, evenredig en afschrikkend zijn en mogen geen belemmeringen voor het legitieme handelsverkeer vormen. Die evenredigheid houdt in, dat een passend evenwicht tussen de rechten en belangen van de verschillende partijen verzekerd dient te zijn.⁶⁸ Daarnaast eist het Hof dat maatregelen niet onnodig kostbaar of ingewikkeld zijn, zoals ook blijkt uit artikel 3, derde lid van de Handhavingsrichtlijn.⁶⁹

3.2.3 Auteursrecht en andere grondrechten

In het arrest *Promusicae/Telefónica* heeft het Hof van Justitie gesteld dat, wanneer een partij maatregelen vordert ter bescherming van bepaalde intellectuele-eigendomsrechten, de rechter een afweging dient te maken tussen het belang van die rechten enerzijds en dat van de andere door de communautaire rechtsorde beschermde grondrechten anderzijds.⁷⁰ Bij een blokkering zijn er verschillende van deze grondrechten in het geding. Aan de kant van de rechthebbenden is dit in de eerste plaats het recht op eigendom, waaronder ook intellectuele eigendom.⁷¹ Daarnaast heeft de partij waarvan een grondrecht wordt geschonden, zoals in dit geval de rechthebbende, recht op een doeltreffende voorziening in rechte.⁷²

Dit laatste grondrecht geldt vanzelfsprekend ook voor de gedaagde provider. Hij kan zich tevens beroepen op het recht van vrijheid van ondernemerschap,⁷³ dat inhoudt dat hij zijn onderneming in vrijheid, zonder inmenging van de staat, kan uitoefenen.⁷⁴ Daarnaast spelen de grondrechten van de abonnees van de provider een rol. Voor hen staat immers de vrijheid van meningsuiting op het spel, of specifiekere de vrijheid om kennis te nemen van informatie en dit te verspreiden.⁷⁵ Ook kunnen bepaalde maatregelen, in het bijzonder filtering, het recht op een persoonlijke levenssfeer en de bescherming van persoonsgegevens aantasten.⁷⁶ Al deze grondrechten zijn niet absoluut en wanneer is voldaan aan drie voorwaarden kunnen zij ingeperkt worden: de beperking moet de bescherming van het algemeen belang of van de rechten en

⁶⁵ *Kamerstukken II*, 2005/06, 30 392, nr. 3, p. 26 (MvT).

⁶⁶ Koelman 2010. Zie ook par. 3.3.5.

⁶⁷ Zie bijvoorbeeld, expliciet: *BREIN/Ziggo & XS4ALL*, r.o. 4.15.

⁶⁸ HvJ EU 12 juli 2011, nr. C-324/09 (*L'Oréal/eBay*), r.o. 125-144.

⁶⁹ HvJ EU 24 november 2011, nr. C-70/10 (*Scarlet/SABAM*), r.o. 48.

⁷⁰ HvJ EG 29 januari 2008, nr. C-275/06 (*Promusicae/Telefónica*), r.o. 62-68; *Scarlet/SABAM*, r.o. 44-45.

⁷¹ Art. 17 lid 1 en 2 Handvest van de grondrechten van de Europese Unie, 2010/C 83/02 ("Handvest").

⁷² Art. 47 Handvest.

⁷³ Art. 16 Handvest.

⁷⁴ Pitlo/Raaijmakers 2006, p. 8-9.

⁷⁵ Art. 11 lid 1 Handvest; art. 7 lid 3 Grondwet; art. 10 lid 1 EVRM.

⁷⁶ Art. 7 Handvest; art. 8 Handvest; art. 10 Grondwet.

vrijheden van anderen tot doel hebben, dient bij wet gesteld te zijn en moet proportioneel zijn.⁷⁷

De eerste voorwaarde wordt vervuld door het belang van de bescherming van het eigendomsrecht van de houders van auteursrechten. Aan de tweede voorwaarde, die tevens inhoudt dat de beperking voorzienbaar moet zijn,⁷⁸ is voldaan door artikel 26d van de Auteurswet. Uit zowel de overwegingen bij de Auteursrechtlijn, als uit de wetshistorie bij dit artikel blijkt dat bij het opstellen van de regeling specifiek gedacht is aan tussenpersonen die een internetdienst leveren, waardoor de maatregel ook als voorzienbaar is te beschouwen.⁷⁹ De eis van proportionaliteit behandel ik in hoofdstuk 5. Wanneer aan deze voorwaarden is voldaan, mag een blokkering bijvoorbeeld de vrijheid van meningsuiting van de abonnees inperken. Andersom geldt hetzelfde; een ander grondrecht kan ook het recht op intellectuele eigendom beperken.

In de zaak *Scarlet/SABAM* kwam de verhouding tussen de verschillende relevante grondrechten aan bod. Het Europese Hof oordeelt dat het in casu gevorderde, vrij ingewikkelde en kostbare filtersysteem een beperking van de vrijheid van ondernemerschap vormt, die niet in verhouding staat tot de noodzaak van het beschermen van de rechten van de rechthebbenden. Daarnaast is het systeem een aantasting van het recht op bescherming van persoonsgegevens, omdat het filteren een systematische analyse van alle inhoud en verzameling van IP-adressen veronderstelt. Tot slot is de vrijheid van informatie van de abonnees van provider *Scarlet* in het geding, aangezien het filter ten onrechte legale inhoud zou kunnen blokkeren.⁸⁰

Het Hof onderkent in deze zaak dat intellectuele-eigendomsrechten beschermd moeten worden, maar stelt tevens vast dat dit recht niet onaantastbaar is, en dat de grondrechten van de provider én zijn klanten ook bescherming verdienen. De nationale autoriteiten en rechterlijk instanties zullen daarom een juist evenwicht moeten verzekeren tussen het recht op bescherming van eigendom enerzijds, en de vrijheid van ondernemerschap, vrijheid van meningsuiting en recht op bescherming van persoonsgegevens anderzijds. Impliciet blijkt overigens uit deze zaak nog eens dat het recht op het ontvangen van informatie niet onbeperkt is; wanneer er sprake is van illegale inhoud mogen beperkingen op dit grondrecht worden opgelegd.⁸¹

3.2.4 De rol van providers

Als gezegd heeft de Europese wetgever bij het scheppen van de mogelijkheid om bevelen te vorderen tegen tussenpersonen in het bijzonder gedacht aan internetproviders. Dat een provider inderdaad is te beschouwen als tussenpersoon bevestigt het Europese Hof in het arrest *LSG/Tele2*. Een provider levert immers een dienst, namelijk het verbinden van een klant met het internet, waardoor hij deze derde in staat stelt om inbreuk te maken. Een andere uitleg zou in strijd zijn met het doel van de richtlijn: het

⁷⁷ Zo blijkt onder meer uit art. 52 lid 1 Handvest.

⁷⁸ Zie bijvoorbeeld EHRM 24 april 1990, nr. 11105/84 (*Huwig/Frankrijk*), r.o. 26.

⁷⁹ Overweging 59 bij de Auteursrechtlijn; *Kamerstukken II*, 2005/06, 30 392, nr. 3, p. 26 (MvT); *Kamerstukken II*, 2005/06, 30 392, nr. 6, p. 10-11 (NV).

⁸⁰ *Scarlet/SABAM*, r.o. 46-53.

⁸¹ *Scarlet/SABAM*, r.o. 52.

waarborgen van een effectieve rechtsbescherming van het auteursrecht.⁸²

Over de vraag of, en in hoeverre, internet service providers aansprakelijk zijn voor de informatie die zich op hun netwerk of servers bevindt handelt Afdeling 4 van de Richtlijn elektronische handel, geïmplementeerd via artikel 196c van Boek 6 van het Burgerlijk Wetboek.⁸³ De Europese wetgever onderscheidt in deze afdeling drie typen tussenpersonen. Allereerst zijn er de ‘mere conduit’-tussenpersonen, die slechts fungeren als doorgeefluik van informatie: de zuivere toegangsproviders. Daarnaast zijn er caching-tussenpersonen; providers die tijdelijk data op hun servers opslaan met het oog op “doeltreffender” dienstverlening aan derden-gebruikers van de dienst.⁸⁴ De derde groep wordt gevormd door hosting-dienstverleners; providers die het opslaan van de door hun afnemer – bijvoorbeeld de eigenaars of beheerders van een website – verstrekte informatie als voornaamste dienst bieden.

Onder voorwaarden die per type provider verschillen sluit deze regeling de aansprakelijkheid van de betreffende tussenpersonen uit, waarbij toegangsproviders in de eerste en tweede categorie van tussenpersonen vallen. Voor de doorgeefluik-provider geldt dat hij niet het initiatief mag nemen tot het doorgeven van de informatie; daarnaast mag hij niet de ontvanger van de doorgegeven informatie selecteren, en ten slotte mag hij deze informatie niet wijzigen. De caching-provider dient aan vijf criteria te voldoen, die er voornamelijk op zien dat hij op een verantwoordelijke wijze met de opgeslagen informatie omgaat en er geen wijzigingen in aanbrengt. Voor hostingproviders tot slot geldt dat zij onrechtmatige informatie op hun servers prompt moeten verwijderen wanneer zij de onrechtmatigheid daarvan kennen of hiervan redelijkerwijs zouden moeten weten. Providers die zich aan deze voorwaarden houden, zijn gevrijwaard van aansprakelijkheid voor eventuele illegale inhoud die zij doorgeven op hun netwerk, maar dit laat onverlet dat alle soorten dienstverleners, onder meer op grond van artikel 26d, door de rechter kunnen worden gedwongen een inbreuk te beëindigen of te voorkomen.⁸⁵

Uit artikel 15, eerste lid van de Richtlijn elektronische handel volgt dat de lidstaten aan providers geen algemene verplichting mogen opleggen om toe te zien op de informatie die zij doorgeven. Daarnaast mogen zij providers niet dwingen actief te zoeken naar “feiten of omstandigheden die op onwettige activiteiten duiden”. Een toezichtverplichting kan daarom slechts in specifieke gevallen worden opgelegd, onder meer in het kader van strafrechtelijk onderzoek.⁸⁶ In het arrest *Scarlet/SABAM* stelt het Hof van Justitie dan ook dat een door de provider te implementeren en te betalen filtersysteem, waarmee inbreukmakende data kan worden geïdentificeerd en geblokkeerd, niet te rijmen valt met dit artikel. Het invoeren van een dergelijk filtersysteem zou immers betekenen dat de provider een algemeen toezicht

⁸² HvJ EU 19 februari 2009, nr. C-557/07 (*LSG/Tele2*), r.o. 40-46.

⁸³ Richtlijn 2000/31/EG van het Europees Parlement en de Raad van 8 juni 2000 betreffende bepaalde juridische aspecten van de diensten van de informatiemaatschappij, met name de elektronische handel, in de interne markt (“Richtlijn elektronische handel”).

⁸⁴ *Kamerstukken II*, 2001/02, 28 197, nr. 3 (MvT), p. 26.

⁸⁵ Art. 12 lid 3 Richtlijn elektronische handel; art. 13 lid 2 Richtlijn elektronische handel; art. 14 lid 3 Richtlijn elektronische handel; art. 6:196c lid 5 BW; *Kamerstukken II*, 2001/02, 28 197, nr. 3, p. 27.

⁸⁶ *Kamerstukken II*, 2001/02, 28 197, nr. 3, p. 27 (MvT).

moet uitoefenen op alle informatie die hij doorgeeft.⁸⁷ In het vergelijkbare arrest SABAM/Netlog, dat handelde over een door een hostingdienst te implementeren filtersysteem, heeft het Hof deze overwegingen ook voor dit type providers bevestigd.⁸⁸ Aangezien deze beide zaken over algemene filterverplichtingen gingen, waarbij de provider alle verkeer van alle gebruikers moest controleren, bieden deze arresten geen inzicht in de mogelijkheid om specifiekere filterverplichtingen op te leggen, bijvoorbeeld ten aanzien van notoire uploaders.⁸⁹ Het is echter goed denkbaar dat een dergelijk verfijnder systeem mogelijk is.⁹⁰ Ook sluiten de Richtlijn elektronische handel en het arrest niet uit dat providers op vrijwillige basis internetverkeer gaan filteren,⁹¹ hoewel dit in Nederland niet meer toegestaan zal zijn na wijziging van de Telecommunicatiewet, waarin het nieuwe artikel 7.4a over netneutraliteit wordt opgenomen. Hieruit blijkt dat een provider in beginsel geen diensten of toepassingen op het internet mag vertragen of belemmeren, tenzij hij uitvoering geeft aan een rechterlijk bevel.⁹²

3.2.5 Blokkeren als maatregel

Het blokkeren van een website door een tussenpersoon, in het kader van auteursrechthandhaving, is een van de maatregelen die op grond van artikel 26d gevorderd en toegewezen is. Gezien de tekst van het artikel is dit ook een van de daarin bedoelde maatregelen: met het blokkeren van een inbreukfaciliterende site staakt de provider immers een dienst, namelijk de toegangsverlening tot die site, waarmee een derde inbreuk maakt.

Artikel 26d stelt dat de rechter kan bevelen “de diensten die worden gebruikt om die inbreuk te maken, te staken”. Letterlijke uitgelegd zou deze tekst zo kunnen worden begrepen dat het blokkeren van The Pirate Bay in het geheel niet mogelijk is op basis van dit artikel. De dienst die de provider dient te staken – de verbinding met de website – is namelijk niet de dienst die de abonnee rechtstreeks gebruikt om inbreuk te maken; dat gebeurt immers via de verbinding tussen de abonnee en zijn peers. Zover wil ik echter niet gaan, aangezien het artikel ook zo te begrijpen is dat de wetgever met “diensten door derden [...] gebruikt om inbreuk op het auteursrecht te maken” doelt op inbreuk die ‘via’ een dienst wordt gemaakt. In deze uitleg is het staken van de toegang tot The Pirate Bay wel mogelijk, aangezien deze uiteindelijk wordt gebruikt *met als doel* inbreuk te maken. De Haagse rechtbank interpreteert het artikel op soortgelijke wijze.⁹³

Een onvermijdelijke consequentie van een blokkade is dat zij niet alleen de eerder via een website gemaakte inbreuk beëindigt, maar tevens toekomstige inbreuken met behulp van de site verhindert.⁹⁴ Dit

⁸⁷ Scarlet/SABAM, r.o. 35-40.

⁸⁸ HvJ EU 16 februari 2012, nr. C-360/10 (*SABAM/Netlog*), r.o. 33-38.

⁸⁹ Kulk & Zuiderveen 2012, p. 99.

⁹⁰ Dommering 2012, p. 52; overweging 47 bij de Richtlijn elektronische handel.

⁹¹ Overweging 40 bij de Richtlijn elektronische handel; Montero & Van Enis 2011, p. 29.

⁹² *Kamerstukken I*, 2010/11, 32 549, nr. A, p. 19-20.

⁹³ BREIN/Ziggo & XS4ALL, r.o. 4.15.

⁹⁴ Onder toekomstige inbreuken versta ik hier inbreuken in de toekomst, zowel door abonnees die al inbreuk maken als door abonnees die dat later (misschien) gaan doen, en inbreuken op toekomstige werken, die op het moment van instellen van de blokkering nog gemaakt moeten worden.

roept de vraag op of het *voorkomen* van inbreuken wel valt onder de reikwijdte van een rechterlijk bevel tegen tussenpersonen. In L'Oréal/eBay beantwoordt het Hof deze vraag bevestigend. Artikel 18 van de Richtlijn elektronische handel, waaraan de Handhavingsrichtlijn geen afbreuk doet,⁹⁵ verplicht lidstaten namelijk maatregelen mogelijk te maken die de vermeende inbreuk doen eindigen, en verhinderen dat de betrokken belangen verder worden geschaad. Deze uitleg is in lijn met considerans 24 van de Handhavingsrichtlijn, die stelt dat – afhankelijk van het geval en de omstandigheden – maatregelen moeten worden gesteld ter *voorkoming* van nieuwe inbreuken.⁹⁶

Door zowel toegangsproviders als auteurs is wel betoogd dat het blokkeren van een site neerkomt op een algemene toezichtverplichting, die krachtens artikel 15 van de Richtlijn elektronische handel niet kan worden opgelegd aan providers.⁹⁷ Uit de rechtspraak van het Hof blijkt dat dit verbod zich “met name” uitstrekt tot maatregelen die verplichten tot “actief toezicht op alle gegevens van zijn klanten om elke toekomstige inbreuk op intellectuele-eigendomsrechten te voorkomen”, zoals het geval was bij het filter dat SABAM voorstelde.⁹⁸ Bij de Nederlandse blokkade lijkt hiervan geen sprake. Weliswaar moeten de providers alle verkeer controleren op verzoeken naar een van de te blokkeren adressen, maar dit kan naar mijn mening niet worden gezien als toezicht op *alle* gegevens van klanten, aangezien hij uitsluitend toezicht moet houden op de *bestemming* van de datapakketjes. Op de eigenlijke informatie, de in dat pakket verpakte torrent, hoeft de provider geen toezicht uit te oefenen. Ook bij Cleanfeed lijkt geen sprake van een *algemene* toezichtverplichting, omdat de provider slechts de informatie gericht aan een beperkt aantal IP-adressen nader hoeft te inspecteren.

3.3 Blokkeringscasus

Nu ik het juridisch kader geschetst heb, is het tijd om naar enkele casus te kijken waarin rechthebbenden verzocht hebben om een blokkering van en inbreukfaciliterende website. De meeste aandacht zal uiteraard uitgaan naar de twee Nederlandse zaken, maar ik zal ook uitspraken uit België, het Verenigd Koninkrijk en Noorwegen bespreken.

3.3.1 Nederland: BREIN/Ziggo en XS4ALL

Beide Nederlandse blokkeringszaken zijn het uitvloeisel van een juridische strijd van BREIN tegen The Pirate Bay, waarin BREIN probeerde te bewerkstelligen dat de beheerders van de site zouden stoppen met het aanbieden van inbreukmakende torrents, door het onbereikbaar maken van de site voor Nederlandse internetters. Omdat de gedaagden niet op de zitting waren verschenen, heeft de Amsterdamse voorzieningenrechter deze vordering in juli 2009 bij verstek toegewezen.⁹⁹

Hiertegen zijn de beheerders in verzet gekomen. In deze procedure van oktober 2009 heeft de voorzieningenrechter geconcludeerd dat in kort geding niet is vast te stellen of The Pirate Bay

⁹⁵ Artikel 2 lid 3 Handhavingsrichtlijn.

⁹⁶ L'Oréal/eBay, r.o. 128-134.

⁹⁷ BAF/Telenet en Belgacom, p. 11; BREIN/Ziggo & XS4ALL, r.o. 4.46; Spauwen & Volgenant 2012.

⁹⁸ L'Oréal/eBay, r.o. 139; Scarlet/SABAM, r.o. 35-36.

⁹⁹ Rb Amsterdam (vzr.) 30 juli 2009, *LJN* BJ4298, r.o. 3.2 en 3.3.

auteursrechtinbreuk heeft gepleegd. Wel achtte hij het – terecht, zou later blijken– aannemelijk dat in de bodemprocedure de onrechtmatigheid van de site zou worden vastgesteld, aangezien The Pirate Bay inbreuken bevordert en van die inbreuken profiteert. Dit is in lijn met de hiervoor behandelde eerdere rechtspraak over torrent-sites, waarin telkens is vastgesteld dat het publiceren van torrents weliswaar onrechtmatig is, maar niet inbreukmakend. De voorzieningenrechter gebiedt de beheerders de torrents die inbreuk maken op de rechten van bij BREIN aangesloten partijen ontoegankelijk te maken voor Nederlandse gebruikers.¹⁰⁰

Tijdens de bodemprocedure, die diende in juni 2010, kwamen de beheerders van The Pirate Bay wederom niet opdagen. Bij verstek beoordeelde de rechter de site, zoals verwacht, als onrechtmatig en droeg de beheerders wederom op de website geheel ontoegankelijk te maken.¹⁰¹ Omdat zij aan deze uitspraken geen gehoor gaven, heeft BREIN zijn strategie gewijzigd. Op grond van artikel 26d van de Auteurswet heeft de stichting allereerst van de providers Ziggo en XS4ALL gevorderd dat zij, door middel van een blokkade van de IP-adressen en domeinnamen die leiden naar The Pirate Bay, een einde maken aan het faciliteren van auteursrechteninbreuk door hun abonnees. De voorzieningenrechter wees de vordering van BREIN echter af, nu niet was komen vast te staan dat alle abonnees met behulp van de diensten van hun provider inbreuk hadden gepleegd, hetgeen volgens hem een voorwaarde is voor toewijzing van een maatregel tegen een tussenpersoon. Daarnaast meende hij dat niet aan de in de memorie van toelichting genoemde subsidiariteitseis van het artikel was voldaan,¹⁰² omdat BREIN had verzuimd eerst de inbreukmakers zelf aan te spreken.¹⁰³

Anders dan de voorzieningenrechter vindt de bodemrechter het voldoende dat BREIN aantoont dat een deel van de abonnees inbreuk heeft gepleegd met behulp van The Pirate Bay, hetgeen zou blijken uit een rapport van TNO.¹⁰⁴ De inbreuk bestaat uit het illegaal uploaden van beschermde werken via Bittorrent, waarbij de daartoe gebruikte torrents van The Pirate Bay gedownload zouden zijn. Uit de cijfers van BREIN en TNO blijkt weliswaar dat een deel van de abonnees van beide providers werken deelt via Bittorrent, maar niet dat zij de torrents waarmee zij het delen zijn gestart hebben betrokken van The Pirate Bay. Dit is opvallend, omdat de torrents ook van andere torrent-indices gedownload kunnen zijn. Daar staat tegenover dat The Pirate Bay ten tijde van de procedure veruit de grootste torrent-site was, waardoor het aannemelijk is dat een deel van de abonnees inderdaad de site heeft gebruikt. De providers verweren zich nog door te stellen dat hun klanten wellicht uitsluitend downloaden, maar de rechter acht niet afdoende bewezen dat gebruikers in de praktijk de upload-functionaliteit uitschakelen.

Hierna gaat de rechtbank in op de eisen van subsidiariteit en proportionaliteit. De rechtbank meent dat

¹⁰⁰ The Pirate Bay/BREIN, r.o. 7.2 en 7.3.

¹⁰¹ Rb Amsterdam 16 juni 2010, *LJN* BN1626, r.o. 3.2.

¹⁰² *Kamerstukken II*, 2005/06, 30 392, nr. 3, p. 26 (MvT).

¹⁰³ BREIN/Ziggo, r.o. 4.18.

¹⁰⁴ Overigens komt de rechtbank tot deze conclusie na een verkeerde interpretatie van een TNO-rapport, waaruit kort gezegd blijkt dat dertig procent van de Nederlandse Bittorrent-gebruikers op een zeker peilmoment abonnee is van Ziggo. De rechtbank maakt hier vervolgens in r.o. 4.10 op onnavolgbare wijze uit op dat dertig procent van de abonnees van Ziggo gebruiker is van The Pirate Bay.

BREIN en andere rechthebbendenorganisaties alle minder ingrijpende maatregelen hebben benut, en dat zij niet eerst individuele inbreukmakers hoeven te vervolgen. Aan het subsidiariteitsvereiste is zodoende voldaan. Ter beantwoording van de vraag of de gevraagde maatregel proportioneel is ten opzichte van de getroffen abonnees, maakt de rechtbank een afweging tussen de belangen van deze groep en die van rechthebbenden. Hieruit blijkt dat, mede nu de hoeveelheid legaal materiaal op The Pirate Bay marginaal is, de belangen van de rechthebbenden dienen te prevaleren.

De stelling dat de gevraagde blokkade eenvoudig te omzeilen zou zijn wordt verworpen, omdat het desalniettemin een extra barrière op zou werpen de site te bezoeken. De rechtbank stelt nog dat een blokkade een toegestane beperking op artikel 10 van het EVRM inhoudt, en dat zij zich terughoudend moet opstellen in de te treffen maatregelen nu de inbreukmakers niet gehoord zijn, maar dat dit niet betekent dat er geen sprake zou zijn van een eerlijk proces. Verder verwerpt de rechtbank ook het argument dat er sprake zou zijn van een algemene toezichtzichtsverplichting, omdat er geen sprake is van filtering en de blokkade een specifieke website betreft.

3.3.2 Nederland: BREIN/UPC e.a.

Nadat de rechtbank de vorderingen van BREIN had toegewezen, besloot de stichting met het vonnis in de hand een vergelijkbare blokkering af te dwingen bij enkele andere grote Nederlandse providers, waaronder UPC, KPN, Tele2 en T-Mobile. Zij weigerden echter om zonder rechterlijk bevel aan deze eis te voldoen,¹⁰⁵ waarna BREIN hen in kort geding dagvaardde. Het vonnis is grotendeels een herhaling van zetten, wat wellicht niet verwonderlijk is, omdat de voorzitter van de kamer die de zaak tegen Ziggo en XS4ALL behandelde als voorzieningenrechter optreedt in deze zaak.

Het voornaamste verschil met de eerste zaak is dat de rechter hier uitgebreider kan ingaan op de effectiviteit van een blokkering. De gedaagde providers stellen – op basis van een onderzoek van de Universiteit van Amsterdam,¹⁰⁶ waaruit blijkt dat het aantal Nederlandse bestandsdelers niet is gedaald na het instellen van de blokkering – dat de maatregel geen effect heeft. De rechtbank wijst dit verweer af, omdat de blokkering niet is ingesteld met het oog op het verminderen van inbreuk in het algemeen, maar als hulpmiddel bij het bestrijden daarvan, waarbij rechthebbenden ook andere maatregelen zullen inzetten.¹⁰⁷ Daarbij heeft BREIN onweersproken laten zien dat het aantal Nederlandse bezoekers aan The Pirate Bay gedaald is sinds de blokkering van kracht is.

Het andere belangrijke verschil met de zaak tegen Ziggo en XS4ALL ligt in het ontbreken van de mogelijkheid voor BREIN om adressen en domeinen toe te voegen aan de blokkeringslijst. De rechtbank gaat niet inhoudelijk in op het punt van de providers dat zij het bezwaarlijk vinden dat de stichting zonder rechterlijke tussenkomst de reikwijdte van het vonnis kan vergroten, maar wijst de vordering op dit punt wel af, nu BREIN volgens de rechter niet voldoende aannemelijk heeft gemaakt dat uitbreiding van de lijst

¹⁰⁵ BREIN/UPC e.a., r.o. 2.28.

¹⁰⁶ Van der Ham e.a. 2012; zie verder hieronder, par. 4.4.

¹⁰⁷ BREIN/UPC e.a., r.o. 4.20.

noodzakelijk is gedurende de relatief korte tijd dat de voorlopige voorziening van toepassing zal zijn.¹⁰⁸

3.3.3 België: BAF/Telenet en Belgacom

In België heeft de rechter zich, na een vordering van auteursrechtenorganisatie BAF, uitgesproken voor een blokkade van The Pirate Bay door providers Telenet en Belgacom. BAF baseerde zijn eis op de Belgische omzetting van artikel 8 lid 3 van de Auteursrechtsrichtlijn, een bepaling vergelijkbaar met artikel 26d van de Auteurswet.¹⁰⁹ In eerste instantie wees de Antwerpse Rechtbank van Koophandel de gevraagde voorlopige voorzieningen van BAF af, voornamelijk omdat het recht van partijen “ten zeerste betwist” was, waardoor zij geen uitspraak kon doen in kort geding. Daarnaast meende zij dat van spoedeisend belang geen sprake kon zijn, nu BAF ten tijde van het geding The Pirate Bay al zeven jaar ongemoeid had gelaten. Tot slot stelde de rechtbank dat de blokkade eenvoudig te omzeilen zou zijn, en daarom niet effectief.¹¹⁰

Het Hof van Beroep oordeelt anders en stelt dat de providers best geplaast zijn om de voortdurende inbreuk te beëindigen, nu acties tegen de beheerders van de website onsuccesvol zijn gebleken. Het feit dat de providers zelf geen inbreuk maken en zij niet aansprakelijk zijn voor de door hen doorgegeven informatie staat niet in de weg aan het stakingsbevel, nu dit op wettelijke voorschriften gegrond is.

Het Hof meent daarnaast dat de blokkade geen algemene toezichtverplichting inhoudt,¹¹¹ en dat de maatregel niet onredelijk of disproportioneel is: het grootste deel van het materiaal op The Pirate Bay is auteursrechtelijk beschermd en hoewel de blokkering te omzeilen zal zijn, en zeker geen einde zal maken aan alle inbreuken op internet, kan het bijdragen aan een vermindering van de inbreuken, waardoor de belangen van BAF gediend zijn. Tot slot overweegt het Hof nog dat BAF niet verplicht kan worden tegen de daadwerkelijke inbreukmakers op te treden, voordat zij een blokkering van providers eist. Opvallend is nog dat het Hof slechts een DNS-blokkade oplegt: een IP-blokkering vindt hij te ver gaan, omdat dit mogelijk ook andere, niet-inbreukmakende websites blokkeert, en wellicht te kostbaar en ingewikkeld is.

3.3.4 Verenigd Koninkrijk

In Engeland speelden twee vergelijkbare zaken: eind 2011 eisten verschillende grote filmstudio's van provider BT dat hij door middel van een filterblokkering de website Newzbin2, evenals The Pirate Bay een site die verwijzingen naar illegale bestanden indexeert, onbereikbaar zou maken voor zijn klanten.¹¹² In de tweede procedure, begin 2012, vorderden enkele platenmaatschappijen van een zestal providers, waaronder weer BT, een blokkade van The Pirate Bay.¹¹³ Het High Court of Justice heeft, bij monde van Justice Arnold, beide vorderingen toegewezen. Omdat hij in het tweede vonnis veelvuldig naar het eerste verwijst, zal ik beide zaken gezamenlijk behandelen.

¹⁰⁸ BREIN/UPC e.a., r.o. 4.42.

¹⁰⁹ Art. 87 §1, tweede lid van de wet van 30 juni 1994 betreffende het auteursrecht en de naburige rechten.

¹¹⁰ Aangezien de gevraagde maatregel enkel een DNS-blokkering betrof, is de blokkade inderdaad zeer eenvoudig te omzeilen, zie par. 2.5 hierboven.

¹¹¹ Welke strijdig zou zijn met art. 21 van de Wet Elektronische handel.

¹¹² High Court of England and Wales, Chancery Division 28 juli 2011, nr. [2011] EWHC 1981 (Ch) (*Newzbin2*).

¹¹³ High Court of England and Wales, Chancery Division 20 februari 2012, nr. [2012] EWHC 268 (Ch) (*Dramatico/BSkyB*). De uitspraak vond later plaats, zie *Dramatico/BSkyB II*.

Justice Arnold concludeert in beide zaken dat het overgrote deel van de verwijzingen op de sites beschermde werken betreft.¹¹⁴ In de zaak Newzbin2 acht hij het aannemelijk dat een aanzienlijk deel van de klanten van BT de site bezoekt, terwijl de eisers in de tweede zaak bewijs leveren waaruit blijkt dat abonnees van de gedaagde providers inbreuk maken via The Pirate Bay.¹¹⁵ Om inbreuk te plegen maken de abonnees gebruik van de diensten van zowel de website als de providers,¹¹⁶ terwijl ook de websites de diensten van de laatste gebruiken om inbreuk te maken.¹¹⁷

De rechter stelt dat de providers ‘actual knowledge’ (subjectieve wetenschap, vereist om een maatregel tegen een tussenpersoon uit te vaardigen) van de inbreuken hebben: de providers zijn bekend met het feit dat een of meerdere personen hun diensten gebruiken om inbreuk te plegen.¹¹⁸ BT stelt in Newzbin2 nog dat het bevel zich slechts uitstrekt tot de inbreuken op de werken van de eisende studio’s. Arnold gaat hier echter niet in mee en oordeelt dat op grond van L’Oréal/eBay het bevel niet beperkt is tot deze inbreuken, maar zich uit kan strekken “tot het voorkomen van nieuwe inbreuken van die aard”.¹¹⁹ Ook concludeert hij dat er geen sprake is van een algemene monitorplicht, omdat het gevraagde bevel slechts een toezichtverplichting inhoudt op een specifieke website.¹²⁰

De blokkeringen zouden ook niet-inbreukmakende bestanden blokkeren, evenals werken die niet van de eisende partijen afkomstig zijn. Het aanbod legale data is op beide sites echter minimaal, en derden-rechthebbenden profiteren van de blokkering, waardoor de blokkering voor de gehele website kan gelden.¹²¹ Gezien de lange procedure voor de studio’s zou het niet in de lijn der verwachting liggen dat andere partijen op grote schaal blokkeringen van BT zullen vorderen voor andere websites.¹²² Vervolgens komt de effectiviteit van de maatregel aan de orde: de rechter ziet in dat de blokkering omzeild kan en zal worden, maar ziet dit niet als een bezwaar. De blokkade vormt immers een extra obstakel en zij is zelfs gerechtvaardigd als zij maar een klein deel van de gebruikers de toegang verhindert.¹²³

Ten slotte behandelt Arnold nog de proportionaliteit van de maatregel. Hij stelt dat het recht op eigendom van de rechthebbenden duidelijk zwaarder weegt dan het recht op het ontvangen van informatie voor de gebruikers en de faciliterende sites zelf. Daarnaast is het blokkeren van de hele site een proportionele maatregel, omdat dit voor de providers weinig kosten oplevert, terwijl het aanleveren van URL’s van

¹¹⁴ Newzbin2, r.o. 50; Dramatico/BSkyB, r.o. 28.

¹¹⁵ Newzbin2, r.o. 61; Dramatico/BSkyB, r.o. 41.

¹¹⁶ Newzbin2, r.o. 100; Dramatico/BSkyB II, r.o. 6.

¹¹⁷ Newzbin2, r.o. 113; Dramatico/BSkyB, r.o. 84; Dramatico/BSkyB II, r.o. 6. De sites gebruiken de diensten van de providers omdat de bezoekers van de sites deze bereiken via de providers, en daarnaast maken de sites de werken openbaar, waardoor zij onder meer via de providers toegankelijk zijn.

¹¹⁸ Newzbin2, r.o. 157; Dramatico/BSkyB II, r.o. 7.

¹¹⁹ L’Oréal/eBay r.o. 144; Newzbin2, r.o. 150-152, 156.

¹²⁰ Newzbin2, r.o. 161-162.

¹²¹ Newzbin2, r.o. 179-186.

¹²² Newzbin2, r.o. 187-191. De zaak rond het blokkeren van The Pirate Bay bewijst overigens het ongelijk van de rechter in dezen.

¹²³ Newzbin2, r.o. 192-198.

individuele inbreukmakende bestanden de rechthebbenden veel geld zou kosten.¹²⁴ Ter voorkoming van overblokkering dient BT enkele adressen van Newzbin te blokkeren via het filtersysteem Cleanfeed.¹²⁵ Omdat dit systeem gemakkelijk te omzeilen zou zijn, dienen de providers voor The Pirate Bay een IP-blokkering in te stellen.¹²⁶

3.3.5 Noorwegen: Rechthebbenden/Telenor ASA

Het Noorse Hof van Beroep kwam tot een andere uitkomst.¹²⁷ Een groep van 23 rechthebbenden (waaronder grote platenmaatschappijen en film distributeurs) eiste in deze zaak van Telenor ASA, de grootste internetprovider van Noorwegen, dat hij de toegang tot The Pirate Bay zou blokkeren. Zowel in eerste instantie als in hoger beroep werd deze vordering afgewezen. Het gerecht van eerste aanleg wees de eis af, omdat Telenor niet gehouden is te onderzoeken waarvoor de klant de internetverbinding gebruikt. Daarnaast is de bijdrage van de provider aan het illegale uploaden niet wederrechtelijk, omdat het verbinden van de klant met het internet niet inbreuk als doel heeft.

De rechthebbenden waren van mening dat zij, om een blokkering te kunnen vorderen op grond van de Auteursrechtlijn,¹²⁸ enkel hoefden te bewijzen dat de diensten van Telenor werden gebruikt om auteursrechtinbreuk te plegen. Het Hof ging hier niet in mee en overwoog dat een blokkade inderdaad uitgesproken mag worden, maar dat de wetgever hieraan voorwaarden mag verbinden.¹²⁹ Het Hof zegt vervolgens dat hij de maatregel in dit geval slechts kan toewijzen wanneer het handelen van Telenor valt te kwalificeren als onrechtmatig. Dit is niet het geval, aangezien de provider slechts op een neutrale wijze het doorgeven van de website technisch mogelijk maakt. Hierdoor draagt het bedrijf wel bij aan het illegaal handelen van zijn abonnees, maar kan het daarvoor niet aansprakelijk worden gehouden.¹³⁰

Naar mijn mening legt de Noorse rechter, met het stellen van de voorwaarde dat het handelen van de provider onrechtmatig ("a criminal contribution"¹³¹) moet zijn, de Auteursrechtlijn verkeerd uit. De richtlijn staat weliswaar toe dat nationale wetgevers nadere voorwaarden stellen aan het opleggen van de verbodsmaatregel, maar wanneer deze voorwaarden zo ver gaan dat er sprake moet zijn van een zelfstandige auteursrechtinbreuk, wordt artikel 8, derde lid zinledig. Ook betekent het toewijzen van het blokkeringsverzoek niet dat de provider aansprakelijk is voor het handelen van zijn abonnees; dit staat

¹²⁴ Newzbin2, r.o. 199-201; Dramatico/BSkyB II, r.o. 12.

¹²⁵ Newzbin2 II r.o. 7-9.

¹²⁶ Het is maar de vraag of deze techniek moeilijker te omzeilen is, zie bijvoorbeeld J. Bruce, '5 Ways To Bypass The UK Pirate Bay Block', *makeuseof* 16 mei 2012, www.makeuseof.com; Ernesto, 'Pirate Bay Disarms BT Blockade Within Minutes', *Torrentfreak* 19 juni 2012, www.torrentfreak.com.

¹²⁷ Borgarting lagmannsrett (Hof van Beroep, Noorwegen) 9 februari 2010, nr. 10-006542ASK-BORG/04.

¹²⁸ Hoewel Noorwegen geen lid is van de Europese Unie is het land vanwege zijn lidmaatschap van de Europese Economische Ruimte wel verplicht bepaalde richtlijnen, waaronder die op het gebied van intellectuele eigendom, te implementeren in de eigen wetgeving, zo blijkt uit artikel 65 van de EER-overeenkomst en Annex 17 bij die overeenkomst.

¹²⁹ Overweging 59 bij Auteursrechtlijn.

¹³⁰ De samenvatting van de Noorse zaken is gebaseerd op Manner & Flythström 2010.

¹³¹ Manner & Flythström 2010, p. 239.

immers los van elkaar.

3.3.6 Overige landen

In verschillende andere Europese landen – waaronder Oostenrijk,¹³² Denemarken¹³³ en Italië¹³⁴ – zijn providers, veelal op basis van nationale implementatie van de besproken Europese richtlijnen, op vordering van rechthebbenden gedwongen tot het blokkeren van inbreukmakende websites. In Denemarken en Italië werden de blokkades door de hoogste nationale rechterlijke instanties bevestigd. Omwille van de mij ter beschikking staande ruimte en de afwezigheid van betrouwbare bronnen in voor mij begrijpelijke talen zal ik deze arresten hier echter niet nader bespreken.

3.4 Tussenconclusie

De hier besproken wetgeving en jurisprudentie geven antwoord op de vraag wat de juridische grond is voor de blokkering van The Pirate Bay. De Auteursrechtlijn en de Handhavingsrichtlijn scheppen de mogelijkheid voor rechthebbenden te verzoeken om een rechterlijk bevel tegen tussenpersonen die inbreuk faciliteren. In Nederland wordt deze mogelijkheid geboden via artikel 26d van de Auteurswet. Wanneer abonnees van een toegangsprovider – tussenpersoon in de zin van dat artikel – inbreuk maken, kan een rechthebbende vragen om een rechterlijk bevel tot staking van de dienst waarmee de abonnee inbreuk maakt. Onder ‘staken van een dienst’ valt eveneens het blokkeren van de toegang tot een website. Hieraan staat niet in de weg dat providers niet aansprakelijk zijn voor de door hen doorgegeven informatie, maar de rechter kan hen geen algemene toezichtverplichting opleggen. Een blokkade of een specifiekere monitorplicht lijkt echter niet te beschouwen als een verboden toezichtverplichting.

Verder blijkt uit dit hoofdstuk dat het blokkeren van websites als The Pirate Bay alleen mogelijk is omdat gebruikers inbreuk maken door, met behulp van deze website, werken te uploaden. De site zelf maakt geen inbreuk, maar handelt slechts onrechtmatig door die inbreuk te faciliteren. Dit onrechtmatig handelen is onvoldoende grond om een provider op basis van het auteursrecht te verplichten tot het blokkeren van de site.¹³⁵

Wanneer gebleken is dat abonnees de diensten van een provider gebruiken om inbreuk te maken, mag de rechter hem echter nog niet verplichten de gebruikte site te blokkeren. In de eerste plaats moet het doel van de maatregel niet op een minder ingrijpende wijze kunnen worden bereikt, bijvoorbeeld door het aanspreken van de beheerders van de site. Daarnaast zal de provider in zekere mate betrokken moeten zijn bij de inbreuk, en mag hij niet onevenredig benadeeld worden doordat het opzetten van de blokkering zeer kostbaar of ingewikkeld is. Ook moet een maatregel tegen een tussenpersoon doeltreffend zijn.

Meer in het algemeen geldt dat de rechter bij het beoordelen van een blokkeringsvordering een afweging moet maken tussen de belangen van partijen daarbij, waarin hij ook de belangen van derden, die geen

¹³² B. Riegler, ‘UPC muss Film-Plattform Kino.to sperren’, Der Standard 17 mei 2011; uitspraak is niet gepubliceerd.

¹³³ Højesteret (Hoge Raad, Denemarken) 27 mei 2010, sag 153/2009 (*Telenor/IFPI*).

¹³⁴ Corte Suprema di Cassazione (Hof van Cassatie, Italië) 23 december 2009, n. 49437/09.

¹³⁵ Zo ook: Wubben 2011, p. 40.

partij in het geding zijn, dient te betrekken. In deze afweging spelen diverse grondrechten een belangrijke rol, waarbij met name het recht op bescherming van intellectuele eigendom enerzijds, en de vrijheid van meningsuiting anderzijds, kunnen botsen.

Voorwaarden voorafgaand aan maatregel

Samengevat blijkt uit de hiervoor besproken rechtspraak, wetgeving en wetshistorie dat een maatregel tegen een tussenpersoon als bedoeld in artikel 26d van de Auteurswet kan worden getroffen wanneer aan deze voorwaarden is voldaan:

- een deel van de abonnees heeft inbreuk op het auteursrecht gemaakt middels de diensten van de provider;¹³⁶
- de rechthebbenden hebben alle minder ingrijpende maatregelen benut of geprobeerd te benutten;¹³⁷
- doel van de maatregel is niet via de inbreukmaker zelf te realiseren.¹³⁸
- de provider moet in zekere mate bij de inbreuk betrokken zijn;¹³⁹

Voorwaarden aan maatregel zelf

De maatregel zelf moet aan de volgende voorwaarden voldoen:

- moet doeltreffend en afschrikkend zijn;¹⁴⁰
- mag geen algemene monitorplicht inhouden;¹⁴¹
- mag niet onnodig kostbaar of ingewikkeld zijn;¹⁴²
- moet evenredig zijn ten opzichte van de andere betrokken partijen;¹⁴³
- mag geen belemmering van het legitieme handelsverkeer vormen.¹⁴⁴

Daarbij geldt dat een inperking van relevante grondrechten – vrijheid van meningsuiting, recht op bescherming van eigendom, recht op privéleven, vrijheid van ondernemerschap – alleen mag na een juiste afweging van de verschillende betrokken belangen.¹⁴⁵

¹³⁶ Hoe groot dit deel van de gebruikers precies moet zijn is niet duidelijk: in BREIN/Ziggo & XS4ALL, r.o. 4.13 is vijf procent voldoende, terwijl Newzbin2, r.o. 61 spreekt van een ‘substantive’ deel. De wet spreekt vrij algemeen over inbreuk door ‘derden’. In BREIN/Ziggo, r.o. 4.17 meent de rechter echter dat *alle* gebruikers inbreuk moeten maken. Vgl. L’Oréal/eBay, r.o. 144.

¹³⁷ BREIN/Ziggo & XS4ALL, r.o. 4.20; *Kamerstukken II*, 2005/06, 30 392, nr. 3, p. 26 (MvT).

¹³⁸ *Kamerstukken II*, 2005/06, 30 392, nr. 3, p. 26 (MvT).

¹³⁹ *Kamerstukken II*, 2005/06, 30 392, nr. 3, p. 26 (MvT).

¹⁴⁰ L’Oréal/eBay, r.o. 136; Art. 3 lid 2 Handhavingsrichtlijn.

¹⁴¹ Art. 15 lid 1 Richtlijn elektronische handel; Scarlet/SABAM, r.o. 35-40; SABAM/Netlog, r.o. 33-38.

¹⁴² Art. 3 lid 1 Handhavingsrichtlijn; *Kamerstukken II*, 2005/06, 30 392, nr. 3, p. 26 (MvT); aqrt. 16 Handvest; Scarlet/SABAM, r.o. 48.

¹⁴³ Art. 3 lid 2 Handhavingsrichtlijn; Promusicae/Telefónica, r.o. 65-68; L’Oréal/eBay, r.o. 143.

¹⁴⁴ Art. 3 lid 2 Handhavingsrichtlijn; L’Oréal/eBay, r.o. 140.

¹⁴⁵ Art. 52 lid 1 Handvest; Promusicae/Telefónica, r.o. 62-68; Scarlet/SABAM, r.o. 44-45.

4 EFFECTIVITEIT VAN DE BLOKKERING

4.1 Inleiding

De vraag in hoeverre de blokkade het beoogde doel bereikt is niet slechts van belang om een antwoord te krijgen op de hoofdvraag: een van de *voorwaarden* waaraan een stakingsbevel op grond van artikel 26d van de Auteurswet moet voldoen, is namelijk dat het voldoende effectief is. In de eerste plaats volgt dit uit de Handhavingsrichtlijn zelf, waar in artikel 3, tweede lid staat dat een maatregel op grond van die richtlijn “doeltreffend (...) en afschrikkend” moet zijn. In *L’Oréal/eBay* heeft het Hof dit vereiste bevestigd door te stellen dat bevelen die aan dienstverleners worden gericht zowel doeltreffend als afschrikkend moeten zijn.¹⁴⁶ Een nadere uitleg van deze twee begrippen geeft het Hof overigens niet; zo is bijvoorbeeld niet duidelijk in welke mate het bezoek moet dalen om van een effectieve maatregel te kunnen spreken.

Daarnaast stelt de memorie van toelichting bij artikel 26d dat de rechter onder meer rekening moet houden met de vraag, of het beoogde doel van de vordering opweegt tegen het nadeel dat eventueel aan de tussenpersoon wordt toegebracht. Dit betekent dat de rechter moet vaststellen of de maatregel wel het beoogde doel tot gevolg heeft. Indien het beoogde doel niet wordt bereikt, is er als gevolg van de maatregel uitsluitend nadeel voor de provider, waardoor de afweging zal moeten uitvallen in het voordeel van deze tussenpersoon.

Meer in het algemeen kan gesteld worden dat een maatregel die geen effect sorteert, zinloos is en daarom niet opgelegd dient te worden. Ook de Raad voor de Rechtspraak stelt dat de rechter naar de “voor partijen en samenleving meest rechtvaardige en effectieve oplossing van het geschil” moet zoeken.¹⁴⁷ Tot slot dient een maatregel effect te hebben om proportioneel te zijn, waarover meer in het volgende hoofdstuk.

4.2 Primaire en totale effectiviteit

Een websiteblokkering kan op twee verschillende manieren als ‘effectief’ worden beschouwd. In de eerste plaats is dit wanneer zij de toegang verhindert, waardoor abonnees geen inbreuk meer kunnen plegen met behulp van de geblokkeerde site. Dit zal ik in het vervolg van deze scriptie de *primaire effectiviteit* noemen. Daarentegen kan men ook stellen dat een blokkering pas effectief is, wanneer de abonnees van een blokkerende provider in het geheel geen auteursrechtinbreuk meer maken via het internet. Wanneer zij langs een andere weg alsnog gaan downloaden uit illegale bron, is het blokkeren van een site weinig zinvol, omdat rechthebbenden er dan per saldo niets op vooruit gaan.

De doeltreffendheid van de maatregel als geheel, bestaande uit de invloed van de blokkering op het bezoek door abonnees aan de geblokkeerde site, en de hoeveelheid downloads uit illegale bron door diezelfde abonnees, noem ik de *totale effectiviteit*. De primaire effectiviteit maakt hier dus deel van uit. De

¹⁴⁶ *L’Oréal/eBay*, r.o. 144.

¹⁴⁷ Van Dijk e.a. 2010.

reden dat ik de primaire effectiviteit apart behandel, is dat in het licht van het rechterlijke bevel slechts deze vorm van belang is. Wanneer een rechter een vordering tot het blokkeren van een website moet beoordelen, dient hij te oordelen over de vraag of het afsluiten van die specifieke site effect sorteert, met andere woorden, of het gebruik van die site door de abonnees van die provider vermindert. Dat is wat de eisende partij hem gevraagd heeft; de vraag of de blokkade effect heeft voor het handhaven van het auteursrecht in het algemeen staat bij een blokkeringsverzoek in beginsel niet ter discussie.¹⁴⁸

In het kader van de hoofdvraag van deze scriptie is de totale effectiviteit echter van groter belang. Die vraag is immers of de blokkering van The Pirate Bay een geschikte wijze is om auteursrechten te handhaven. Deze handhaving is er, evenals de rechthebbenden, niet bij gebaat als door een blokkering de inbreuk zich verplaatst. Het antwoord op de vraag of een blokkering in de praktijk effectief is, zal dus alleen 'ja' luiden wanneer zij abonnees zowel verhindert de site te bezoeken, als hen ervan weerhoudt op andere wijze werken uit illegale bron te bemachtigen. Deze twee aspecten zal ik afzonderlijk behandelen: in paragraaf 4.3 zal ik *omzeiling* van een blokkade bespreken, in de paragraaf daarna *substitutie*.

4.3 Omzeiling

Of de blokkering effectief is in primaire zin, hangt af van de vraag in hoeverre abonnees de blokkade omzeilen. Hoewel verschillende providers The Pirate Bay al geruime tijd blokkeren, blijken exacte cijfers over omzeiling niet beschikbaar. De vraag over de primaire effectiviteit verdeel ik daarom in twee delen, waarbij de eerste vraag is of het mogelijk is om zonder veel moeite de blokkering te omzeilen, en de tweede of dit in de praktijk ook daadwerkelijk gebeurt. Het spreekt voor zich dat de tweede vraag in dit geval het belangrijkste is. Zelfs wanneer de blokkering eenvoudig te omzeilen blijkt, kan zij immers nog zinvol zijn – namelijk omdat zij gebruikers om welke reden ook ervan weerhoudt The Pirate Bay te bezoeken. Allereerst zal ik echter kort kijken naar de verwachtingen die rechters hadden bij het opleggen van een blokkeringsmaatregel.

4.3.1 Effectiviteitsverwachting bij instellen blokkade

Uit onderzoeken na instelling van de Italiaanse blokkades van The Pirate Bay en BTjunkie, een andere grote torrent-site, is gebleken dat het gebruik van die sites met 74, respectievelijk 80 procent is gedaald.¹⁴⁹ Tussen de 20 en 26 procent van de Italiaanse internetters heeft dus een manier gevonden om alsnog die torrent-sites te bereiken. De cijfers zijn gebaseerd op onderzoek door comScore en Nielsen, die het websitebezoek van een vast panel deelnemers meten met behulp van een bij de deelnemers geïnstalleerd programma.¹⁵⁰ Omdat de onderzoekers niet vanuit het oogpunt van de website het bezoek meten, maar

¹⁴⁸ Art. 24 Rv; Asser/Van Schaik 2011, nr. 9; de Haagse rechtbank erkent dit in BREIN/UPC e.a., r.o. 4.20.

¹⁴⁹ Digital Music Report 2012, p. 19.

¹⁵⁰ De wijze waarop deze cijfers vergaard zijn blijkt uit de pleitnota van BREIN in de zaak tegen Ziggo en XS4ALL. De pleitnota is te vinden via N. Huijbregts, 'XS4ALL moet website blokkeren: de gevolgen van het vonnis', *XS4ALL Weblog* 16 januari 2012, blog.xs4all.nl. Een medewerker van IFPI (International Federation of the Phonographic Industry) heeft mij per e-mail bevestigd dat het onderzoek inderdaad op deze manier geschiedt.

vanuit de gebruiker, zou het gebruik van een proxy geen invloed hebben op de bezoekcijfers.¹⁵¹ De exacte methodologie die de bedrijven gebruiken om deze cijfers te verzamelen is helaas niet bekend, waardoor de betrouwbaarheid van de onderzoeken niet vaststaat. Desalniettemin wijst dit onderzoek erop dat blokkeren vermoedelijk wel enig effect in primaire zin heeft.

Hoewel rechters die een blokkering hebben uitgesproken beseffen dat een deel van de abonnees hierin geen belemmering zal zien, verwachten zij – mede op grond van de IFPI-cijfers – dat slechts een klein deel van de abonnees zal proberen te omzeilen. Zo verwacht de Haagse rechtbank dat sommige gebruikers hierin weliswaar zullen slagen, maar dat dit geen grond is het gevorderde af te wijzen; een blokkering werpt in ieder geval een extra barrière op.¹⁵² Eerder was het Engelse High Court een vergelijkbare mening toegedaan.¹⁵³ Ook het Belgische Hof erkent dat geen enkele blokkade waterdicht is, maar noemt het aannemelijk dat de gemiddelde internetgebruiker niet zal zoeken naar manieren om deze te omzeilen.¹⁵⁴

Ik betwijfel of de laatste aanname wel correct is, aangezien de gemiddelde downloader verschilt van de gemiddelde internetgebruiker: ruim de helft van de mensen die films en games uit illegale bron downloadt dicht zichzelf namelijk een bovengemiddelde internetkennis toe.¹⁵⁵ Daarnaast is het twijfelachtig of het omzeilen wel zoveel moeite kost als deze rechters menen.

4.3.2 Mogelijkheid tot omzeiling

Of de internetgebruikers die op de blokkade van The Pirate Bay stuiten ook daadwerkelijk gebruik gaan maken van de technieken om haar te omzeilen hangt af van een aantal factoren. In de eerste plaats dienen er voldoende bruikbare methodes beschikbaar te zijn. Daarnaast dienen abonnees bekend te zijn met die omzeilingsmogelijkheden, moeten zij in staat zijn een daarvan toe te passen en tot slot moeten zij de wil hebben dit ook daadwerkelijk te doen.

Alle in paragraaf 2.5 beschreven omzeilingsmethodes zijn in ruime mate voorhanden: er bestaan duizenden open proxy's en webproxy's, en een groot aantal reverse-proxy's – hoewel door optreden van BREIN ook telkens proxy's verdwijnen.¹⁵⁶ Naast Tor bestaan er nog enkele andere proxy-netwerken en The Pirate Bay is inmiddels in zijn geheel te downloaden, waardoor een mirror met de gegevens van alle torrents op de site eenvoudig is op te zetten.¹⁵⁷ Een test van een aantal van deze omzeilingstechnieken heeft mij geleerd dat alle daarvan geschikt zijn om de blokkade van internetprovider UPC te ontwijken.¹⁵⁸

¹⁵¹ Als gebruikers via een proxy een site bezoeken, zal het IP-adres van deze proxy door de analysesoftware van de site worden geregistreerd als herkomstadres van de bezoeker. Als deze proxy zich buiten Italië bevindt, zou de bezoeker uit Italië niet als zodanig geregistreerd worden, waardoor het onterecht zou lijken of het bezoek uit Italië daalt. Door registratie van het websitebezoek aan de kant van de gebruiker ondervangen onderzoekers dit probleem.

¹⁵² BREIN/Ziggo & XS4ALL, r.o. 4.34-4.36.

¹⁵³ Newzbin2, r.o. 192-198.

¹⁵⁴ BAF/Belgacom & Telenet, p. 13-14.

¹⁵⁵ Huygen e.a. 2009, p. 76-77.

¹⁵⁶ Zie par. 4.3.3 hieronder.

¹⁵⁷ Ernesto, 'Download a Copy of The Pirate Bay, It's Only 90 MB', *Torrentfreak* 9 februari 2012, www.torrentfreak.com.

¹⁵⁸ De resultaten van mijn onderzoek zijn te vinden in Bijlage 1.

Voordat een abonnee van een blokkerende provider echter een van deze technieken zal gebruiken, moet hij er bekend mee zijn. Het is aannemelijk dat een groot deel van de abonnees op de hoogte is van de mogelijkheid om de blokkering te omzeilen; in de Nederlandse media is naar aanleiding van het eerste Haagse vonnis hieraan ruime aandacht besteed, en ook enkele providers hebben hierop gewezen.¹⁵⁹ Daarnaast blijkt ook uit de vonnissen zelf dat de mogelijkheid bestaat om de blokkering te omzeilen.¹⁶⁰

Over de wijzen waarop gebruikers de blokkering kunnen omzeilen, schreven niet alleen ICT-gerichte tijdschriften en websites als Tweakers¹⁶¹ en Webwereld,¹⁶² maar ook landelijke dagbladen als het Algemeen Dagblad en De Volkskrant.¹⁶³ Ook een eenvoudige zoekopdracht in Google levert al snel vele sites op met uitgebreide overzichten van alle beschikbare omzeilingsmethodes.¹⁶⁴ Behalve informatie gericht op deze specifieke blokkering, is er ook veel documentatie beschikbaar over het omzeilen van blokkeringen in het algemeen.

Uit mijn onderzoekje is gebleken dat de meeste omzeilingmethodes eenvoudig zijn in te stellen. Web- en reverseproxy's zijn zonder enige technische kennis te gebruiken, waardoor zelfs beginnende internetgebruikers deze methodes kunnen toepassen. De andere manieren vergen slechts installatie van een softwareprogramma of het wijzigen van enige instellingen van de browser. Voor de meeste downloaders zou dat gezien hun bovengemiddelde internetkennis geen probleem moeten vormen, zeker nu het downloaden via het Bittorrentprotocol reeds de installatie van speciale software vereist. Wie een dergelijk programma kan installeren, moet ook in staat zijn programma's als HotSpot Shield te gebruiken.

Tegen omzeiling met behulp van deze technieken zijn wel enige bezwaren in te brengen, die downloaders kunnen weerhouden van het gebruik van bepaalde diensten. In de eerste plaats kan bijvoorbeeld het gebruik van een VPN kosten met zich meebrengen, die mogelijk niet opwegen tegen de baten van het zonder betaling downloaden. Daarnaast kunnen sommige proxydiensten inbreuk maken op de privacy van de gebruiker. Aangezien dit niet voor alle aanbieders van deze diensten geldt, hoeft dit niet te betekenen dat abonnees in het geheel niet van dergelijke methodes gebruik zullen maken.

4.3.3 Omzeiling in de praktijk

Op grond van de voorgaande paragraaf kan ik de eerste vraag, of het mogelijk is om de blokkering zonder veel moeite te omzeilen, positief beantwoorden. Als gezegd is echter vooral de tweede vraag, of abonnees de blokkade in de praktijk daadwerkelijk omzeilen, van belang. Het feit dat de blokkering eenvoudig is te omzeilen, zou er daarbij wel op *kunnen* wijzen dat de primaire effectiviteit van de blokkering beperkt is.

Hoeveel abonnees de blokkering daadwerkelijk zullen omzeilen is aan de hand van het bovenstaande natuurlijk niet vast te stellen, maar het grote aanbod van eenvoudig bruikbare omzeilingstechnieken, in

¹⁵⁹ Zie bijvoorbeeld onder 'Veelgestelde vragen' op www.ziggo.nl/#help/actueel/pirate-bay.

¹⁶⁰ BREIN/Ziggo & XS4ALL, r.o. 4.35.

¹⁶¹ A. Wokkers & J. Schellevis, 'BREIN vs. Pirate Bay: internet naar de haaien?', *Tweakers.net* 11 januari 2012, p. 5.

¹⁶² J. Bakker, '7 gaten in de Pirate Bay-blokkade', *Webwereld* 20 januari 2012, www.webwereld.nl.

¹⁶³ T. van der Kolk, 'Blokkade Pirate Bay is heel eenvoudig te omzeilen', *De Volkskrant* 31 januari 2012; Hetzelfde artikel is gepubliceerd in het *Algemeen Dagblad*.

¹⁶⁴ Waaronder een met de toepasselijke titel 'Ik wil The Pirate Bay', www.ikwilthepiratebay.nl.

combinatie met de ruchtbaarheid die aan deze mogelijkheden is gegeven, doet vermoeden dat het aantal abonnees dat de blokkade zal omzeilen groter is dan de eerdergenoemde 25 procent uit de Italiaanse onderzoeken. Dat The Pirate Bay inmiddels in meer landen dan alleen Italië wordt geblokkeerd kan hierbij een rol spelen; de site heeft er nu immers veel meer belang bij om het zijn gebruikers eenvoudig te maken de blokkering te laten omzeilen, bijvoorbeeld door het toevoegen van nieuwe IP-adressen.¹⁶⁵

Het lijkt daarentegen ook geen twijfel dat er bezoekers van The Pirate Bay zijn die, geconfronteerd met de blokkade, hun gebruik van de website staken. Zij zullen genoodzaakt zijn om de gezochte werken op een andere wijze te bemachtigen, bijvoorbeeld omdat zij niet op de hoogte zijn van omzeilingsmethodes of deze om welke reden ook niet willen gebruiken. Het omzeilen van een blokkering is niet onrechtmatig¹⁶⁶ – waardoor de maatregel vermoedelijk afschrikkende werking ontbeert – maar denkbaar is bijvoorbeeld dat een bezoeker na het zien van de blokkeringspagina beseft dat downloaden via Bittorrent inbreukmakend is, en daarom besluit de gezochte werken langs legale weg te verkrijgen. Voor al deze abonnees geldt dat de blokkade effect heeft in primaire zin; zij maken immers geen inbreuk meer op het auteursrecht met behulp van The Pirate Bay.

In het kort geding tegen onder meer UPC voert BREIN onweersproken enige cijfers op waaruit blijkt dat het bezoek aan The Pirate Bay vanuit Nederland gedaald is na instelling van de blokkade door Ziggo en XS4ALL, maar de herkomst van deze cijfers is onbekend.¹⁶⁷ Het lijkt er op dat deze statistieken zijn gebaseerd op Alexa-ratings,¹⁶⁸ aangezien BREIN enige tijd na deze uitspraak een persbericht heeft gepubliceerd waarin de stichting op grond van deze ranglijst melding maakt van een sterke daling van het bezoek aan The Pirate Bay vanuit Nederland. De site behoorde tot februari 2012, gemeten naar bezoekersaantallen, tot de dertig grootste sites van Nederland, maar begin juli 2012 was hij gezakt naar plaats 223.¹⁶⁹ Inmiddels staat The Pirate Bay zelfs lager dan de vijfhonderdste plaats. Andere sites die gegevens over sitebezoek publiceren, vertonen een vergelijkbare ontwikkeling.¹⁷⁰ Hoewel hier sprake lijkt van een forse daling, wordt in ieder geval bij Alexa het bezoek via bijvoorbeeld reverseproxy's niet

¹⁶⁵ Zie par. 2.5.5.

¹⁶⁶ Omzeilen is overigens in dit geval gewoon toegestaan: artikel 29a van de Auteurswet, dat het omzeilen van “doeltreffende technische voorzieningen” onrechtmatig verklaart, is niet van toepassing. Zo'n voorziening wordt namelijk beheerst door de rechthebbende en ziet op bepaalde handelingen ten aanzien van werken. Een blokkering ziet echter niet op handelingen ten aanzien van de werken zelf (maar op een torrent-index) en wordt niet beheerst door de rechthebbende (maar door de provider, in opdracht van de rechter).

¹⁶⁷ BREIN/UPC e.a., r.o. 4.21; BREIN weigert in te gaan op verzoeken van mijn kant op inzage in de herkomst van deze gegevens, waardoor dit niet te achterhalen is.

¹⁶⁸ Alexa is een bedrijf dat wereldwijd het bezoek aan websites meet, met behulp van op de computers van paneeldeelnemers geïnstalleerde software. Op basis van deze gegevens stelt Alexa onder meer lijsten op met de best bezochte sites per land.

¹⁶⁹ ‘BREIN halfjaar rapport: Bezoek aan The Pirate Bay keldert’, *BREIN* 3 juli 2012, www.anti-piracy.nl.

¹⁷⁰ Zowel Google Trends for Websites (trends.google.com/websites) als DoubleClick Ad Planner (google.com/adplanner) laten vanaf eind mei, toen UPC, KPN, Tele2 en T-Mobile startten met blokkeren, een sterke daling zien in het bezoek aan The Pirate Bay vanuit Nederland.

toegerekend aan de totalen voor The Pirate Bay, maar aan de totalen voor de proxy.¹⁷¹ Dit blijkt uit het feit dat proxy's als die van de Britse Piratenpartij,¹⁷² pirateproxy.net en piratereverse.info tot de duizend populairste websites van Nederland behoren. Ook sites als ikwilthepiratebay.nl en fucktimkuik.org staan zeer hoog in de Nederlandse ranglijsten van Alexa.¹⁷³

Door op te treden tegen dergelijke proxy's, kan Stichting BREIN de primaire effectiviteit van de maatregel verbeteren. Tot op heden lijkt zij hierin zeer succesvol, want een groot aantal Nederlandse aanbieders van reverse proxy's is inmiddels met ex-parte-bevelen tot stoppen gedwongen.¹⁷⁴ Bij buitenlandse proxy's is dit waarschijnlijk moeilijker;¹⁷⁵ BREIN zou in die gevallen wellicht providers kunnen dwingen deze sites te blokkeren,¹⁷⁶ hoewel de daadwerkelijke inbreuk dan wel erg ver verwijderd is van de te blokkeren site.¹⁷⁷

4.4 Substitutie

Hoewel de blokkering in primaire zin enigszins effectief lijkt, wil dat nog niet zeggen dat zij dit ook is in totale zin. Het is immers goed mogelijk dat gebruikers die zich geconfronteerd zien met een blokkade, op zoek gaan naar een andere manier om de gezochte werken te bemachtigen. Als deze andere manier eveneens downloaden uit illegale bron inhoudt, dan is de blokkering per saldo nog steeds niet effectief. In het geval van het blokkeren van een enkele site is er een gerede kans dat gebruikers die weg zullen volgen, aangezien er vele alternatieven bestaan voor The Pirate Bay. Het blokkeren van een enkele website zal dan weinig invloed hebben op het verminderen van online auteursrechteninbreuk.

Dat gebruikers eenvoudig overstappen naar een andere illegale aanbieder van beschermde werken bleek al toen in 2001 het doek viel voor Napster, de eerste gebruiksvriendelijke file-sharing-dienst. Een Amerikaanse rechter had het bedrijf gedwongen nog uitsluitend legale bestanden te indexeren, waarna downloaders gebruik gingen maken van vergelijkbare programma's, die niet door een verbod waren getroffen.¹⁷⁸ Gebruikers van The Pirate Bay kunnen op eenzelfde wijze overstappen op vele andere torrent-indices, zoals Torrentz.eu, KickassTorrents en IsoHunt. Zij hoeven uiteraard niet over te stappen naar een gelijkwaardige dienst, maar kunnen ook gebruik gaan maken van een ander 'platform', zoals

¹⁷¹ Navraag bij de helpdesk van Alexa bevestigde mijn verwachting dat bezoek via proxy's niet wordt toegerekend aan The Pirate Bay.

¹⁷² Bijna 97 procent van de bezoekers van het domein pirateparty.org.uk bezoekt het subdomein tpb.pirateparty.org.uk, waar een reverse proxy is te vinden naar The Pirate Bay.

¹⁷³ De in deze paragraaf genoemde cijfers zijn terug te vinden op de website van Alexa, www.alexacom. De posities van de genoemde sites heb ik verzameld op 26 juli 2012.

¹⁷⁴ Zie, onder meer, 'Met name voor abonnees van Ziggo en XS4ALL', *IE-Forum* 4 april 2012 (*IEF* 11157); 'Ook piratenpartij moet ter beschikking stellen The Pirate Bay staken', *IE-Forum* 13 april 2012 (*IEF* 11191).

¹⁷⁵ Zie par. 6.1.2 hieronder.

¹⁷⁶ Een filtersysteem, dat blokkeert op URL in plaats van op IP-adres of domeinnaam, zou van pas kunnen komen om een proxy als die van de Britse piratenpartij te blokkeren. Het blokkeren van de hele site van die partij zou immers neerkomen op een ernstige vorm van overblokkering, omdat het zeer veel volstrekt legitieme informatie – afkomstig van een politieke partij – onbereikbaar zou maken.

¹⁷⁷ Zie par. 5.4 hieronder.

¹⁷⁸ Schmidt, Dolfmsma & Keuvelaar 2007, p. 3-4.

Usenet.¹⁷⁹ Een andere vorm van substitutie treedt op wanneer abonnees, die zich geconfronteerd zien met een blokkade van hun favoriete indexsite, langs andere wegen de gezochte torrents gaan downloaden – bijvoorbeeld via hun telefoon – en vervolgens alsnog via hun blokkerende provider de eigenlijke werken downloaden. Gebruikers van Tribler, een torrent-client met ingebouwde zoekfunctionaliteit, hebben zelfs helemaal geen torrent-index meer nodig.¹⁸⁰

Dat substitutie in de praktijk plaatsvindt, bewijst een recent rapport over het gebruik van Bittorrent door abonnees van Ziggo en XS4ALL, waaruit blijkt dat de blokkade van The Pirate Bay geen significant meetbaar effect heeft op de totale inbreuk via dat platform. In dit onderzoek, uitgevoerd na twee maanden blokkeren, is tijdens het downloaden via Bittorrent van een aantal Nederlandse of Nederlandstalige films vastgesteld via welke provider de gebruiker met het internet verbonden was. De opzet van het onderzoek was hetzelfde als de oorspronkelijke steekproef van BREIN,¹⁸¹ waaruit bleek dat klanten van Ziggo en XS4ALL auteursrechtelijk beschermde werken delen via Bittorrent. Evenals uit het onderzoek van BREIN valt uit deze proef niet op te maken via welke site de gebruikers de torrents hebben verkregen – het is dus goed denkbaar dat minder downloaders hun torrents van The Pirate Bay hebben betrokken – maar wel bleek dat het aantal klanten van Ziggo en XS4ALL als percentage van het totale aantal Nederlandse delers van beschermde werken niet (meetbaar) is gedaald.¹⁸² XS4ALL meldt eveneens dat het torrentverkeer van zijn abonnees niet gedaald is na het instellen van de blokkering.¹⁸³

Dit brengt mij bij het belangrijkste bezwaar ten aanzien van de doeltreffendheid van blokkeren in het algemeen: het pakt de illegale websites die de inbreuk mogelijk maken niet aan, maar maakt ze slechts minder eenvoudig toegankelijk voor een beperkte groep internetters. Ook ‘The Scene’, zoals de ‘releasegroepen’ van grote uploaders collectief wel worden aangeduid,¹⁸⁴ blijft buiten schot, waardoor het voor abonnees van niet-blokkerende providers en voor abonnees die de blokkade op welke manier ook weten te omzeilen mogelijk blijft om uit illegale bron te downloaden. Mede om deze reden zijn voorstellen om kinderporno door providers te laten blokkeren teruggetrokken of gewijzigd.¹⁸⁵

¹⁷⁹ Usenet is een van de oudste onderdelen van het internet en is van oorsprong een discussieplatform. Tegenwoordig wordt dit medium echter veel gebruikt om bestanden te delen, waaronder veel auteursrechtelijk beschermd werk. Zie C.M. Kozierok, ‘Usenet Overview, History and Standards’, *The TCP/IP Guide*, www.tcpipguide.com.

¹⁸⁰ ‘What’s Tribler?’, www.tribler.org.

¹⁸¹ Zie BREIN/Ziggo & XS4ALL, r.o. 4.1-4.9.

¹⁸² Van der Ham e.a. 2012.

¹⁸³ N. Huijbregts, ‘Torrents toegenomen sinds blokkade Pirate Bay’, *XS4ALL Weblog* 4 juli 2012, blog.xs4all.nl. Ook in het Verenigd Koninkrijk lijkt het torrentverkeer niet verminderd na instelling van de blokkering, zie D. Lee, ‘Pirate Bay block effectiveness short-lived, data suggests’ *BBC News* 16 juli 2012, www.bbc.com.

¹⁸⁴ De verschillende groepen uploaders die samen The Scene worden genoemd zijn verantwoordelijk voor een groot deel van de via Bittorrent beschikbare werken, aldus Schermer & Wubben 2011; 75 procent van de downloads is afkomstig uit slechts honderd bronnen, blijkt uit Cuevas e.a. 2011.

¹⁸⁵ ‘Delete child pornography web pages across the EU, says Civil Liberties Committee’ (persbericht naar aanleiding van stemming commissie burgerlijke vrijheden van het Europees Parlement), www.europarl.eu, REF 20110131IPR12841; R. Schoemaker, ‘Nederlands kinderpornofilter definitief van de baan’, *Webwereld* 18 mei 2011, www.webwereld.nl.

4.5 Tussenconclusie

In de voorgaande paragrafen heb ik onderzocht:

1. in hoeverre het blokkeren van The Pirate Bay effectief is, in de zin dat de maatregel het bezoek aan die site verhindert;
2. wat het totale effect van de maatregel is, waarbij de vraag is of een blokkade zinvol is met het oog op het verminderen van de totale online auteursrechteninbreuk.

De eerste vraag bleek moeilijk te beantwoorden, omdat betrouwbare cijfers over het gebruik van The Pirate Bay in Nederland niet beschikbaar zijn. Uit verschillende doorlopende metingen blijkt dat het bezoek sterk is gedaald, maar het bezoek via proxy's is hierin niet meegeteld. Niettemin verwacht ik, mede op grond van eerder onderzoek naar het Italiaanse bezoek aan The Pirate Bay, dat het totale bezoek aan de site enigszins afgenomen zal zijn. Ondanks de mogelijkheden tot omzeiling, zullen er immers altijd gebruikers zijn die om welke reden ook daarvan afzien en andere torrent-indices gaan gebruiken, of in het geheel stoppen met downloaden uit illegale bron. Voor beide groepen gebruikers geldt dat de maatregel effectief is in primaire zin, maar slechts bij de laatste is de blokkering eveneens doeltreffend in totale zin.

Wat betreft de totale effectiviteit blijkt bovenal dat de blokkade geen significant meetbaar effect op het algehele torrentverkeer heeft. Dit kan betekenen dat gebruikers overgestapt zijn naar andere torrent-sites, of dat zij op enige wijze omzeilen en alsnog The Pirate Bay gebruiken. Daarnaast hebben gebruikers nog diverse alternatieve downloadplatforms tot hun beschikking. Dit betekent dat de blokkering niet zinvol is met het oog op het verminderen van de online auteursrechteninbreuk, en de conclusie is dan ook dat een blokkering van een enkele website geen effectieve manier is om het auteursrecht te handhaven. Online auteursrechteninbreuk kan echter afnemen wanneer rechthebbenden op grotere schaal websites laten blokkeren om substitutie tegen te gaan,¹⁸⁶ maar ook door bijvoorbeeld grote uploaders aan te pakken. Wel kan dit juist weer tot gevolg hebben dat abonnees gaan omzeilen, om toch de gezochte werken binnen te kunnen halen.

Eindoordeel

Ondanks de geringe effectiviteit in totale zin ben ik, met verschillende rechters,¹⁸⁷ van mening dat het blokkeren van The Pirate Bay niet geheel ineffectief is: blokkeren heeft enig primair effect en een zekere educatieve waarde; het geeft een duidelijk signaal af dat het delen van beschermde werken via Bittorrent inbreukmakend is, en dat The Pirate Bay hierin een grote rol speelt. Daarnaast heeft het, dankzij de grote media-aandacht, de moeilijkheden rond handhaving van auteursrechten op internet onder de aandacht gebracht van het grote publiek. Wel is van belang dat rechthebbenden ook op andere manieren inbreuk tegengaan, waaronder bij de bron, zodat niet alleen het bezoek aan The Pirate Bay daalt, maar ook de totale hoeveelheid illegale downloads.

¹⁸⁶ Zoals ook de Haagse rechtbank aanstipt in BREIN/UPC e.a., r.o. 4.18.

¹⁸⁷ BREIN/UPC e.a., r.o. 4.20; Newzbin2, r.o. 198; BAF/Telenet & Belgacom, p. 13-14.

5 EVENREDIGHEID VAN DE BLOKKERING

5.1 Inleiding

In dit hoofdstuk beantwoord ik de derde deelvraag, of het opleggen van de blokkering een evenredige maatregel is. Ook deze vraag hangt samen met een van de voorwaarden waaraan een maatregel tegen tussenpersonen moet voldoen: de *proportionaliteitseis*. Deze eis houdt in dat de rechter een passend evenwicht tussen de rechten – waaronder de grondrechten – en belangen van de verschillende betrokken partijen moet verzekeren. De eis volgt in de eerste plaats uit de richtlijnen en de memorie van toelichting die aan artikel 26d van de Auteurswet ten grondslag liggen, en daarnaast uit enkele arresten van het Hof van Justitie. Specifiek betekent dit onder meer dat de tussenpersoon in enige mate betrokken moet zijn bij de inbreuk, en dat de maatregel niet onnodig kostbaar mag zijn voor de provider.

Daarnaast is de *proportionaliteitseis* te beschouwen als een algemeen rechtsbeginsel. Onder meer uit het Promusicae-arrest blijkt dat *proportionaliteit* een algemeen beginsel van Unierecht is; rechterlijke instanties mogen richtlijnen daarom niet zodanig uitleggen dat zij in conflict komen met dit beginsel.¹⁸⁸ Tot slot stelt ook de Raad voor de Rechtspraak dat de rechter de meest rechtvaardige oplossing voor een geschil moet zoeken.¹⁸⁹

Bovendien is de *proportionaliteitseis* een van de drie onderdelen van de toets om vast te stellen of een grondrecht ingeperkt mag worden. De andere twee voorwaarden die deze toets stelt zijn een wettelijke grond en het legitimiteitsvereiste, waarbij in het geval van een blokkering artikel 26d van de Auteurswet de wettelijke grond vormt, terwijl het belang van de bescherming van de intellectuele eigendom van de rechthebbenden het legitimiteitsvereiste invult.

5.1.1 Beoordelingskader

De beoordeling van de *proportionaliteit* van de maatregel houdt nauw verband met het vorige en het navolgende hoofdstuk: een maatregel kan namelijk alleen proportioneel zijn wanneer hij effectief is en er daarnaast geen minder ingrijpende of minder verstrekkende andere maatregelen mogelijk zijn om het beoogde doel te bereiken. Indien aan deze beide voorwaarden is voldaan, dient de maatregel ook nog intrinsiek evenredig te zijn. De rechter dient deze *proportionaliteit in strikte zin* of *proportionaliteit stricto sensu* te beoordelen door het effect van de maatregel ten opzichte van de benadeelden af te wegen tegen het met de maatregel nagestreefde doel, waarbij de beperking van de rechten van de ene partij niet excessief groot mag zijn ten opzichte van het belang van of de voordelen voor de andere partij.¹⁹⁰

In het geval van een blokkering zal de rechter een afweging moeten maken tussen enerzijds het belang van de rechthebbenden – vertegenwoordigd door BREIN – om hun eigendom te beschermen, en anderzijds het nadeel voor de andere betrokken partijen, te weten de providers, hun abonnees en The Pirate Bay. In deze

¹⁸⁸ Promusica/Telefónica, r.o. 68; HvJ EG 6 november 2003, nr. C-101/01 (*Lindqvist*), r.o. 87.

¹⁸⁹ Van Dijk e.a. 2010.

¹⁹⁰ Craig & De Búrca 2011, p. 526; Montero & Van Enis 2011, p. 33-34.

afweging dient de rechter met name een juist evenwicht te verzekeren tussen de verschillende grondrechten.¹⁹¹ Uit de bespreking van de verschillende casus in hoofdstuk 3 blijkt dat daarbij vaak de nadruk ligt op de beperking van de vrijheid van ondernemerschap.¹⁹² Rechter moeten echter de grondrechten van alle partijen tegen elkaar afwegen: zij dienen derhalve ook aandacht te besteden aan die van de klanten van de providers en aan die van de eigenaars van The Pirate Bay.

Uit het voorgaande hoofdstuk is gebleken dat de effectiviteit van een blokkering in sommige opzichten beperkt is; voor het verminderen van auteursrechtinbreuk in het algemeen is blokkeren niet effectief. Bij het beoordelen van de evenredigheid zal de rechter evenwel uitgaan van de effectiviteit in primaire zin,¹⁹³ dus de vraag of een blokkering de toegang tot de geblokkeerde site verhindert. Zoals uit het vorige hoofdstuk bleek, lijkt het erop dat de blokkeringen in primaire zin in enige mate effectief zijn; het bezoek aan The Pirate Bay vanuit Nederland is na het instellen van de blokkades waarschijnlijk enigszins gedaald.

5.1.2 Plan van behandeling

Om een afweging te kunnen maken tussen de verschillende belangen en grondrechten die aan de betrokken partijen toekomen, zal ik eerst deze belangen en grondrechten op een rij zetten. Daarna volgt de beoordeling van de evenredigheid van de blokkering, waarbij ik aan de hand van de criteria die blijken uit wetgeving, rechtspraak en literatuur verschillende proportionaliteitskwesities zal behandelen. Daarbij bespreek ik ook de bij de maatregel betrokken grondrechten. In de tussenconclusie beantwoord ik ten slotte aan de hand van de voorwaarden uit paragraaf 3.4 de vraag in hoeverre de blokkering van The Pirate Bay een evenredige maatregel is. De proportionaliteit in strikte zin zal in dit hoofdstuk overigens centraal staan; de beoordeling van de ‘algehele’ proportionaliteit, dus de optelsom van effectiviteit, subsidiariteit en proportionaliteit stricto sensu, valt samen met de conclusie in hoofdstuk 7.

5.2 Betrokken partijen

5.2.1 Stichting BREIN

Stichting BREIN, of eigenlijk de rechthebbenden die zich door de stichting laten vertegenwoordigen, is in deze zaak de partij die beoogt van de maatregel te profiteren. De vraag die derhalve voor elk van de andere betrokken partijen beantwoord zal moeten worden, is of het belang – en daarmee het voordeel – van de rechthebbenden bij de maatregel dusdanig groot is, dat dit het nadeel dat die andere partijen dientengevolge lijden voldoende compenseert. Alleen dan is er immers sprake van een evenredige maatregel. Allereerst zal ik dus het belang, dat de rechthebbenden hebben bij het instellen van een blokkering, moeten vaststellen.

Het belang van de houders van auteurs- en naburige rechten bestaat uit de bescherming van hun fundamentele recht op eigendom, waarop abonnees van de gedaagde internetproviders inbreuk maken door ongeoorloofde verveelvoudiging en openbaarmaking. Door deze inbreuken lijden de rechthebbenden

¹⁹¹ Promusicae/Telefónica, r.o. 62-68.

¹⁹² Zo ook, ten aanzien van Scarlet/SABAM: Helberger & Van Hoboken 2012, p. 79.

¹⁹³ Zie par. 4.2.

economische schade, die voornamelijk uit omzetverlies door verminderde verkoop bestaat.¹⁹⁴ Zij worden niet in hun feitelijke eigendom aangetast, maar uitsluitend in de mogelijkheid om maximaal van die eigendom te profiteren.¹⁹⁵ Het handhaven van hun auteursrechten, door middel van het blokkeren van inbreukfaciliterende sites, stelt de rechthebbenden in staat beter hun eigendomsrechten te exploiteren.

5.2.2 Providers

De providers zijn, als gedaagden, de meest zichtbare van de partijen die nadeel ondervinden van de blokkering. Hun nadeel bestaat onder meer uit de kosten die zijn verbonden aan de implementatie van de maatregel en de aansprakelijkheid voor de goede uitvoering daarvan. Zij weten zich echter beschermd door verschillende grondrechten, waaronder de vrijheid van ondernemerschap en de vrijheid van meningsuiting. Dit recht ziet niet alleen op de mogelijkheid tot kennismaken en verzenden van informatie, maar evengoed op het 'transport' van de informatie, omdat elke beperking daarvan van directe invloed is op de mogelijkheid om informatie te ontvangen.¹⁹⁶ Aangezien providers een essentiële rol spelen in het uitwisselen van digitale informatie, dienen ook zij de bescherming van dit grondrecht te genieten.¹⁹⁷

Uit de richtlijnen, wetshistorie en jurisprudentie volgt verder dat een provider in enige mate bij de inbreuk betrokken moet zijn, dat de maatregel niet onnodig kostbaar of ingewikkeld mag zijn en tot slot dat deze geen belemmering van het legitieme handelsverkeer mag vormen

5.2.3 Abonnees

De abonnees van de blokkerende providers ondervinden op verschillende manieren hinder van de maatregel. Zo kunnen zij The Pirate Bay moeilijker bereiken, waardoor het hen aanmerkelijk meer moeite kost om bepaalde data, zowel legale als illegale, binnen te halen. Zij zullen zich tot andere bronnen moeten wenden om de gezochte data alsnog te verkrijgen. Anders dan voor de provider is er in de jurisprudentie en literatuur minder aandacht besteed aan specifieke eisen waaraan een maatregel moet voldoen ten aanzien van deze abonnees. Wel blijkt uit de rechtspraak van het Hof dat het blokkeren van legale inhoud nadrukkelijk voorkomen moet worden, om de vrijheid van meningsuiting niet teveel te beperken.¹⁹⁸ Daarnaast zijn wellicht het recht op privéleven en het recht op de bescherming van persoonsgegevens in het geding.

5.2.4 The Pirate Bay

De derde partij die nadeel ondervindt van de maatregel is de geblokkeerde website zelf. Zo zal de site zijn bezoekersaantallen zien teruglopen door de verminderde bereikbaarheid, en daardoor mogelijk ook zijn inkomsten. Daarnaast zal The Pirate Bay gehinderd worden in de mogelijkheden om informatie te

¹⁹⁴ Het rapport *Ups and downs* becijfert de omzetzijging van de Nederlandse muziekindustrie als gevolg van delen van bestanden op maximaal honderd miljoen euro per jaar, zie Huygen e.a. 2009, p. 118. Zie voor een overzicht van de aanmerkingen op dit soort onderzoeken Schermer & Wubben 2011, p. 90.

¹⁹⁵ Barendt 2005, p. 253-254.

¹⁹⁶ EHRM 22 mei 1990, nr. 12726/87 (*Autronic AG/Zwitserland*), r.o. 47.

¹⁹⁷ Montero & Van Enis 2011, p. 24.

¹⁹⁸ *Scarlet/SABAM*, r.o. 52.

verzenden. De site zal dus te maken krijgen met aantastingen op de vrijheid van meningsuiting en de vrijheid van ondernemerschap. Deze beperkingen zijn misschien echter te rechtvaardigen, omdat de site onrechtmatig is verklaard.

5.3 Toegang tot rechter

Een onvermijdelijk probleem bij het opleggen van een maatregel tegen een tussenpersoon is dat partijen die rechtstreeks nadeel ondervinden van deze maatregel, zoals de klanten van de provider, niet deelnemen aan de voorafgaande procedure. Dit roept de vraag op of hun grondrecht op een doeltreffende voorziening in rechte wel gerespecteerd wordt.¹⁹⁹ Eenieder die te maken krijgt met een inperking van zijn grondrechten, heeft immers recht op een eerlijke behandeling van zijn zaak. De benadeelde moet daarbij gehoord worden en de gelegenheid hebben zich te verdedigen; een mogelijkheid die de benadeelde abonnees en website niet krijgen. Dit is niet zozeer van directe invloed op de proportionaliteit van een blokkering als maatregel, maar betekent wel dat de rechter sterk rekening moet houden met de belangen van de benadeelden die niet in het geding betrokken zijn.²⁰⁰

Deze benadeelden zijn immers in de verdediging van hun belangen afhankelijk van een derde partij, de provider – een bedrijf dat misschien andere belangen heeft dan zijn klanten en de website. Zo bieden veel van de blokkerende providers tegen betaling legale videodiensten aan. In de hier besproken zaken lijkt echter geen sprake van een dergelijk belangenconflict: de providers beroepen zich niet alleen op hun eigen rechten, maar ook op die van hun klanten. Was dit niet het geval geweest, dan hadden klanten, evenals de betrokken website, eventueel gebruik kunnen maken van het buitengewone rechtsmiddel derdenverzet.²⁰¹ Tezamen met de optie voor benadeelden om zich tijdens het geding te voegen aan de kant van de providers,²⁰² biedt dit voldoende invulling aan het recht op een doeltreffende voorziening in rechte, in het bijzonder voor wat betreft het recht gehoord te worden en de mogelijkheid om tegen de maatregel in beroep te gaan.

5.4 Betrokkenheid providers

De eerste proportionaliteitstoets houdt in dat de rechter moet afwegen of de betrokkenheid van de tussenpersoon bij de inbreuk van dien aard is dat hij de vordering moet toewijzen.²⁰³ Van betrokkenheid zou bijvoorbeeld sprake kunnen zijn wanneer de provider zijn abonnees min of meer stimuleert inbreuk te maken. Hiervan is bij de betrokken toegangsproviders geen sprake;²⁰⁴ zij verbieden zelfs het maken van

¹⁹⁹ Zoals onder meer opgeworpen in Dommering 2008, p. 125.

²⁰⁰ Zo onderkent ook de Haagse rechtbank in BREIN/Ziggo & XS4ALL, r.o. 4.44.

²⁰¹ Art. 376 e.v. Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering.

²⁰² Art. 217 e.v. Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering.

²⁰³ *Kamerstukken II*, 2005/06, 30 392, nr. 3, p. 26 (MvT).

²⁰⁴ BREIN beschuldigt in haar pleitnota in de zaak BREIN/Ziggo & XS4ALL beide providers echter van zulk stimuleren, maar de rechtbank is hier in het vonnis niet nader op ingegaan. Het pleidooi is in te zien via N. Huijbregts, 'XS4ALL moet website blokkeren: de gevolgen van het vonnis', *XS4ALL Weblog* 16 januari 2012, blog.xs4all.nl.

auteursrechtinbreuk via hun diensten.²⁰⁵ Desondanks is de provider, door het verlenen van toegang tot The Pirate Bay en het faciliteren van het daaropvolgende uploaden, betrokken bij de inbreuk.

Dit leidt tot de vraag of abonnees al dan niet bepaalde diensten van de provider gebruiken om inbreuk te maken. Het is immers niet de toegangsverlening tot The Pirate Bay die abonnees gebruiken om de eigenlijke inbreuk te maken, maar de ‘verbinding’ met Bittorrent – dat wil zeggen de individuele verbindingen tussen de abonnee en zijn peers. Dommering stelt dat abonnees inbreuk plegen met behulp van diensten (Bittorrent) die de providers helemaal niet leveren, nu deze laatste slechts een algemene toegangsdienst bieden.²⁰⁶ Dit is in mijn ogen niet correct; weliswaar is de provider niet de leverancier van de dienst Bittorrent, maar hij verleent net zo goed toegang tot die dienst, als tot de torrent-index of welke andere website ook.

Toegangsproviders zijn door critici en satirici wel vergeleken met de beheerders van de openbare weg,²⁰⁷ koeriersdiensten²⁰⁸ en spoorvervoerders,²⁰⁹ waarbij zij stellen dat rechthebbenden deze partijen ook niet kunnen of willen aanspreken als er via hun infrastructuur inbreuk plaatsvindt. Deze kritiek deel ik niet; de regeling die maatregelen tegen tussenpersonen mogelijk maakt is in het bijzonder bedacht voor tussenpersonen in de digitale omgeving die, anders dan de genoemde partijen, zonder veel moeite in staat zijn om een einde te maken aan bepaalde inbreukmakende handelingen.²¹⁰ Wel meen ik dat de rechter, nu de providers slechts door het verlenen van een algemene toegangsdienst betrokken zijn bij de inbreuk, terughoudendheid moet betrachten bij het toekennen van een blokkeringsverzoek. Hierbij is met name de toets van subsidiariteit van groot belang,²¹¹ opdat rechthebbenden niet te snel overgaan tot het aanspreken van in beginsel niet direct betrokken tussenpersonen. Dit geldt nog meer nu de maatregel, het blokkeren van een inbreukfaciliterende site, ver verwijderd is van de eigenlijke inbreuk door de abonnees – het uploaden van werken waarvan de bij BREIN aangesloten rechthebbenden het auteursrecht bezitten.

5.5 Uitvoering door providers

5.5.1 Ingewikkeldheid

Uit Scarlet/SABAM en de Handhavingsrichtlijn volgt dat een onnodig ingewikkelde maatregel een te vergaande beperking op de vrijheid van ondernemerschap van de tussenpersoon vormt,²¹² maar wanneer

²⁰⁵ Zie bijvoorbeeld art. 5, lid 1 *Aanvullende Voorwaarden Ziggo Internet*, 16 mei 2008; art. 10, lid 7, sub b *Algemene Voorwaarden Elektronische Communicatie Diensten van KPN*, maart 2010; art. 19, lid 5 *Algemene Voorwaarden voor Tele2 Multimedia diensten*, 1 maart 2012; XS4ALL verbiedt meer impliciet zijn klanten inbreuk te maken in art.5, lid 3 *Algemene Leveringsvoorwaarden van XS4ALL Internet*.

²⁰⁶ Dommering 2012, p. 52.

²⁰⁷ Dommering 2012, p. 52

²⁰⁸ Lodder 2012, p. 13.

²⁰⁹ Opinieblog DeJaap vergelijkt Ziggo en XS4ALL in een satirisch artikel met de NS: J. Weghs, ‘Brein: NS moet Zwarte Markt Beverwijk blokkeren’, *DeJaap*, www.dejaap.nl.

²¹⁰ Overweging 59 bij de Auteursrechtlijn.

²¹¹ Waarover hoofdstuk 6.

²¹² Scarlet/SABAM, r.o. 48-49.

een maatregel precies onnodig ingewikkeld is blijkt niet. Verwant aan deze eis is de voorwaarde van de Nederlandse wetgever dat de provider redelijkerwijs in staat moet kunnen zijn aan de vordering te voldoen.²¹³ Het door SABAM gevorderde filtersysteem was onnodig ingewikkeld, omdat dit inhield dat de provider alle dataverkeer van alle klanten zou moeten controleren op ongewenste uitwisseling van bestanden, en deze bestanden vervolgens nog eens zou moeten wissen. Dit filtersysteem is daarom van een geheel andere orde dan IP- of DNS-blokkeringen, die de provider kan instellen door enige instellingen te wijzigen in de hoofdroulers en naamsservers. Doordat de Pirate Bay-blokkering slechts een beperkt aantal handelingen vergt kan ik deze maatregel niet beschouwen als onnodig ingewikkeld.

Evenmin acht ik het door BT gebruikte filtersysteem Cleanfeed onnodig ingewikkeld,²¹⁴ omdat de techniek achter het systeem vrij eenvoudig is. In essentie betreft het een IP-blokkering, die verzoeken gericht aan de geblokkeerde adressen niet weggooit, maar doorstuurt naar een filter, dat vervolgens slechts een relatief kleine hoeveelheid data hoeft te controleren. Daarnaast zijn systemen als Cleanfeed volledig ontwikkeld en in gebruik bij verschillende providers in diverse landen.²¹⁵ Waar Scarlet het voorgestelde filter nog geheel moest ontwikkelen, kan een provider die Cleanfeed dient te installeren derhalve gebruikmaken van bestaande expertise.

5.5.2 Kosten

Een tweede voorwaarde die aan het stakingsbevel is verbonden, is dat de uitvoering daarvan niet onnodig kostbaar mag zijn voor de provider. Te hoge kosten zouden mogelijk een te vergaande beperking van de vrijheid van ondernemerschap betekenen.²¹⁶ Alle rechters die een blokkering hebben uitgesproken stellen dat de provider de uitvoeringskosten daarvan moet dragen. De richtlijnen die aan rechthebbenden de mogelijkheid geven om een verbod uit te laten vaardigen spreken niet over de kostenverdeling, maar aangezien in het algemeen geldt dat de in het ongelijk gestelde partij de kosten van de aan hem opgelegde geboden moet betalen, lijkt dat ook in deze situatie niet onlogisch. Daarnaast is verdedigbaar dat een provider, door het tegen betaling verlenen van toegang tot onder meer inbreukfaciliterende sites, geld verdient aan de door zijn abonnees gemaakte inbreuk, en dat hij daarom gehouden is een blokkering die dat voorkomt te betalen. Verder kan Overweging 59 bij de Auteursrechtlijn zo worden begrepen dat de provider de kosten moet dragen.²¹⁷ Impliciet volgt dit eveneens uit L'Oréal/eBay, waarbij het Hof

²¹³ *Kamerstukken II*, 2005/06, 30 392, nr. 3, p. 26 (MvT).

²¹⁴ Hoewel het Engelse High Court dezelfde mening was toegedaan, was dit mogelijk slechts omdat het een uitbreiding betreft van een al door BT gebruikt kinderpornofilter. Dat de rechter niet verplichtte tot het blokkeren van Newzbin voor klanten die geen gebruikmaken van dit filter kan erop duiden dat hij het filtersysteem op zichzelf wel onnodig ingewikkeld vindt, maar een uitbreiding ervan – in die zin dat het naast kinderpornografische sites ook andere sites gaat blokkeren – niet beschouwt als zodanig.

²¹⁵ Stol e.a. 2008, p. 16; 'New initiative will see ISPs block child porn sites', *CTV News* 23 november 2006, www.ctvnews.ca.

²¹⁶ Scarlet/SABAM, r.o. 48-49.

²¹⁷ In het bijzonder de zinsnede 'Die tussenpersonen zijn (...) het meest aangewezen om een eind te maken aan zulke inbreukmakende handelingen' wijst in die richting; wanneer iemand ergens een eind aan moet maken impliceert dat immers dat hij die beëindiging ook moet betalen.

verwijst naar artikel 3, eerste lid van de Handhavingsrichtlijn.²¹⁸ Ook de voorwaarde uit de memorie van toelichting, dat de maatregel niet onnodig kostbaar mag zijn voor de provider, duidt erop dat deze laatste partij de kosten moet dragen.²¹⁹

De kosten voor het instellen van de blokkering zelf lijken voor wat betreft de Nederlandse Pirate Bay-blokkeringen niet hoog te zijn, vooral omdat de uitvoering in technisch opzicht niet ingewikkeld is.²²⁰ Een filtersysteem brengt wel de nodige kosten met zich mee: de ontwikkeling van Cleanfeed kostte BT, evenals de implementatie ervan, een half miljoen Britse pond.²²¹ Wanneer een dergelijk systeem geïnstalleerd is zijn de kosten voor uitbreiding van de lijst met geblokkeerde sites overigens relatief laag.²²² Schellekens wijst erop dat dit ‘kostenbesparingsargument’ de stap om meer te gaan blokkeren mogelijk verkleint,²²³ waardoor het gevaar van mission creep ontstaat – het verschijnsel dat een systeem wordt ingezet om minder schadelijke inhoud te blokkeren dan waarvoor het oorspronkelijk bedoeld was,²²⁴ zoals in het Verenigd Koninkrijk daadwerkelijk gebeurd is met Cleanfeed.

Bijkomende kosten

Een andere kostenpost voor de providers zijn de proceskosten. Doordat de Haagse rechtbank in beide zaken het verzoek van BREIN om een reële proceskostenveroordeling heeft geweigerd, bedragen deze echter slechts het liquidatietarief.²²⁵ Andere mogelijke kosten voor de providers vloeien voort uit de aansprakelijkheid voor de juiste uitvoering ervan; zij verbeuren een dwangsom wanneer zij de blokkering te laat of niet goed instellen.²²⁶ Verder kunnen er, naast de kosten die direct verband houden met het instellen en onderhouden van de blokkade, ‘indirecte’ kosten ontstaan voor een provider. In de eerste plaats betreft dit gederfde winst als gevolg van het overstappen van klanten naar een concurrent die niet blokkeert. Nu alle grote providers de site moeten blokkeren, en andere waarschijnlijk snel volgen, vermindert echter het aantal alternatieven. Ook de mogelijkheden van omzeiling en substitutie, en de moeite die het voor klanten kost om over te stappen, zullen ervoor zorgen dat deze kosten niet substantieel zijn. Voor de volledigheid merk ik nog op dat, aangezien de providers slechts die adressen blokkeren waar BREIN om heeft gevraagd, deze laatste de aansprakelijkheid voor onterecht geblokkeerde adressen draagt.

²¹⁸ L’Oréal/eBay, r.o. 139.

²¹⁹ *Kamerstukken II*, 2005/06, 30 392, nr. 3, p. 26 (MvT).

²²⁰ BREIN/Ziggo & XS4ALL, r.o. 4.32. Zie ook par. 2.4 en 5.5.1.

²²¹ Malcolm, ‘Cleanfeed: the facts’, *LINX Public Affairs* 10 september 2004, publicaffairs.linx.net/news/?p=154; uit diverse rapporten blijkt eveneens dat de kosten van filtersystemen als Cleanfeed hoog of relatief hoog zijn, zie onder meer *Publiekprivate bestrijding van kinderporno op internet* 2009, Stol e.a. 2008, p. 22. Naast de kosten voor ontwikkeling zijn er vermoedelijk operationele kosten, maar over de hoogte daarvan is mij geen informatie bekend.

²²² Ongeveer GBP 5.000,- aan kosten voor de initiële uitbreiding van de blokkeringslijst, en GBP 100,- voor elk daarna toe te voegen adres, zie: Newzbin2 II, r.o. 32.

²²³ Schellekens 2011a, p. 291.

²²⁴ Schellekens 2011b.

²²⁵ In BREIN/Ziggo & XS4ALL, r.o. 4.63 begroot op ruim €2.200,-; in BREIN/UPC e.a., r.o. 4.44 op bijna €1.600,-.

²²⁶ BREIN/Ziggo & XS4ALL, r.o. 5.5; BREIN/UPC e.a., r.o. 5.2. Zie ook BAF/Belgacom & Telenet, p. 16.

Afwenteling uitvoeringskosten

Het enkele feit dat providers kosten moet maken om te blokkeren kan echter ook reden zijn te stellen dat de maatregel niet proportioneel is. De provider heeft immers zelf op geen enkele wijze inbreuk gepleegd en is evenmin aansprakelijk voor de door zijn abonnees gepleegde inbreuk, maar moet desondanks de kosten van het voorkomen van verdere inbreuk dragen. Om dit bezwaar te ondervangen zou de rechter bijvoorbeeld kunnen oordelen dat de eisende partij moet bijdragen in de kosten,²²⁷ zoals onder meer het geval is bij banken die beslag moeten leggen op banktegoeden.²²⁸ Dat een dergelijke regeling ook bij een blokkering niet geheel denkbeeldig is, blijkt uit de opmerking van het Engelse High Court dat de kostenverdeling tussen de partijen in een volgende zaak wellicht anders zal zijn.²²⁹ Zo zou de rechter eveneens kunnen voorkomen dat providers de kosten van het blokkeren afwentelen op hun abonnees.²³⁰ Evenals bij het nooit in werking gestelde kinderpornofilter is echter ook denkbaar dat de overheid de kosten van het blokkeren draagt,²³¹ maar nu de kosten van deze blokkeringen laag zijn, zie ik daartoe geen noodzaak. Wel zouden de providers in hoger beroep kostencompensatie van BREIN kunnen eisen, en zou het hof een proceskostenveroordeling achterwege kunnen laten.

5.5.3 Duur van maatregel

Het Europese Hof heeft niet alleen bezwaar tegen het filter van SABAM omdat het te duur en te ingewikkeld is, maar heeft ook zijn bedenkingen bij het feit dat de maatregel voor onbepaalde tijd zou gelden.²³² Waarschijnlijk baseert hij dit op de Handhavingsrichtlijn, waarvan artikel 3, eerste lid stelt dat maatregelen geen *onredelijke* termijnen mogen inhouden. Naar mijn mening beoordeelt het Hof het bezwaar ten aanzien van de tijdsduur in samenhang met de bezwaren aangaande de kosten en de ingewikkeldheid van de maatregel; een ingewikkelde, dure blokkering, die voor een onbepaalde tijd wordt opgelegd, zou een disproportionele inperking op de vrijheid van ondernemerschap betekenen. De blokkering van The Pirate Bay geldt weliswaar voor onbepaalde tijd, maar aangezien zij verder niet belastend is voor de provider, is zij niet te beschouwen als een maatregel met een onredelijke termijn.

5.6 Beperking van toegang tot informatie

5.6.1 Algemene overwegingen

Een blokkering van een website heeft als direct gevolg dat zij de informatie op die site ontoegankelijk maakt voor de abonnees, maar daarnaast beperkt het ook de mogelijkheden voor The Pirate Bay en de provider om informatie te verzenden. De mogelijkheid om informatie te verzenden en te ontvangen, zowel legaal als illegaal,²³³ wordt beschermd door het grondrecht op vrijheid van meningsuiting. De rechter zal derhalve een afweging moeten maken tussen het belang van de rechthebbenden om hun eigendom te

²²⁷ Dommering 2012, p. 52.

²²⁸ Smith 2007, p. 392.

²²⁹ Newzbin2 II, r.o. 33.

²³⁰ Zie over de risico's van deze kostenafwenteling Schellekens 2011a, p. 290.

²³¹ Stol e.a. 2008, p. 115-116.

²³² Scarlet/SABAM, r.o. 47.

²³³ Barendt 2005, p. 255-258.

beschermen en het belang van de abonnees en de site om vrijelijk informatie te kunnen delen.

De *informatie* die The Pirate Bay verspreidt deel ik voor deze bespreking op in twee categorieën. In de eerste plaats gaat het om illegale bestanden, dus verwijzingen naar werken die zonder toestemming van de rechthebbenden worden gedeeld. De tweede categorie betreft het legale materiaal, bijvoorbeeld werken die met toestemming van de rechthebbenden zijn geplaatst,²³⁴ alsmede materialen waarvan het auteursrecht is vervallen.²³⁵ De *gebruikers* die data uit de eerste categorie delen zijn vervolgens in twee groepen op te splitsen; de gebruikers die uitsluitend downloaden, en dus zelf geen inbreuk maken, en de gebruikers die ook uploaden, en daardoor wel onrechtmatig handelen tegenover de rechthebbenden.

Ook deze laatste groep kan zich beroepen op de vrijheid van meningsuiting, maar de afweging tussen het belang van de inbreukmakers en dat van de rechthebbenden zal in het geval van inbreuk – waarmee geen ander doel is gediend dan het profiteren van andermans intellectueel eigendom – dienen uit te vallen in het voordeel van de rechthebbenden.²³⁶ De rechter moet het inperken van de vrijheid van expressie van abonnees die slechts legale data delen of enkel downloaden echter uitgebreider toetsen; deze twee groepen zal ik daarom nader bespreken.

Hoewel de vrijheid van meningsuiting een fundamenteel recht is, reikt de vrijheid niet zover dat mensen altijd en overal dit recht uit mogen oefenen; er is geen sprake van ‘forumvrijheid’.²³⁷ De rechter mag daarom een blokkering van een site opleggen, mits er voldoende andere bronnen zijn waar internetgebruikers de door hen gezochte legitieme informatie vandaan kunnen halen. Mogelijk is het zelfs voldoende als er slechts één, zij het goed toegankelijke, bron beschikbaar is.²³⁸ Dit doet echter in beginsel niets af aan de noodzaak om een blokkering te toetsen aan de eisen van proportionaliteit: ook indien er andere fora beschikbaar blijven, zal de blokkade van een forum proportioneel moeten zijn.

Censuur?

Tot slot wil ik nog enige woorden wijden aan de kwestie of het blokkeren van The Pirate Bay ‘censuur’ is,²³⁹ en daarmee in strijd met artikel 7, eerste en derde lid van de Grondwet, dat een verbod van voorafgaand verlot om gedachten of gevoelens te openbaren inhoudt. Een blokkering die de gehele site ontoegankelijk maakt, wordt wel gezien als een verschijningsverbod.²⁴⁰ Een verschijningsverbod is, anders dan een publicatieverbod, waarbij slechts een enkele uiting wordt verboden,²⁴¹ altijd in strijd met de Grondwet.²⁴² Dit zou betekenen dat het onmogelijk is The Pirate Bay te verbieden of blokkeren; het verbieden van een enkele uiting – dat wil zeggen de publicatie van een enkele verwijzing naar illegaal

²³⁴ Waaronder ook open-source-software – programma’s die eenieder vrijelijk mag bewerken en verspreiden.

²³⁵ Het auteursrecht eindigt ongeveer zeventig jaar na het overlijden van de maker, zo leert art. 37 lid 1 Auteurswet.

²³⁶ Barendt 2005, p. 261.

²³⁷ EHRM 6 mei 2003, nr. 44306/98, *NJ* 2010, 207 m.nt. E.J. Dommering (*Appleby/Verenigd Koninkrijk*), r.o. 47.

²³⁸ ECRM 6 juli 1976, nr. 5178/71 (*De Geïllustreerde Pers/Nederland*), r.o. 85-86.

²³⁹ Deze vraag wordt onder meer ook opgeworpen door Dommering 2008; Nieuwenhuis 2011, p. 30-31, 37.

²⁴⁰ Nieuwenhuis 2011, p. 37.

²⁴¹ De Meij e.a. 2000, p. 99, 281.

²⁴² De Meij e.a. 2000, p. 95-96.

materiaal – is immers zinloos, omdat continu nieuwe verwijzingen worden toegevoegd. Dat zou een ongelijke situatie opleveren ten opzichte van andere, tragere media als kranten en televisie; hierbij is een publicatieverbod immers wel mogelijk, omdat de snelheid van verschijnen van uitingen minder groot is. Ook voor inbreukfaciliterende websites moet een verbod mede daarom mogelijk zijn; wel moet aan zo'n blokkering of verbod uiteraard een strenge toetsing voorafgaan.²⁴³

5.6.2 Toegang tot legaal materiaal

Een van de belangrijkste bezwaren tegen een totaalblokkade is dat het de hele site ontoegankelijk maakt, waaronder ook de verwijzingen naar legaal materiaal. De Haagse rechtbank erkent deze vorm van overblokkeren, maar ziet dit niet als bezwaarlijk, nu het aantal verwijzingen naar legaal materiaal op The Pirate Bay zeer klein is, en dit aanbod ook uit andere bronnen te verkrijgen is.

Dit roept allereerst de vraag op hoe groot de hoeveelheid illegaal materiaal op een site ten minste moet zijn om de gehele website, inclusief de verwijzingen naar legaal materiaal, te blokkeren. De rechtbank stelt, op grond van een ongepubliceerd TNO-rapport, dat ten minste negentig procent van de torrents die The Pirate Bay aanbiedt naar illegaal materiaal verwijst.²⁴⁴ Dit cijfer is in lijn met een onderzoek naar het percentage illegaal materiaal op torrent-index Mininova.²⁴⁵ Bij de bestanden die daadwerkelijk gedeeld worden ligt de hoeveelheid illegaal materiaal nog hoger; bij steekproeven bleek tot 99,7 procent van deze bestanden inbreukmakend te zijn.²⁴⁶

In eerdere zaken tegen inbreukfaciliterende sites bleken rechters overigens niet zozeer een percentage illegaal materiaal te noemen, maar meer naar de intentie van de site kijken. Wanneer de makers inbreuk stimuleerden en daarvan profiteerden, achtten zij het gerechtvaardigd de website te blokkeren of te verbieden.²⁴⁷ Volgens dit criterium kan The Pirate Bay eveneens geblokkeerd worden, mede omdat de site, zelfs na rechterlijk bevel, weigerde een einde te maken aan de grootschalige inbreuk.

De rechtbank stelt dat het belang van de abonnees bij toegang tot het legale materiaal op The Pirate Bay beperkt is, omdat dit slechts tien procent van de verwijzingen op de site betreft.²⁴⁸ Dit is opvallend, aangezien het Hof in zijn afkeuring van het door SABAM gewenste filtersysteem meeneemt dat dit mogelijk communicatie met legale inhoud blokkeert. Hoewel dit punt wellicht niet de belangrijkste reden

²⁴³ Zo ook: Nieuwenhuis 2011, p. 38-39

²⁴⁴ BREIN/UPC e.a., r.o. 4.10; BREIN/Ziggo & XS4ALL, r.o. 4.9. Bij Newzbin2 ging het om vergelijkbare percentages, zie Newzbin2, r.o. 51.

²⁴⁵ Envisional 2010, p. 2. Ruim 99 procent van de aangeboden torrents bleek te verwijzen naar illegaal materiaal. Hierbij moet ik wel opmerken dat dit onderzoek is uitgevoerd nadat Mininova op last van de rechter alle illegale torrents had verwijderd. Mogelijk heeft de site hierbij meer torrents verwijderd dan nodig, waardoor het percentage daadwerkelijk illegale verwijzingen lager zou kunnen uitvallen.

²⁴⁶ Layton & Watters 2010, p. 18; Envisional 2011, p. 12. Overigens volgt uit deze onderzoeken niet, dat de torrents waarmee deze downloads zijn gestart, zijn betrokken van The Pirate Bay; zie ook par. 4.4.

²⁴⁷ Zie par. 3.2.1.

²⁴⁸ BREIN/UPC e.a. r.o. 4.25; BREIN/Ziggo & XS4ALL, r.o. 4.28; vgl. Newzbin II, r.o.186; BAF/Telenet & Belgacom, p. 11.

is geweest voor het Hof om de gevraagde voorziening in strijd met het Europese recht te verklaren,²⁴⁹ heeft het wel een belangrijke rol gespeeld in diens proportionaliteitsafweging. De *kans* op overblokkeren bleek al voldoende reden om het filtersysteem af te keuren, terwijl de Haagse rechtbank geen bezwaar ziet in het *onvermijdelijke* overblokkeren.

Hierbij moet ik opmerken dat er een wezenlijk verschil bestaat tussen enerzijds het per abuis blokkeren van een legaal bestand gedurende het controleren van alle peer-to-peer-verkeer, zoals in het door SABAM gevraagde filtersysteem, en anderzijds het blokkeren van een torrent-index. In het eerste geval zou namelijk *elke* toegang tot het werk via bestandsdeling worden verhinderd, terwijl in het tweede geval uitsluitend de *verwijzing* naar dat werk wordt geblokkeerd. Wanneer de klant het juiste torrentbestand heeft, is de gezochte informatie nog gewoon binnen te halen, omdat het eigenlijke werk gewoon beschikbaar blijft op het netwerk. De abonnee heeft dus slechts te maken met een beperking van de vindbaarheid van de informatie.

Mijns inziens maakt dit verschil de blokkering geen te vergaande beperking van de vrijheid van meningsuiting. Wel zal voor de klanten een alternatieve indexsite beschikbaar moeten blijven om de verwijzing vandaan te halen, hetgeen lastiger wordt als rechthebbenden meer inbreukfaciliterende sites laten blokkeren. In dat geval zou de vrijheid van meningsuiting namelijk wel in het geding komen. Dit geldt vanzelfsprekend nog sterker wanneer bepaalde verwijzingen uitsluitend door The Pirate Bay worden verspreid: een afsluiting van de site betekent dan dat dit legale materiaal niet meer vindbaar is voor abonnees en zou een ernstige, mogelijk te vergaande inperking van de vrijheid van meningsuiting inhouden. Nu dergelijke torrents mij niet bekend zijn, meen ik echter dat dit bezwaar (vooralsnog) niet relevant is.

5.6.3 Beperking downloaden uit illegale bron

Beide Nederlandse blokkeringen zijn volledig gestoeld op de aanname dat abonnees van de providers, na het bezoeken van The Pirate Bay, inbreuk maken door het – automatisch – uploaden van werken of gedeeltes daarvan.²⁵⁰ Sommige Bittorrent-clients hebben echter de mogelijkheid om de uploadfunctionaliteit uit te schakelen, waardoor hun gebruikers uitsluitend *downloaden* uit illegale bron en derhalve naar huidig recht geen inbreuk maken. Het is onbekend hoeveel gebruikers louter downloaden via Bittorrent, maar vermoedelijk zullen dit er relatief weinig zijn, omdat de downloadsnelheid van gebruikers die niet uploaden lager is, niet alle clients deze optie bieden en veel mensen wellicht niet van het bestaan van deze optie weten.²⁵¹

Op het eerste gezicht lijkt een blokkering ten aanzien van gebruikers die louter downloaden een disproportionele maatregel. Zij worden immers sterk beperkt in hun legitieme mogelijkheid om te downloaden uit illegale bron, terwijl hier geen gerechtvaardigd doel van de rechthebbenden tegenover staat: voorkomen van downloaden uit illegale bron is geen zelfstandige grond voor een maatregel tegen

²⁴⁹ Getuige het woord bovendien, voorafgaande aan de overweging: Scarlet/SABAM, r.o. 52.

²⁵⁰ BREIN/Ziggo & XS4ALL, r.o. 3.1, 3.2, 4.1, 4.12; BREIN/UPC e.a., r.o. 3.1, 3.2, 4.5, 4.14, 5.1.

²⁵¹ BREIN/UPC e.a., r.o. 4.11; BREIN/Ziggo & XS4ALL, r.o. 4.12.

tussenpersonen, omdat dit geen inbreukmakend handelen is.

De vraag die de rechter moet beantwoorden is of het belang van de rechthebbenden om hun eigendom te beschermen voldoende opweegt tegen het belang van de abonnees om legaal te downloaden uit illegale bron. Ik meen van wel, aangezien deze – naar alle waarschijnlijkheid kleine – groep de gezochte werken ook uit andere bronnen kan verkrijgen. Dit laatste geldt zelfs wanneer rechthebbenden andere inbreukfaciliterende websites laten blokkeren; abonnees kunnen de werken dan immers nog uit legale bron krijgen. Daarenboven wil ik erop wijzen dat het feit dat downloaden uit illegale bron niet onrechtmatig is, niet betekent dat internetgebruikers dit ook altijd moeten kunnen doen; er bestaat geen ‘recht’ op downloaden uit illegale bron.

Het belangrijkste verschil tussen het beperken van de mogelijkheid tot downloaden van legaal materiaal en het belemmeren van de mogelijkheid te downloaden uit illegale bron, is dat er in het laatste geval altijd sprake is van inbreuk, zij het niet aan de kant van de abonnee, maar aan de kant van de uploader. The Pirate Bay, de site die dit uploaden faciliteert, handelt daarbij dan onrechtmatig. Zowel de uploader als de site kunnen te maken krijgen met een verbod, waarbij het belang van de downloader geen rol zal spelen; tegenover zijn rechtmatige handeling staat immers een onrechtmatige handeling. Wanneer het verbod aan de kant van de uploader of rechtstreeks aan de faciliterende site was opgelegd, dan was de gebruiker die uitsluitend downloadt hierin eveneens gehinderd. Slechts indien alle abonnees van een provider uitsluitend downloaden, en geen van hen uploadt, zou een blokkering op grond van artikel 26d van de Auteurswet niet gerechtvaardigd zijn; dit is hier echter niet aannemelijk.²⁵²

5.7 Inbreuk op persoonlijke levenssfeer

Een mogelijk bezwaar²⁵³ tegen blokkeren is dat de maatregel in strijd is met de E-privacy-richtlijn,²⁵⁴ die stelt dat de lidstaten het vertrouwelijke karakter van communicatie moeten garanderen, en dat zij het onderscheppen of controleren van informatie derhalve moeten verbieden. Dit zou tevens een beperking zijn op het recht van eerbiediging van het privéleven en het recht op vertrouwelijkheid van communicatie.²⁵⁵ Het verbod op controle en onderschepping is echter niet absoluut, en kan beperkt worden wanneer dit “in een democratische samenleving noodzakelijk, redelijk en proportioneel is”, en er

²⁵² Hoewel ook in dit geval The Pirate Bay onrechtmatig handelt ten opzichte van de rechthebbenden, is dit niet voldoende reden om een blokkering op grond van artikel 26d van de Auteurswet door de provider van de abonnees die uitsluitend downloaden (en derhalve geen inbreuk maken) te rechtvaardigen. Hiervoor is immers vereist dat de diensten van de provider worden gebruikt om inbreuk te maken. Daarvan is in deze denkbare situatie geen sprake; de inbreuk (het uploaden) wordt gepleegd door abonnees van een andere provider. The Pirate Bay maakt als bekend niet zelfstandig inbreuk door het enkel verspreiden van torrents en magnetlinks.

²⁵³ Onder meer geuit door Spauwen & Volgenant 2012.

²⁵⁴ Art. 5, lid 1 Richtlijn 2002/58/EG van het Europees Parlement en de Raad van 12 juli 2002 betreffende de verwerking van persoonsgegevens en de bescherming van de persoonlijke levenssfeer in de sector elektronische communicatie (*E-privacy-richtlijn*). De Nederlandse omzetting van dit artikel zal vanaf 1 januari 2013 te vinden zijn in artikel 11.2a van de Telecommunicatiewet.

²⁵⁵ Art. 8 lid 1 EVRM; art. 7 Handvest.

sprake is van een onbevoegd gebruik van het netwerk,²⁵⁶ bijvoorbeeld wanneer rechten van anderen op het spel staan.²⁵⁷

Blokkeren is dus ook met het oog op eerbiediging van het privéleven toegestaan, mits de met de maatregel gepaard gaande inperking proportioneel is. Bij de Pirate Bay-blokkering is de controle zeer beperkt; de provider dient uitsluitend te kijken naar de bestemming – een met het internet verbonden server – van het datapakketje. Hij doet verder niets met deze data: hij onderschept het slechts en gooit het weg. Gezien de tekst van de E-privacy-richtlijn is het handelen van de provider een inperking van het privéleven, en derhalve dient dit aan de proportionaliteitstoets onderworpen te worden.

Naar mijn mening is het niet eenvoudig hier een onevenredige schending van het privéleven in te zien: de gecontroleerde en onderschepte gegevens zijn immers altijd bekend bij de provider, nu hij deze nodig heeft om de bestemming van de data te bepalen en zodoende de verbinding met de gezochte website tot stand te brengen. Als de abonnee, ten opzichte van de situatie waarin geen blokkering bestaat, geen extra informatie over zichzelf prijsgeeft, is er ook geen sprake van een disproportionele schending.²⁵⁸ Dit geldt niet automatisch voor het onderscheppen van data, omdat dit niet gebeurt wanneer er geen blokkering is. Dit heeft echter bovenal een beperking van de vrijheid van meningsuiting tot gevolg, en die is – zoals ik hierboven vaststelde – onder deze omstandigheden proportioneel. Uiteraard is wel van belang dat de providers bij het controleren en onderscheppen van data de daarbij geldende regelgeving met betrekking tot het verwerken van persoonsgegevens in acht nemen.²⁵⁹

Bij een filterblokkering ligt dit overigens wat ingewikkelder, aangezien de provider hierbij in de applicatielaag de exacte URL waarnaar de abonnee op zoek is moet bekijken. Hierbij zal hij dus meer informatie verkrijgen dan noodzakelijk is voor een goede uitvoering van de toegangsdienst. De afweging tussen deze schending van het privéleven en het belang van de bescherming van intellectuele-eigendomsrechten dient in mijn ogen ook hier in het voordeel van de laatste uit te vallen. De schending is namelijk erg klein, omdat de URL doorgaans naar dezelfde locatie zal verwijzen als het IP-adres. Dit is alleen anders indien zich achter een IP-adres meerdere websites bevinden, waarvan er slechts een geblokkeerd dient te worden; bij de huidige geblokkeerde sites is daar echter geen sprake van.

5.8 Positie The Pirate Bay

Naast de rechten en belangen van de provider en de abonnees, staat ook de positie van The Pirate Bay zelf op het spel. Niet alleen tast een blokkering hem aan in zijn vrijheid van meningsuiting, maar ook kunnen

²⁵⁶ Art. 5, lid 1 en art. 15, lid 1 E-privacy-richtlijn; Promusicae/Telefónica, r.o. 66.

²⁵⁷ Art. 13, lid 1, onder g Richtlijn 95/46/EG van het Europees Parlement en de Raad van 24 oktober 1995 betreffende de bescherming van natuurlijke personen in verband met de verwerking van persoonsgegevens en betreffende het vrije verkeer van die gegevens.

²⁵⁸ Zo ook: Helberger & Van Hoboken 2012, p. 79-80.

²⁵⁹ Zoals te vinden in de Wet bescherming persoonsgegevens.

zijn inkomsten teruglopen als gevolg van dalende bezoekersaantallen²⁶⁰ – een aantasting op de vrijheid van ondernemerschap. Daarnaast is de beperking om volledig legale data te verspreiden op te vatten als een belemmering van het legitieme handelsverkeer.²⁶¹ Hoewel de site de torrents niet tegen betaling verstrekt, genereert The Pirate Bay wel inkomsten uit advertenties, waardoor hier naar alle waarschijnlijkheid sprake is van handelsverkeer.

De vraag luidt hier of deze beperkingen in verhouding staan tot het belang van de rechthebbenden om hun eigendom te beschermen. Ik meen dat het inkomstenverlies te rechtvaardigen is, omdat The Pirate Bay geld verdient aan het faciliteren en stimuleren van auteursrechteninbreuk. De site handelt op die manier onrechtmatig tegenover de rechthebbenden; terwijl de site geld verdient, hebben de rechthebbenden te maken met dalende inkomsten. De rechter dient in zijn afweging tussen de rechten van beide partijen derhalve het belang van de rechthebbenden voorop te stellen en hoeft geen rekening te houden met inkomstenverlies van de website. De belemmering van het legitieme handelsverkeer voor de site lijkt mij eveneens gerechtvaardigd, om de redenen die ik eerder aanvoerde ten aanzien van het beperken van zijn vrijheid van meningsuiting.²⁶²

5.9 Tussenconclusie

In dit hoofdstuk heb ik de proportionaliteit van een blokkering vanuit verschillende invalshoeken, voor elk van de betrokken partijen belicht. In deze tussenconclusie zal ik de proportionaliteit van de blokkering behandelen aan de hand van de relevante voorwaarden voor een maatregel tegen tussenpersonen, zoals deze volgen uit het derde hoofdstuk.

Betrokkenheid inbreuk

Voordat een maatregel kan worden toegewezen moet vaststaan dat de tussenpersoon in zekere mate bij de inbreuk betrokken is. Hoewel de providers niet direct bijdragen aan de inbreuk, en deze evenmin stimuleren, gebruiken abonnees wel degelijk de diensten van de providers om inbreuk te maken. In zoverre zijn zij, wellicht tegen wil en dank, daarbij betrokken. Hoewel de providers in een geschikte positie verkeren om de inbreuk te beëindigen door het instellen van een blokkering, dient de rechter niet lichtvaardig met deze mogelijkheid om te gaan, zeker nu de maatregel die de providers moeten toepassen relatief ver van de eigenlijke inbreuk af staat.

Kosten en ingewikkeldheid

Blokkeringsmaatregelen mogen niet onnodig duur of ingewikkeld zijn, maar dit lijkt voor de Pirate Bay-blokkering niet te gelden, nu de maatregel eenvoudig is te implementeren en daardoor vermoedelijk niet overdreven kostbaar. Met het oog op het voorkomen van kosten voor providers – die immers niet direct

²⁶⁰ Schattingen van die inkomsten lopen sterk uiteen en variëren van USD170.000,- per jaar (M. Masnick, 'Do Pirate Sites Really Make That Much Money? Um... No', *Techdirt* 24 januari 2012, www.techdirt.com) tot USD3.000.000,- per maand (Dramatico/BSkyB, r.o. 29).

²⁶¹ L'Oréal/eBay, r.o. 140.

²⁶² Zie par. 5.6.3.

betrokken zijn bij de inbreuk en daarvoor evenmin aansprakelijk zijn – en de mogelijke afschuiving daarvan op abonnees, is het wel gewenst om in hoger beroep te kijken of BREIN (een deel van) de kosten kan dragen. Dat de blokkering voor onbepaalde tijd geldt is niet bezwaarlijk, aangezien de uitvoering ervan niet disproportioneel is voor de provider.

Evenredigheid tegenover andere partijen

De Pirate Bay-blokkade maakt informatie minder goed toegankelijk en is daarom zonder twijfel een beperking van de vrijheid van meningsuiting. Het is echter niet zo dat deze maatregel het verkrijgen van de informatie zelf verhindert; de blokkering beperkt slechts de verkrijgbaarheid van verwijzingen. Wel zijn deze verwijzingen op zichzelf genomen eveneens informatie, dus ook de toegang daartoe mag niet zonder meer beperkt worden. Daarom is het van belang dat verwijzingen naar legaal materiaal elders beschikbaar blijven, bijvoorbeeld via sites die alleen legale verwijzingen aanbieden, zodat de toegang tot de daarbij behorende informatie niet gehinderd wordt. De rechter zal hier streng op moeten toezien – zeker wanneer BREIN ook andere sites wil laten blokkeren – omdat een te grote beperking van het aanbod van legale verwijzingen een onevenredige inbreuk op de vrijheid van meningsuiting zou betekenen.

Het beperken van de mogelijkheden, in welke mate ook, om legaal te downloaden uit illegale bron is minder van belang bij de vraag of hier sprake is van een geoorloofde beperking van de vrijheid van meningsuiting. Anders dan in het geval van de abonnee die legaal materiaal downloadt of uploadt, vindt er in die situatie immers wel inbreuk plaats, namelijk aan de kant van de uploader. De belangen van deze gebruikers zijn daarom geen wezenlijke factor die de rechter in deze zaak in acht dient te nemen en een blokkering is daarom niet onevenredig tegenover deze groep abonnees.

Van een onevenredige inbreuk op de persoonlijke levenssfeer of het recht op vertrouwelijkheid van communicatie lijkt geen sprake, omdat de providers niet meer informatie over hun abonnees te weten komen dan in een situatie zonder blokkering. Ook het onderscheppen van data is, mits dit op de juiste manier gebeurt, een proportionele inperking van het recht op de vertrouwelijkheid van communicatie,

Een blokkering tast tot slot de belangen van The Pirate Bay aan; behalve dat hij beperkt wordt in zijn vrijheid van meningsuiting, krijgt hij ook te maken met een beperking van zijn vrijheid van ondernemerschap. Een blokkering zorgt voor dalende bezoekersaantallen en, als gevolg daarvan, een vermindering van zijn inkomsten. Omdat deze inkomsten rechtstreeks voortkomen uit een onrechtmatig handelen tegenover de rechthebbenden, is een beperking daarvan echter niet te zien als onevenredig. Door het stimuleren en profiteren van de inbreuk, is The Pirate Bay daarbij rechtstreeks betrokken.

Algehele proportionaliteit

Om een maatregel ook als ‘algeheel proportioneel’ te kunnen beoordelen, is vereist dat deze niet alleen proportioneel is in strikte zin, maar ook dat deze effectief is, en er geen minder ingrijpende maatregelen voorhanden zijn. Gebleken is dat de Pirate Bay-blokkering een redelijke balans vindt tussen de belangen van de rechthebbenden en die van de andere partijen – waarbij de rechten en belangen van met name de providers en hun abonnees niet ernstig worden ingeperkt – en in ieder geval in primaire zin in enige mate effectief is. Daarom meen ik dat de blokkering, mits uit het volgende hoofdstuk blijkt dat er geen minder ingrijpende maatregelen blijken te zijn, ook in algehele zin proportioneel is.

6 ALTERNATIEVE METHODEN VAN HANDHAVING

6.1 Inleiding

Om uiteenlopende redenen is het van belang om in deze scriptie andere handhavingsmethodes te bespreken dan enkel het blokkeren van websites. Om te beginnen is het antwoord op de hoofdvraag eerlijker en genuanceerder als de alternatieven bekend zijn. Belangrijker is dat de proportionaliteitstoets het afwegen van een maatregel tegen andere mogelijke maatregelen vereist, waarbij een maatregel uitsluitend proportioneel kan zijn als er geen andere, minder ingrijpende oplossingen zijn om het beoogde doel te bereiken.²⁶³ Dit *subsidiariteitsvereiste* zal in dit hoofdstuk dan ook een centrale plaats innemen.

Ook de memorie van toelichting bij artikel 26d van de Auteurswet kent een subsidiariteitstoets, specifiek voor maatregelen tegen tussenpersonen, die inhoudt dat de vordering tegen een tussenpersoon afgewezen dient te worden wanneer “het dagvaarden van de inbreukmaker evenzeer voor de hand ligt en even goed mogelijk is als het dagvaarden van een tussenpersoon”. De vordering dient daarbij een zelfstandig doel te dienen “dat niet (...) te realiseren is via de inbreukmaker zelf”.²⁶⁴ De minister van Justitie stelt nog dat er “geen andere, minder verstrekkende mogelijkheden [mogen] openstaan om een einde te maken aan de onrechtmatige situatie”.²⁶⁵

6.1.1 Toetsingskader

De voornaamste vraag in dit hoofdstuk zal daarom zijn of de hier te behandelen alternatieve maatregelen minder verstrekkend of ingrijpend zijn dan een blokkering. De mate van ingrijpendheid wordt beoordeeld aan de hand van de afbreuk die een maatregel doet aan de rechten van alle betrokkenen;²⁶⁶ de maatregel die het minste afbreuk doet aan die rechten is logischerwijs de minst ingrijpende. De ingrijpendheid van een maatregel is voor elk van de betrokken partijen anders: zo zal het vervolgen van individuele uploaders voor die personen zelf zeer ingrijpend zijn, terwijl dit voor de provider juist minder ingrijpend is dan een blokkering. De rechter zal moeten kijken welke maatregel over de gehele linie het minst ingrijpend is.

Die minst ingrijpende maatregel moet wel minstens even effectief zijn als een blokkering; het alternatief moet immers eveneens het beoogde doel bereiken en zo een einde maken aan de onrechtmatige situatie. Daarnaast geldt dat een handhavingsmethode alleen een volwaardig alternatief voor blokkeren kan vormen wanneer beide manieren even goed mogelijk zijn: een maatregel die op zichzelf genomen geschikt is – omdat hij minder ingrijpend is dan blokkeren en gelijkelijk effectief – is geen geschikt alternatief indien de maatregel in de praktijk niet goed uitvoerbaar is. Tot slot blijkt uit de memorie van toelichting nog dat het aanspreken van de daadwerkelijke inbreukmakers de voorkeur verdient.²⁶⁷ Slechts wanneer dat niet goed mogelijk en niet effectief is, kunnen maatregelen tegen andere partijen getroffen worden.

²⁶³ Craig & De Búrca 2011, p. 526; zie ook par. 5.1.

²⁶⁴ *Kamerstukken II*, 2005/06, 30 392, nr. 3, p. 26 (MvT).

²⁶⁵ *Kamerstukken II*, 2005/06, 30 392, nr. 6, p. 10 (NV).

²⁶⁶ Montero & Van Enis, p. 33.

²⁶⁷ *Kamerstukken II*, 2005/06, 30 392, nr. 3, p. 26 (MvT).

In dit hoofdstuk zal ik verschillende alternatieve handhavingsmethodes op een rij zetten. Behalve aan de hierboven genoemde criteria zal ik de alternatieven voor blokkeren toetsen aan de voorwaarden uit paragraaf 3.4.2. Aangezien deze scriptie op handhaving van het auteursrecht ziet, zal ik geen aandacht besteden aan oplossingen die weliswaar gericht zijn op het tegengaan van auteursrechtenschending, maar dit niet doen vanuit handhavingsoogpunt. Hiermee doel ik op oplossingen als vergroting van het legale digitale aanbod, het introduceren van nieuwe betaalmodellen en uitbreiding of verhoging van de thuishoofheffing.²⁶⁸ Verder ligt de nadruk op handhaving door rechthebbenden, langs civiele weg.²⁶⁹ Eerst behandel ik echter twee problemen die bij meerdere handhavingsmethodes spelen.

6.1.2 Buitenlandse gedaagde

Door het grensoverschrijdende karakter van het internet hebben rechthebbenden veelal te maken met inbreukmakers en tussenpersonen die zich in het buitenland bevinden. Wanneer via internet inbreuk wordt gepleegd en daardoor schade in Nederland plaatsvindt is desondanks de Nederlandse rechter bevoegd, omdat artikel 5, derde lid van de EEX-verordening,²⁷⁰ naast het gerecht van de woonplaats van de gedaagde,²⁷¹ in geval van een verbintenis uit onrechtmatige daad “het gerecht van de plaats waar het schadebrengende feit zich heeft voorgedaan of zich kan voordoen” bevoegd verklaart.²⁷² Wel is het zo dat de rechter zich in een dergelijk geval alleen kan uitspreken ten aanzien van de inbreuk in Nederland.²⁷³

De tenuitvoerlegging van een toegewezen vordering levert meer problemen op. De EEX-verordening biedt binnen de Europese Unie weliswaar de mogelijkheid aan rechthebbenden om de beslissing ten uitvoer te leggen,²⁷⁴ maar bij de tenuitvoerlegging van uitspraken in landen die geen lid zijn van de Europese Unie en ook geen partij zijn bij het EVEX-verdrag²⁷⁵ ligt dit anders; rechthebbenden zijn dan afhankelijk van het

²⁶⁸ O. van Daalen, ‘Wat wordt het: de fans straffen of de kunstenaars belonen?’, *Bits of Freedom* 29 november 2011, www.bof.nl; T. de Vries, ‘1 februari 2012: een zwarte dag voor het internet’, *XS4ALL Weblog* 1 februari 2012, blog.xs4all.nl.

²⁶⁹ Uit zowel de *Speerpuntenbrief* (*Kamerstukken II* 2010/11, 29 838, nr. 29, p. 3, 8) als de relevante aanwijzing van het College van procureurs-generaal (*Aanwijzing intellectuele-eigendomsfraude*, nr. 2005A022) blijkt dat de handhaving van intellectuele-eigendomsrechten in beginsel aan de rechthebbenden zelf wordt overgelaten. Slechts in gevallen van grootschalige inbreuk met winstoogmerk is een rol weggelegd voor strafrechtelijke handhaving.

²⁷⁰ Verordening (EG) nr. 44/2001 van de Raad van 22 december 2000 betreffende de rechterlijke bevoegdheid, de erkenning en de tenuitvoerlegging van beslissingen in burgerlijke en handelszaken (*EEX-verordening*). Eenzelfde regeling is te vinden in art. 6, sub e Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering.

²⁷¹ Art. 2, lid 1 EEX-verordening.

²⁷² Zo blijkt onder meer ook uit Rb Amsterdam (vzr.) 22 oktober 2009, *LJN* BK1067, r.o. 5.3; Rb Utrecht (vzr.) 27 februari 2003, *LJN* AF5121, r.o. 33.

²⁷³ HvJ EG 7 maart 1995, nr. C-68/93 (*Fiona Shevill*), r.o. 33; Van Engelen 2007, p. 458; Gielen 2011, p. 685; Rb 's-Gravenhage 20 mei 1998, *IER* 1998/31 (*Baxter/Pharmacia & Upjohn*), r.o. 16. Zie voor een zaak waarin de rechtbank een gebod alleen uitspreekt ten aanzien van Nederlandse internetgebruikers: *The Pirate Bay/BREIN*, r.o. 7.2 en 7.3.

²⁷⁴ Via art. 33 EEX-verordening worden vrijwel alle Nederlandse beslissingen automatisch erkend in alle lidstaten; de rechthebbende moet slechts verlof van de rechter van de andere lidstaat verkrijgen alvorens tot tenuitvoerlegging van het vonnis over te kunnen gaan. Zie Zilinsky 2005, p. 125-127.

²⁷⁵ Het ‘Verdrag betreffende de rechterlijke bevoegdheid, de erkenning en de tenuitvoerlegging van beslissingen in burgerlijke en handelszaken’ (*EVEX-verdrag*) is gesloten tussen de EU en IJsland, Noorwegen en Zwitserland en breidt de werking van de EEX-verordening in feite uit tot deze landen.

bestaan van bilaterale executieverdragen tussen Nederland en het land waar de inbreukmaker zich bevindt. Zo zal een Nederlandse rechter bevoegd zijn de hostingprovider van The Pirate Bay, die zich bijvoorbeeld in Oekraïne bevindt, te verbieden om nog langer deze site door te geven aan Nederlandse internetgebruikers, maar kan de rechthebbende dit vonnis niet ten uitvoer leggen, omdat er geen bilateraal executieverdrag bestaat tussen Nederland en Oekraïne.²⁷⁶

6.1.3 Verkrijging en bruikbaarheid IP-adressen

Het traceren van individuele inbreukmakers, zoals consumenten die illegaal werken uploaden via Bittorrent, is in beginsel mogelijk op grond van hun IP-adres. Het achterhalen van adressen van bestandsdelers is vrij eenvoudig, omdat in torrentprogramma's een lijst met peers en bijbehorende IP-adressen is te vinden. Het verzamelen van adressen van de grotere uploaders is ingewikkelder, omdat zij doorgaans gebruikmaken van besloten servers en netwerken.²⁷⁷ Via de logbestanden die providers bijhouden van het dataverkeer kunnen rechthebbenden misschien de herkomst van dataverkeer nagaan, maar hiervoor zullen zij wel toegang tot deze logs moeten bemachtigen, doorgaans via de rechter.²⁷⁸ Rechthebbenden zullen er in ieder geval op moeten letten dat zij de IP-adressen op een rechtmatige manier verkrijgen.²⁷⁹

Wanneer een rechthebbende het IP-adres van de uploader heeft, weet hij echter nog niet wie daarachter schuilgaat. Via de databanken van de regionale internetregisters is echter na te gaan van welke provider het gevonden IP-adres is.²⁸⁰ Deze provider is wettelijk verplicht een bestand bij te houden waaruit onder meer is op te maken aan welke abonnee, en op welke tijden, een bepaald IP-adres was toegekend.²⁸¹ De provider is in beginsel niet gehouden naam en adres van de abonnee op verzoek van de rechthebbende te verstrekken, maar wanneer aan bepaalde voorwaarden is voldaan kan het volgens het Amsterdamse Hof onrechtmatig zijn afgifte te weigeren.²⁸² Als een verzoek van een rechthebbende voldoet aan deze toets, waarin onder meer een belangenafweging is opgenomen, zal de provider over moeten gaan tot afgifte van de naam en adresgegevens van de abonnee.²⁸³ Het Europese Hof heeft vergelijkbare voorwaarden gesteld aan een verzoek om persoonsgegevens.²⁸⁴ Overigens zijn lidstaten niet verplicht om het verstrekken van persoonsgegevens van vermeende inbreukmakers in civiele procedures mogelijk te maken, maar dit is volgens het Unierecht ook niet verboden.²⁸⁵

²⁷⁶ *Verdragenbank*, Ministerie van Buitenlandse Zaken, www.minbuza.nl/producten-en-diensten/verdragen.

²⁷⁷ Schermer & Wubben 2011, p. 45-46.

²⁷⁸ Nicoll 2003, p. 117-118.

²⁷⁹ Hof Amsterdam 13 juli 2006, Computerrecht 2006, 168 (*Brein/ISP's*), m.nt. N.M. Wisman, r.o. 4.10.

²⁸⁰ Deze organisaties wijzen onder meer groepen IP-adressen toe aan providers, waardoor zij weten welke providers over welke IP-adressen beschikken. De databanken van deze registers zijn onder meer te doorzoeken via de site van RIPE NCC, het regionale register voor onder meer Europa, op apps.db.ripe.net/search/query.html.

²⁸¹ Art. 13.2a Telecommunicatiewet j^o onderdeel B Bijlage behorende bij artikel 13.2a van de Telecommunicatiewet.

²⁸² Hof Amsterdam 24 juni 2004, rolnummer 1689/03 KG, *IEPT* 20040624, r.o. 4.10.

²⁸³ HR 25 november 2005, *LJN* AU4019 (*Lycos/Pessers*), r.o. 5.4.3; Nentjes 2007, par. 3.1; de belangenafweging volgt ook uit art. 8 sub f Wet bescherming persoonsgegevens. Kritisch over deze afgifte: Chavannes 2007.

²⁸⁴ HvJ EU 19 april 2012, nr. C-461/10 (*Bonnier Audio c.s./Perfect Communication*), r.o. 58.

²⁸⁵ *Promusicae/Telefónica*, r.o. 46-54, 61-70.

Rechthebbenden kunnen, wanneer de provider de gegevens niet afgeeft, via de rechter de naam en adresgegevens van een vermeende inbreukmaker vorderen. In een aantal gevallen is een dergelijke vordering toegewezen en zijn providers daadwerkelijk verplicht tot afgifte.²⁸⁶ Als de provider zich buiten de Europese Unie bevindt, zal het echter niet eenvoudig zijn deze gegevens te verkrijgen.

Dat een IP-adres gekoppeld is aan een apparaat – zoals het modem van de abonnee – en niet aan een individuele gebruiker, kan een bewijsprobleem opleveren voor de rechthebbende. Wanneer verschillende gebruikers een aansluiting delen, bijvoorbeeld via een draadloos netwerk of doordat zij dezelfde computer gebruiken, is op basis van het IP-adres niet vast te stellen welke persoon de daadwerkelijke inbreuk heeft gepleegd.²⁸⁷ Als een rechthebbende moet aantonen dat de abonnee aan wie het IP-adres op het moment van inbreuk was toebedeeld, ook degene is die de inbreuk heeft gepleegd, dan zal hij nadere bewijzen moeten aandragen: het moet “buiten redelijke twijfel” zijn dat de abonnee wiens adresgegevens worden opgevraagd, daadwerkelijk degene is die de inbreuk heeft gepleegd.²⁸⁸ Hierbij kan men denken aan de omstandigheid dat de abonnee de enige is die toegang heeft tot de computer waarop de illegale bestanden staan. Titel 15 van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering biedt aan houders van intellectuele-eigendomsrechten vrij ruime onderzoeksbevoegdheden, waaronder de mogelijkheid tot conservatoir bewijsbeslag, waardoor een rechthebbende wellicht dit soort omstandigheden kan bewijzen.

6.2 Maatregelen tegen The Pirate Bay

Een van de handhavingsmethodes die voor de hand liggen is het aanspreken van de eigenaars van The Pirate Bay zelf. Rechthebbenden kunnen langs gerechtelijke weg, op grond van onrechtmatige daad of via artikel 26d van de Auteurswet,²⁸⁹ de website laten sluiten, de toegang voor Nederlandse internetgebruikers laten blokkeren²⁹⁰ of dwingen de links naar auteursrechtelijk beschermd materiaal te verwijderen. Deze werkwijze is soms succesvol gebleken: zo heeft de rechtbank Haarlem de eigenaars van FTD, een programma waarmee gebruikers de vindplaatsen van bestanden op Usenet onderling konden uitwisselen, in februari 2011 opgedragen alle verwijzingen naar beschermde werken te verwijderen uit hun systeem.²⁹¹

²⁸⁶ Rb Amsterdam (vzr.) 24 augustus 2006, *LJN AY6903 (BREIN/UPC)*; Hof Amsterdam 3 juli 2008, *LJN BD6223 (Leaseweb/BREIN)*; Rb 's-Gravenhage 5 januari 2007, *LJN AZ5678 (BREIN/KPN)*, r.o. 4.3. Anders: Hof Amsterdam 19 oktober 2010, *LJN BP7309 (Ziggo/123 Video)*, waarin het Hof oordeelde dat 123 Video had verzuimd te proberen de gegevens van Ziggo's abonnee op een andere, minder ingrijpende wijze te verkrijgen.

²⁸⁷ Nicoll 2003, p. 116.

²⁸⁸ *Kamerstukken II*, 2005/06, 30 392, nr. 6, p. 5 (NV); Rb Amsterdam (vzr.) 24 augustus 2006, *LJN AY6903 (BREIN/UPC)*, r.o. 7.

²⁸⁹ Ook een inbreukfaciliterende website is immers te beschouwen als tussenpersoon wiens diensten door derden worden gebruikt om inbreuk te plegen.

²⁹⁰ Op grond van bijvoorbeeld het IP-adres kan zogeheten geolocation-software bepalen waar de bezoeker vandaan komt, en op grond daarvan de site al dan niet tonen, zie Muir & Van Oorschot 2009. Uit dit artikel blijkt overigens dat deze technieken niet waterdicht zijn.

²⁹¹ Rb Haarlem 9 februari 2011, *LJN BP3757 (FTD/BREIN)*. Dit is overigens een lezenswaardig vonnis, omdat de rechtbank zich in par. 4.22-4.25 in allerlei bochten moet wringen om het handelen van FTD te kwalificeren als onrechtmatig tegenover BREIN.

Het bedrijf besloot als gevolg van het vonnis te stoppen met het programma.²⁹² Ook bij het bestrijden van torrent-site Mininova bleek deze aanpak succesvol voor rechthebbenden; nadat de rechter had geoordeeld dat het bedrijf ervoor moest zorgen dat er geen torrents meer op de site zouden staan die naar mogelijk auteursrechtelijk beschermde werken verwijzen,²⁹³ besloten de eigenaars nog uitsluitend torrents aan te bieden naar legaal materiaal.²⁹⁴

Het in rechte aanspreken van de inbreukfaciliterende website met als doel de illegale links te verwijderen of te blokkeren, of de site in zijn geheel te sluiten, is een minder ingrijpende maatregel dan de site door een toegangsprovider te laten blokkeren. De beheerders zijn de meest aangewezen partij om de via hun site gepleegde inbreuk te beëindigen, omdat zij onrechtmatig handelen tegenover de rechthebbenden. Afsluiten bij de bron belast providers niet met het instellen van een blokkering, terwijl het gewenste doel van die maatregel wel wordt bereikt. Het is zelfs waarschijnlijk dat het effect van een maatregel aan de bron groter is, zeker wanneer verwijzingen naar illegale data in zijn geheel verwijderd worden.

In het geval van The Pirate Bay bleek deze manier echter niet te werken. Het belangrijkste probleem bij de tenuitvoerlegging van die vonnissen is dat de eigenaren, anders dan die van Mininova en FTD, zich buiten Nederland bevinden en lastig traceerbaar zijn. Ondanks de hoge dwangsommen die door de rechter gesteld waren, konden zij daardoor zonder directe gevolgen de vonnissen negeren. BREIN stelde daarom dat zij alle minder ingrijpende handhavingsmethodes had benut.²⁹⁵

Overigens is nog de vraag of The Pirate Bay wel verplicht kon worden om illegale verwijzingen te verwijderen. Om deze bestanden te verwijderen zullen de beheerders van de site immers deze bestanden moeten traceren, en dit zou een algemene toezichtverplichting kunnen inhouden. Indien de site is te kwalificeren als dienst van de informatiemaatschappij is dat niet toegestaan.²⁹⁶ Zowel Mininova als The Pirate Bay werden door de rechter echter niet als zodanig gezien, nu zij de door hun gebruikers geüploade torrents niet uitsluitend opsloegen, maar ook indexeerden en inhoudelijk controleerden, en daarnaast zelf ook torrents plaatsten.²⁹⁷ Omdat een hostingprovider zich op geen enkele wijze mag inlaten met de door hem opgeslagen informatie,²⁹⁸ kan van een monitorverbod dus geen sprake zijn.²⁹⁹

²⁹² A. Udo de Haes, 'Downloadforum FTD sluit 1 maart de deuren', *Webwereld* 15 februari 2011, www.webwereld.nl.

²⁹³ Rb Utrecht 26 augustus 2009, *LJN* BJ6008 (*BREIN/Mininova*).

²⁹⁴ T. van Ringelestijn, 'Mininova stopt er grotendeels mee', *Bright* 26 november 2009, www.bright.nl.

²⁹⁵ Zie par. 3.3.1 hierboven.

²⁹⁶ Art. 15 lid 1 Richtlijn elektronische handel.

²⁹⁷ Rb Utrecht 26 augustus 2009, *LJN* BJ6008 (*BREIN/Mininova*), r.o. 4.41-4.45; *The Pirate Bay/BREIN*, r.o. 5.11.1-5.11.2.

²⁹⁸ *Kamerstukken II*, 2001/02, 28 197, nr. 3, p. 49 (MvT).

²⁹⁹ Zo voldeed Netlog wel aan deze voorwaarden, door zich in het geheel niet in te laten met de door zijn gebruikers geplaatste foto's en video's, zie *SABAM/Netlog*, r.o. 27, 32-38.

6.3 Uploaders aanspreken

6.3.1 Grote uploaders

Hierboven bleek al dat een groot deel van het illegale materiaal oorspronkelijk verspreid is door een betrekkelijk klein aantal georganiseerde uploaders, gezamenlijk bekend als The Scene. Deze groepen produceren de bestanden die later door individuele, particuliere internetgebruikers – de ‘kleine’ uploaders – via onder meer Bittorrent worden gedeeld. Vaak kan The Scene bestanden nog voor de officiële verschijningsdatum van de werken verspreiden, bijvoorbeeld door legitieme kopieën van films tijdens het productieproces te stelen of door heimelijk opnamen te maken in de bioscoop.³⁰⁰ De personen die samen The Scene vormen maken op deze manier op grote schaal inbreuk en het ligt dan ook voor de hand hen in rechte aan te spreken.

Rechthebbenden kunnen individuele grote uploaders dagvaarden en een schadevergoeding vorderen vanwege het onrechtmatig openbaar maken van auteursrechtelijk beschermde werken. De afbreuk die een dergelijke maatregel aan de rechten van de inbreukmaker doet acht ik gerechtvaardigd, aangezien hij zelf de inbreuk heeft gemaakt. Het rechtstreeks aanspreken van grote uploaders voorkomt ook dat andere partijen in hun rechten worden aangetast, zoals het geval is bij blokkeren. Uitsluitend de inbreukmaker zelf ondervindt hinder van deze wijze van handhaving,³⁰¹ waardoor deze minder ingrijpend is dan het opleggen van een blokkering.

Het antwoord op de vraag of deze maatregel hetzelfde doel bereikt als een blokkering is minder eenduidig. In primaire zin is het aanpakken van uploaders logischerwijs niet effectief. Gaat het echter om de totale effectiviteit, dan is dit alternatief in eerste instantie evenmin effectief, omdat het bestaande aanbod niet vermindert of verdwijnt. Wanneer The Scene echter in zijn geheel of voor een deel wegvalt, kan deze maatregel op termijn echter effectiever zijn dan een blokkering; door een vermindering van het aanbod van nieuwe illegale kopieën zullen gebruikers wellicht minder gaan downloaden.

Helaas is het opsporen en dagvaarden van grote uploaders lastig, in de eerste plaats omdat leden van The Scene zoals gezegd gebruikmaken van besloten servers en netwerken, waardoor het voor een buitenstaander niet eenvoudig is een IP-adres te achterhalen. Daarnaast is het aannemelijk dat een deel van de grote uploaders zich in het buitenland bevindt.³⁰² Voor zover private partijen al in staat zijn om deze personen te traceren, is het daarom nog maar de vraag of rechthebbenden de inbreukmakers ook daadwerkelijk met succes kunnen dagvaarden. Het traceren van deze uploaders vergt daarom wellicht andere methodes, zo zouden rechthebbenden kunnen ‘infiltreren’ in The Scene³⁰³ of een voormalig lid

³⁰⁰ Schermer & Wubben 2011, p. 44-45.

³⁰¹ Gebruikers die downloaden uit illegale bron ondervinden natuurlijk ook hinder doordat het aanbod van illegaal materiaal vermindert, maar dit is als gezegd in par. 5.6.3 geen belang waarmee de rechter rekening dient te houden.

³⁰² Décary-Héту, Morselli & Leman-Langlois 2011, p. 18.

³⁰³ Waarbij bedacht moet worden dat de rechter het aldus vergaarde bewijs als onrechtmatig verkregen *kan* beschouwen, zie Snijders, Klaassen & Meijer 2007, p. 229-230.

daarvan kunnen laten getuigen.³⁰⁴

6.3.2 Consumenten

Naast grote uploaders bestaan er ook de 'kleine' uploaders; consumenten die voor eigen gebruik werken downloaden, en daarmee doorgaans ook uploaden. Hoewel er auteursrechtelijk geen verschil is tussen de handelingen van kleine en grote uploaders,³⁰⁵ is een onderscheid hier toch gerechtvaardigd. De meeste particulieren zullen werken alleen verder verspreiden, en niet als eerste een illegale kopie openbaar maken. Verder zal een door een consument verspreid bestand een veel minder groot bereik hebben en daarom minder schade toebrengen aan rechthebbenden. Daarnaast is een deel van deze groep zich wellicht niet bewust van de onrechtmatigheid van zijn gedrag; zij weten waarschijnlijk dat *downloaden* uit illegale bron is toegestaan, maar zij realiseren zich dikwijls niet dat bestandsdeling daarentegen onrechtmatig is.³⁰⁶ Het aanspreken van consumenten is in mijn ogen daarom ingrijpender dan het vervolgen van de grote uploaders.

De vraag is hier echter of het dagvaarden van consumenten minder ingrijpend is dan een blokkering door providers. Ik ben geneigd deze vraag bevestigend te beantwoorden, omdat het aanspreken van normschenders minder ingrijpend is dan het aanspreken van tussenpersonen die weinig invloed hebben op het gebruik van hun netwerk.³⁰⁷ Wanneer de inbreukmakende klanten worden aangesproken, hoeven providers geen kosten te maken om te blokkeren en kunnen zij zich richten op hun eigenlijke taak, het verlenen van toegang tot het internet. Daarnaast is het aanspreken van een kleine uploader veel minder ingrijpend voor de andere abonnees, omdat zij zich niet geconfronteerd zien met een blokkering waarbij legaal materiaal ontoegankelijk wordt.

Een bijkomend voordeel van het aanspreken van consumenten op hun uploadgedrag is dat hier waarschijnlijk een afschrikkende werking van uitgaat. Wanneer bestandsdelers de dreiging van een schadevergoeding voelen, zullen zij mogelijk minder gaan downloaden, waardoor deze handhavingmethode effectiever kan zijn dan blokkeren. Wel is denkbaar dat consumenten meer gebruik gaan maken van anonimiseringstechnieken als Tor, om niet gevonden te kunnen worden.

Het aanspreken van consumenten kent uiteraard ook enkele nadelen. Zo is het moeilijk om hen te identificeren op grond van uitsluitend het IP-adres, en bevindt een groot aantal uploadende consumenten zich natuurlijk in het buitenland. Daarnaast is er een grote kans op willekeurigheid, omdat er zoveel consumenten zijn, dat zij niet allemaal in rechte aangesproken kunnen worden.³⁰⁸ Een mogelijk gevolg is dat rechthebbenden alleen consumenten aanspreken tegen wie het bewijs makkelijk is rond te krijgen,

³⁰⁴ Art. 163 e.v. Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering. Zo nu en dan spreken oud-leden van The Scene zich uit over hun 'hobby', zie bijvoorbeeld: enigmax, 'I Was a Member of Centropy, The World's Leading Movie Piracy Group', *Torrentfreak* 26 mei 2012, www.torrentfreak.com.

³⁰⁵ Beide groepen maken zich immers schuldig aan onrechtmatige openbaarmaking en verveelvoudiging.

³⁰⁶ Huygen e.a. 2009, p. 79-80, 90-91.

³⁰⁷ Zo ook Lodder 2012, p. 15. Ook de Haagse rechtbank acht het aanspreken van consumenten minder ingrijpend dan een blokkering in Rb 's-Gravenhage (vzt.) 19 juli 2010, *LJN* BN1445 (*BREIN/Ziggo*), r.o. 4.19.

³⁰⁸ Bij de grote uploaders is dit gevaar kleiner – er zijn er immers minder – en is eenvoudiger vast te stellen welke releasegroep het meeste inbreuk heeft gemaakt; deze vormt een voor de hand liggend doelwit voor rechthebbenden.

bijvoorbeeld omdat hun gebruikersnaam in de client of op de torrent-index overeenkomt met hun echte naam. Om dit bezwaar van willekeurigheid enigszins te ondervangen, zouden rechthebbenden allereerst een relatief groot aantal consumenten die zeer veel inbreuk maken aan kunnen spreken. Deze groep consumenten is te traceren door de IP-adressen waarvandaan vaak en veel geüpload wordt te verzamelen, en de bijbehorende adresgegevens bij de providers op te vragen.³⁰⁹ Vervolgens moeten zij zoveel mogelijk bewijs tegen deze groep verzamelen, en hen in een grote procedure tegelijkertijd dagvaarden (een ‘defendant class action’). De rechthebbenden kunnen hierin een schadevergoeding en een inbreukverbod eisen. Als rechthebbenden regelmatig grote groepen consumenten dagvaarden, heeft dit vermoedelijk een afschrikkende werking en is het zodoende een effectief middel van handhaving.

6.4 Overige maatregelen tegen toegangsprovider

6.4.1 Filtering

Een andere mogelijkheid om auteursrechten te handhaven zou kunnen bestaan uit het filteren van internetverkeer door de provider. Door middel van filtering kan de provider alle inbreukmakende data traceren en verwijderen, en zodoende de verspreiding van deze werken naar zijn abonnees verhinderen. Zoals inmiddels uit het arrest Scarlet/SABAM wel gebleken is, zal een algemeen filter niet mogelijk zijn, maar een specifiekere filter is hiermee niet uitgesloten. Wanneer het filter werkt voor een bepaalde tijd, niet ziet op alle klanten en alle communicatie, uitsluitend illegale inhoud verwijdert en niet alleen door de provider betaald wordt, zou het mogelijk voldoen aan de eisen van het Hof.³¹⁰ Het Hof keurde het filter van SABAM af omdat het geen van deze kenmerken had; wellicht zal in een latere procedure blijken dat een filter bijvoorbeeld wel voor onbepaalde duur mag worden opgelegd, zolang het maar niet ziet op alle klanten en alle communicatie, en alleen illegale inhoud verwijdert.

Een maatregel die wellicht aan deze voorwaarden voldoet is een filter dat de rechter, al dan niet voor een bepaalde tijd, oplegt aan consumenten die inbreuk hebben gemaakt. De provider zou een filter zoals SABAM eiste op alleen de aansluiting van die abonnee moeten installeren, als een aanvullende maatregel die rechthebbenden bijvoorbeeld naast een schadevergoeding kunnen vorderen, om te verzekeren dat deze consumenten in de toekomst geen inbreuk meer maken op hun rechten. Bij dit filter blijft echter het risico aanwezig dat legale inhoud onbereikbaar wordt, en daarom zal ook dit filter vermoedelijk niet voldoen aan de eisen van het Europese Hof.³¹¹ Een andere optie zou een filter zijn dat alleen het dataverkeer vanaf The Pirate Bay controleert op inhoud, en onrechtmatige torrents weggooit. Vermoedelijk zal zo’n filter echter eenvoudig te omzeilen zijn door gebruik te maken van een proxyserver.

Belangrijk bezwaren tegen filteren kunnen daarnaast bijvoorbeeld zijn dat het zwaar ingrijpt in het privéleven van de abonnee, waarschijnlijk onnodig duur en ingewikkeld is³¹² en wellicht de

³⁰⁹ Hiertoe zullen rechthebbenden gedurende enige tijd – op legale wijze – het Bittorrentverkeer moeten monitoren en registreren, zoals ook gebeurd is ter vaststelling van het Bittorrentgebruik door abonnees van Ziggo en XS4ALL.

³¹⁰ Dommering 2012, p. 52.

³¹¹ Jayasuriya e.a. 2009; Helberger & Van Hoboken 2011, p. 80; Montero & Van Enis 2011, p. 34.

³¹² Hoewel de rechter er uiteraard voor kan zorgen dat de provider niet alle kosten draagt van de maatregel.

internettoegang vertraagt. Al met al lijkt een filter ingrijpender en minder goed uitvoerbaar dan een eenvoudige blokkade, waardoor het in mijn ogen geen alternatief is dat de voorkeur verdient.

6.4.2 Protocol blokkeren door toegangsprovider

Zoals uit de vorige hoofdstukken al bleek, is het blokkeren van alleen The Pirate Bay niet effectief in totale zin, aangezien er nog vele andere sites zijn die torrents aanbieden. Een mogelijke oplossing voor dit probleem zou kunnen liggen in het volledig afsluiten van het Bittorrent-protocol, zoals de Rijksuniversiteit Groningen in maart 2012 in een aantal campusflats heeft gedaan.³¹³ Weliswaar kunnen abonnees dan nog wel torrents downloaden, maar het eigenlijke delen van de werken is niet meer mogelijk. Rechthebbenden zouden deze maatregel van een provider kunnen vorderen via artikel 26d van de Auteurswet.

Er bestaan diverse manieren voor providers om een protocol te blokkeren,³¹⁴ die zowel in effectiviteit als in toelaatbaarheid verschillen. Het blokkeren van alle Bittorrentverkeer door middel van filteren is een betrekkelijk effectieve optie, maar wellicht in strijd met het verbod op een algemene toezichtverplichting. Het blokkeren van een poort is een andere mogelijkheid, maar veel minder effectief, omdat het Bittorrent-protocol van uiteenlopende poorten gebruikmaakt.³¹⁵ Het voornaamste bezwaar tegen deze methodes is echter dat er sprake zal zijn van overblokkeren, omdat naast het illegale verkeer ook legitiem gebruik van Bittorrent onmogelijk zal worden.³¹⁶ Veel legaal gebruik zal door deze maatregel onmogelijk worden, en dit is volgens de maatstaven van het Hof voldoende reden om een maatregel af te wijzen.³¹⁷ Deze maatregel zou niet alleen een beperking van de vrijheid van meningsuiting zijn, maar eveneens een belemmering van het legitieme handelsverkeer.³¹⁸

Vanwege de mogelijke vergaande beperking van verschillende grondrechten en de strijd met enkele andere voorwaarden die voor een maatregel tegen tussenpersonen gelden, is het blokkeren van een protocol in mijn ogen een ingrijpender maatregel dan het blokkeren van een enkele site. Dit geldt voor de provider, die door de zeer brede blokkering mogelijk klanten verliest, maar vooral voor diens abonnees, die zich geconfronteerd zullen zien met een ernstige inbreuk op hun vrijheid van meningsuiting en een beperking van hun bewegingsvrijheid op het internet. Om deze redenen acht ik een toetsing aan de overige voorwaarden niet nodig.

6.5 Maatregelen tegen andere tussenpersonen

6.5.1 Hostingprovider

Rechthebbenden kunnen ter handhaving van hun rechten, naast toegangsproviders, ook andere

³¹³ 'RUG blokkeert BitTorrent in studentenflats', *Rijksuniversiteit Groningen* 28 februari 2012, www.rug.nl/corporate/nieuws/archief/archief2012/nieuwsberichten/Bittorrent.

³¹⁴ U. van der Pluijm, 'Wat kan Deep Packet Inspection?', *Webwereld* 12 mei 2011, www.webwereld.com.

³¹⁵ 'Connection', *Bittorrent*, www.bittorrent.com/intl/en/help/manual/appendixa0204.

³¹⁶ Zo verspreidt bijvoorbeeld het bedrijf Blizzard updates voor zijn spel World of Warcraft via Bittorrent, blijkt uit 'Blizzard FAQ', *Blizzard*, eu.blizzard.com/en-gb/company/about/legal-faq.html.

³¹⁷ Scarlet/SABAM, r.o. 52.

³¹⁸ Art. 3, lid 2 Handhavingsrichtlijn; L'Oréal/eBay, r.o. 140.

tussenpersonen die inbreuk faciliteren dagvaarden. In de eerste plaats valt hierbij te denken aan de hostingprovider van The Pirate Bay, maar ook die van de zogeheten topsites, besloten sites waarop leden van The Scene als eerste hun illegale kopieën uitbrengen.³¹⁹ Op grond van artikel 26d van de Auteurswet of onrechtmatige daad zijn zo verschillende hostingproviders gedwongen een site te blokkeren of te verwijderen.³²⁰ In het laatste geval is het onmogelijk de website nog te bezoeken en daarom is deze methode in primaire zin effectiever dan een blokkering. Wanneer rechthebbenden de hostingprovider uitsluitend dwingen de site te blokkeren voor Nederlandse internetgebruikers, kunnen internetgebruikers hun herkomst middels een proxyserver verhullen en zo de blokkering omzeilen, waardoor de effectiviteit gelijk is aan die van blokkeren.³²¹ Bij beide maatregelen blijft de mogelijkheid van substitutie uiteraard onaangetast.

Het is vaak eenvoudiger een hostingprovider aan te spreken, dan een toegangsprovider, omdat de eerste – om aansprakelijkheid te voorkomen – verplicht is om na een terechte klacht onrechtmatige inhoud te verwijderen of blokkeren.³²² Hiertoe kennen veel providers een notice-and-takedown-procedure, die voorschrijft op welke wijze rechthebbenden klachten moeten indienen en hoe providers met die klachten omgaan.³²³ Bij het aanspreken van een buitenlandse hostingprovider kunnen echter de problemen optreden die ik in paragraaf 6.1.2 beschreef, en in dat geval is deze methode minder goed mogelijk dan een blokkering door een toegangsprovider, en daarom geen volwaardig alternatief.

Naar mijn mening is het laten blokkeren of verwijderen van een site door een hostingprovider minder ingrijpend dan het laten blokkeren daarvan door een toegangsprovider, ondanks dat de hostingprovider evenals de toegangsprovider niet direct is betrokken bij de inbreuk. Hij faciliteert echter wel een onrechtmatige site, en profiteert daarvan, aangezien de eigenaar van de site betaalt voor de hosting. De vrijheid van ondernemerschap wordt bij deze maatregel voor de hostingprovider in gelijke mate aangetast als voor de toegangsprovider bij een blokkering; beide moeten immers mogelijk ingewikkelde of kostbare maatregelen treffen ter voorkoming van verdere inbreuk. Ook voor het overige, zoals ten aanzien van de vrijheid van meningsuiting, doet optreden tegen een hostingprovider op gelijke wijze afbreuk aan de rechten en belangen van de andere partijen.

Rechthebbendenorganisaties hebben diverse acties ondernomen tegen hostingproviders van The Pirate Bay, waardoor de site enkele malen kort offline is geweest. Telkens kwam de site echter via een andere hostingprovider weer in de lucht.³²⁴ Hoewel deze weg de voorkeur verdient boven een blokkering door een toegangsprovider, lijkt het derhalve minder goed geschikt als langetermijnoplossing.

³¹⁹ Schermer & Wubben 2011, p. 45-56.

³²⁰ Zie bijvoorbeeld Hof Amsterdam 3 juli 2008, *LIN* BD6223 (*Leaseweb/BREIN*); Rb 's-Gravenhage 9 juni 1999, *IER* 1999, 47 (*Scientology/XS4ALL*). Het laatste vonnis is in hoger beroep vernietigd, zie Hof 's-Gravenhage 4 september 2003, *Computerrecht* 2003, p. 350.

³²¹ Muir & Van Oorschot 2009.

³²² Art. 6:196c BW lid 4; art. 14 lid 1 Richtlijn elektronische handel.

³²³ Zie voor meer informatie: 'Werkgroep Notice and Takedown', *Platform voor de InformatieSamenleving*, www.ecp-epr.nl/werkgroep-notice-and-takedown.

³²⁴ *BREIN/UPC e.a.*, r.o. 2.16.

6.5.2 Overige tussenpersonen

Tot slot van deze paragraaf wil ik nog kort wijzen op handhavingsmethodes gericht tegen twee andere typen tussenpersonen. In de eerste plaats is het mogelijk om van het bedrijf dat een bepaald domein beheert te vorderen dat hij een domeinnaam verwijdert, waarachter zich een onrechtmatige site bevindt. SIDN, de stichting die het .nl-domein administreert, kent hiervoor een notice-and-takedown-procedure.³²⁵ Hoewel dit de vindbaarheid van een site ernstig zal beperken, blijft de website achter het domein gewoon bestaan, en zal deze via het IP-adres of een andere domeinnaam gewoon bereikbaar zijn. De domeinnaambeheerder staat daarbij ver van de inbreuk af, en het is daarom twijfelachtig in hoeverre een verwijdering van de domeinnaam voor de rechter afdwingbaar is op grond van artikel 26d van de Auteurswet, wanneer de domeinbeheerder de domeinnaam niet direct verwijdert na de melding.

Een andere optie voor rechthebbenden ligt in het laten verwijderen van verwijzingen naar The Pirate Bay uit een zoekmachine zoals Google. Na verwijdering zullen gebruikers die zoeken naar deze site, of meer algemeen naar bijvoorbeeld 'torrents', geen verwijzing meer vinden naar de site, waardoor de bereikbaarheid vermindert. De werking hiervan is zeer beperkt; gebruikers van The Pirate Bay bezoeken die site waarschijnlijk rechtstreeks, terwijl de site ook via websites van derden gewoon bereikbaar zal blijven. Google kent een procedure om onrechtmatige sites uit zijn index te laten verwijderen,³²⁶ maar evenals bij verwijdering van een domeinnaam is onzeker in hoeverre deze maatregel voor de rechter afdwingbaar is.

6.6 Tussenconclusie

Naast blokkeren zijn verschillende andere methodes denkbaar om auteursrechten te handhaven. De meest voor de hand liggende manier betreft het aanspreken van de inbreukfaciliterende website zelf, en deze bijvoorbeeld tot sluiten te dwingen. Dit is een minder ingrijpende, en waarschijnlijk effectievere maatregel dan blokkeren door een provider, en om deze reden heeft deze methode dan ook de voorkeur boven elke andere. Bij The Pirate Bay bleek dit echter niet mogelijk.

Een eveneens geëigende optie is het dagvaarden van de partijen die, al dan niet met behulp van The Pirate Bay, inbreuk maken. In de eerste plaats gaat het hierbij om de grote uploaders, personen die op grote schaal illegale kopieën van beschermde werken maken en verspreiden. Dit is minder ingrijpend dan blokkeren, maar heeft enkele nadelen. Zo is deze maatregel niet effectief in primaire zin, en zal pas op langere termijn het downloaden uit illegale bron in het algemeen verminderen. Daarnaast zijn de grote uploaders vaak moeilijk te traceren, en bevindt een groot aantal van hen zich in het buitenland, met alle problemen van dien.

Rechthebbenden kunnen tevens overwegen om consumenten, die illegale kopieën verder verspreiden via Bittorrent, aan te spreken. Deze kleine uploaders onderscheid ik van de grote, omdat zij op kleinere schaal

³²⁵ 'Notice-and-Take-Down-procedure', SIDN, www.sidn.nl/over-nl/geschillen-en-klachten/notice-and-take-down-procedure.

³²⁶ 'Inhoud verwijderen van Google', www.google.com. De procedure die Google hanteert is overigens verplicht op grond van de Amerikaanse Digital Millennium Copyright Act, waarover uitgebreider Van der Sloot 2010, p. 158.

inbreuk maken en zich wellicht niet bewust zijn van hun onrechtmatige gedrag. Hoewel het aanspreken van kleine uploaders minder ingrijpend is dan blokkeren, zijn er ook enige nadelen aan verbonden. In de eerste plaats zal het vaak niet eenvoudig zijn om de inbreuk te bewijzen. Verder is deze groep zeer groot, waardoor het onvermijdelijk is dat enige willekeur zal optreden bij het kiezen van de te dagvaarden consumenten. De afschrikkende werking van deze optie zal mogelijk wel positief effect hebben op de handhaving van auteursrechten.

Behalve toegangsproviders spelen ook andere tussenpersonen een rol bij de inbreuk. Hierbij kan ten eerste gedacht worden aan de hostingprovider van de inbreukfaciliterende site, die de website kan verwijderen of blokkeren. Als de actie tegen de site zelf niet slaagt, is dit een minder ingrijpende, maar in het geval van The Pirate Bay minder succesvolle, methode dan het aanspreken van de toegangsprovider. Daarnaast zijn maatregelen denkbaar tegen beheerders van domeinen en zoekmachines, maar aangezien zij erg ver van de inbreuk af staan, betwijfel ik of de rechter een aan hen gerichte vordering zal toewijzen. Ook is blokkeren vermoedelijk effectiever.

Tot slot zijn er nog twee andere soorten maatregelen tegen toegangsproviders denkbaar. Ten eerste zouden zij gedwongen kunnen worden specifiek te gaan filteren, bijvoorbeeld bij veroordeelde inbreukmakers, maar hierbij bestaat een reële kans dat legaal materiaal definitief onbereikbaar wordt voor deze abonnees, en mogelijk is deze maatregel onnodig ingewikkeld en kostbaar. Een andere maatregel voor de toegangsprovider is het blokkeren van een protocol dat door veel klanten wordt gebruikt om inbreuk te maken. Een belangrijk bezwaar hiertegen is dat alle verkeer over dit protocol onmogelijk zal worden, waardoor deze maatregel te ingrijpend is.

Eindoordeel

Hoewel er een aantal minder ingrijpende methodes bestaat om auteursrechten te handhaven – waarbij ik met name denk aan het optreden tegen The Pirate Bay zelf of de eigenlijke inbreukmakers, en in mindere mate aan het aanspreken van de hostingprovider van de site – voldoet geen van deze in alle gevallen aan de voorwaarden die uit de subsidiariteitseis volgen. Het aanspreken van zowel site als hostingprovider bleek vruchteloos, terwijl het aanpakken van inbreukmakers niet even goed mogelijk is als blokkeren, en mogelijk niet gelijkelijk effectief. Wel meen ik dat rechthebbenden deze maatregelen moeten proberen te treffen naast een blokkering, want alleen zo zal de totale inbreuk daadwerkelijk verminderen. Ook de overige hierboven behandelde handhavingsmethodes kunnen wellicht dienstig zijn aan de handhaving van auteursrechten, hoewel een aantal, zoals het blokkeren van Bittorrent, te ingrijpend zijn.

7 CONCLUSIE

In de voorgaande vijf hoofdstukken heb ik aan de hand van een viertal deelvragen geprobeerd een antwoord te vinden op de volgende vraag:

Is het door providers laten blokkeren van The Pirate Bay een geschikte manier om het auteursrecht op internet te handhaven?

Wanneer we terugkijken naar de vier voorwaarden voorafgaand aan een maatregel, die ik in de conclusie van hoofdstuk 3 heb genoemd, blijkt dat deze bij beide Nederlandse Pirate Bay-blokkades zijn vervuld: een deel van de abonnees van de providers heeft inbreuk gemaakt via The Pirate Bay, waarbij de toegangsdiensten van de provider zijn gebruikt – de provider is zodoende ook betrokken bij de inbreuk. Ook is gebleken dat er weliswaar enkele minder ingrijpende maatregelen bestaan, maar dat deze ofwel minder goed mogelijk waren, ofwel minder effectief. De site zelf tot sluiten of blokkeren dwingen bleek niet te lukken, terwijl het aanpakken van de inbreukmakers zelf, in dit geval de abonnees en de grote uploaders, in zekere mate wel mogelijk is – hoewel hier enkele bezwaren aan kleven – maar het doel van de maatregel, het afsluiten van The Pirate Bay, wordt hiermee niet bereikt.

Ook van een blokkering is echter niet zeker of het een doeltreffende maatregel is: hoewel het in primaire zin vermoedelijke enigszins effectief is, heeft het blokkeren van een enkele website geen effect op online inbreuk in het algemeen. Ook is een blokkering niet afschrikkend. Wat betreft de andere voorwaarden aan de maatregel zelf voldoet een blokkering echter wel: van een algemene toezichtverplichting is namelijk geen sprake, blokkeren is niet onnodig kostbaar of te ingewikkeld en evenmin is enige belemmering van het legitieme handelsverkeer naar voren gekomen.

Tot slot is een blokkering ten aanzien van alle betrokken partijen een evenredige maatregel. Niet alleen is er sprake van proportionaliteit stricto sensu – geen enkele partij wordt immers onevenredig zwaar in zijn belangen aangetast – maar eveneens van proportionaliteit in meer algemene zin. Een blokkering is in enige mate effectief, en minder ingrijpende maatregelen, die even goed mogelijk en minstens gelijkelijk effectief zijn, blijken niet voorhanden. Dat de effectiviteit niet optimaal is, doet overigens niet af aan de proportionaliteit, omdat geen van de betrokkenen sterk in zijn belangen wordt geschaad. De verhouding tussen voordeel voor de rechthebbenden en nadeel voor de andere partijen is daarmee in balans.

Kijkend naar de hoofdvraag zou de voornaamste reden voor een *ontkennend* antwoord zijn dat abonnees niet stoppen met downloaden uit illegale bron; veel van hen omzeilen, halen via andere sites verwijzingen binnen of zijn overgestapt op andere downloadplatforms. Om online inbreuk in het algemeen terug te dringen moeten rechthebbenden daarom niet alleen andere inbreukfaciliterende sites laten blokkeren, maar ook aanvullende maatregelen treffen, zoals het aanspreken van de daadwerkelijke inbreukmakers – zowel de grote als de kleine uploaders – en wellicht andere tussenpersonen, waaronder hostingproviders van de topsites. Dit soort maatregelen zorgt voor een kleiner aanbod van illegale kopieën, en wellicht ook een kleinere vraag, indien het dagvaarden van kleine uploaders andere consumenten ervan weerhoudt illegaal bestanden te delen.

Hoewel de hoofdvraag een ondubbelzinnig antwoord veronderstelt – ja of nee – is het uiteindelijke antwoord niet meer dan een voorzichtig ‘ja’. Blokkeren is namelijk niet de definitieve oplossing om het auteursrecht op internet te handhaven, daarvoor is de effectiviteit te beperkt, maar slechts een van de middelen die rechthebbenden kunnen en moeten inzetten om online inbreuk tegen te gaan. Het blokkeren

van The Pirate Bay is een eerste stap, een hulpmiddel om de effectiviteit van andere manieren van handhaving, zoals het aanpakken van grote uploaders, te vergroten. Ook verschaft het rechthebbenden extra tijd om de site zelf aan te pakken, zonder dat de inbreuk via die site op dezelfde schaal doorgaat. Deze twee laatste vormen van handhaving – het sluiten van de site zelf en het tot stoppen dwingen van de uploaders, de daadwerkelijke inbreukmakers – pakken de bron aan en dienen daarom altijd prioriteit te hebben voor rechthebbenden.

8 AANBEVELINGEN

In deze scriptie heb ik bovenal aandacht besteed aan de taak die rechthebbenden hebben bij de handhaving van hun rechten. Ook de wetgever heeft hier echter een rol in; hij moet hen de middelen bieden om hun rechten ook daadwerkelijk te *kunnen* handhaven. Het onrechtmatig verklaren van downloaden uit illegale bron, alsmede het vereenvoudigen van de mogelijkheid om persoonsgegevens van inbreukmakende abonnees op te vragen, zijn twee maatregelen die de wetgever daarom naar mijn mening zou moeten treffen. Om de rechthebbenden niet te veel macht te geven bij het aanwijzen van te blokkeren websites, zou de wetgever of een rechter een speciale commissie kunnen instellen die daarover beslist. De rechterlijke macht, alsmede de politiek, moeten bovendien erop toezien dat geen mission creep optreedt. Tot slot meen ik dat rechthebbenden niet slechts hun rechten moeten handhaven, maar ook alternatieven dienen te bieden voor downloaden uit illegale bron. Deze vijf aanbevelingen, die volgen uit de voorgaande hoofdstukken, zal ik hieronder kort bespreken.

Gedeeltelijk afschaffen thuiskopie-exceptie

Het afschaffen van de thuiskopie-exceptie voor wat betreft downloaden uit illegale bron zou een einde maken aan de kromme situatie die ik hierboven in paragraaf 5.6.3 schetste; het is toch vreemd dat een handeling die aan de kant van de verzender inbreukmakend is, dat aan de kant van de ontvanger niet is.³²⁷ Hierbij zou Nederland een voorbeeld kunnen nemen aan Duitsland, waar de exceptie niet geldt voor werken die gekopieerd zijn van een openbaar toegankelijke bron of van een op evident onrechtmatige wijze gemaakte bron.³²⁸ Dit zou gekunstelde constructies als in FTD/BREIN³²⁹ voorkomen, verschaft duidelijkheid voor de consument en vereenvoudigt de handhaving voor rechthebbenden. Ook gaat van deze maatregel een afschrikkende werking uit, waardoor mensen waarschijnlijk minder werken gratis zullen downloaden en meer zullen kopen.³³⁰ Anders dan de minister van Justitie ben ik van mening dat rechthebbenden dit ‘downloadverbod’³³¹ in bepaalde gevallen wel moeten handhaven.³³²

Opvragen NAW-gegevens

Om het aanspreken van uploaders eenvoudiger te maken en minder afhankelijk van de bereidheid tot meewerken van de providers, is een wettelijke regeling voor het opvragen van persoonsgegevens van abonnees wenselijk. De criteria van het Amsterdamse Hof kunnen hierbij als leidraad dienen. Onderdeel van deze regeling zou een toetsingscommissie kunnen zijn, die beslist of de aanwijzingen van inbreuk zo sterk zijn en de overtreding van dien aard is dat het gerechtvaardigd is de persoonsgegevens van de

³²⁷ Dit soort situaties bestaat helaas veel in het recht, denk aan het gedoogbeleid ten aanzien van de verkoop van softdrugs, waarbij de verkoop *door* coffeeshops niet bestraft wordt, maar de verkoop *aan* coffeeshops wel.

³²⁸ Art. 53 lid 1 Gesetz über Urheberrecht und verwandte Schutzrechte. Zie uitgebreid De Cock Buning & Ringnalda 2010, p. 2-4.

³²⁹ Zie par. 6.2.

³³⁰ Zie voor een overzicht van onderzoeken die deze bewering staven Schermer & Wubben 2011, p. 127-128.

³³¹ Tussen aanhalingstekens, omdat een letterlijk ‘downloadverbod’ in de weg zou staan aan vrijwel elk gebruik van het internet. Het gaat hier om een verbod om te downloaden uit illegale bron.

³³² *Kamerstukken II* 2010/11, 29 838, nr. 29, p. 8 (Speerpuntenbrief). Zie voor een situatie waarin handhaving wellicht gepast is par. 6.3.2.

abonnee te verstrekken aan de rechthebbenden. Deze commissie zou bijvoorbeeld onder het College bescherming persoonsgegevens kunnen vallen.

Centrale registratie te blokkeren adressen

De bevoegdheid van rechthebbenden om de lijst van te blokkeren IP-adressen en domeinen eenzijdig uit te breiden, wanneer The Pirate Bay via nieuwe adressen gaat opereren, is bezwaarlijk vanwege het risico dat sites onterecht geblokkeerd worden en het gevaar van mission creep. Om desondanks in zo'n geval de blokkeringslijst snel uit te kunnen breiden, zonder de rechterlijke macht te belasten, zou een speciale commissie – bestaande uit providers, consumenten en rechthebbenden – kunnen worden samengesteld die deze taak krijgt toebedeeld. Bij het opzetten van een dergelijke commissie kan men gebruikmaken van de expertise die is opgedaan bij bijvoorbeeld de Internet Watch Foundation.³³³ Tegen beslissingen van deze commissie zouden mogelijkheden voor bezwaar en beroep moeten bestaan.

Voorkomen van mission creep

Zoals in paragraaf 5.5.2 en de vorige aanbeveling al even aan de orde kwam, opent het blokkeren van een website de deuren voor mission creep; de kans bestaat immers dat nu providers één site blokkeren, zij opgedragen worden ook de toegang tot andere websites te verhinderen. Wanneer het daarbij om met The Pirate Bay vergelijkbare sites gaat is dat niet direct bezwaarlijk, maar het blokkeren van sites die een relatief kleine hoeveelheid illegale verwijzingen bieden is veel minder wenselijk. Het is de vraag of een site met hoofdzakelijk legaal materiaal wel de intentie heeft om inbreuk te faciliteren, en daarnaast kan het blokkeren van dergelijke sites een bedreiging van de vrijheid van meningsuiting vormen.³³⁴ Rechters die in de toekomst een blokkering toewijzen zullen bedacht moeten zijn op deze 'glijdende schaal', en dienen te voorkomen dat ook sites die op minder ernstige wijze inbreuk faciliteren ook geblokkeerd worden. Ook de politiek kan hierin uiteraard een belangrijke rol spelen.³³⁵

Verbeteren mogelijkheden voor 'legaal' downloaden

Ondanks dat dit punt eigenlijk buiten het bereik van mijn scriptie valt, is het vereenvoudigen en verbeteren van de mogelijkheden om tegen betaling en op legitieme wijze muziek, films en software te verkrijgen een naar alle waarschijnlijkheid goede manier om inbreuk te verminderen. Een groot voordeel van 'illegaal' downloaden is immers dat vrijwel alle films en muziek die ooit zijn uitgebracht zeer eenvoudig en snel – en vaak al voor de officiële verschijningsdatum – binnen zijn te halen, zonder hiervoor naar een winkel te hoeven. Wanneer al deze werken op vergelijkbare wijze en tegen een redelijke prijs 'legaal' online verkrijgbaar zijn, zullen vermoedelijk veel gebruikers overstag gaan en stoppen met downloaden zonder toestemming van de rechthebbenden. Het verkleinen en moeilijker bereikbaar maken van het illegale aanbod is vanzelfsprekend een belangrijke voorwaarde voor het succes van dit legale aanbod.

³³³ Stol e.a. 2008, p. 68-69.

³³⁴ Zie par. 5.6.2 en 5.9.

³³⁵ Zie ook Schellekens 2011a; Schellekens 2011b.

9 GERAADPLEEGDE BRONNEN

9.1 Literatuur

Asser/Van Schaik 2011

A.C. van Schaik, *Mr. C. Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht. Procesrecht. Deel 2. Eerste aanleg*, Deventer: Kluwer 2011.

Barendt 2005

E.M. Barendt, *Freedom of speech*, Oxford: Oxford University Press 2005.

Chavannes 2007

R.D. Chavannes, 'Effectief procederen tegen anonieme internetgebruikers', *NJB* 2007, 1529.

Clayton 2005

R. Clayton, *Anonymity and traceability in cyberspace* (technisch rapport gebaseerd op proefschrift auteur), Cambridge: University of Cambridge 2005.

De Cock Buning & Ringnalda 2010

M. de Cock Buning & A. Ringnalda, 'Maatregelen tegen auteursrechtinbreuk door P2P-filessharing: wat leert het Umfeld ons?', *AMI* 2010-1, p. 1-11.

Costa-Montenegro e.a. 2011

E. Costa-Montenegro e.a., 'Implementation and analysis of the BitTorrent protocol with a multi-agent model', *Journal of Network and Computer Applications* (34) 2011.

Craig & De Búrca 2011

P. Craig & G. de Búrca, *EU Law. Text, Cases and Materials*, Oxford: Oxford University Press 2011.

Cuevas e.a. 2010

R. Cuevas e.a., 'Is Content Publishing in BitTorrent Altruistic or Profit-Driven?', in: *Proceedings of the 6th International Conference on emerging Networking EXperiments and Technologies*, New York: ACM 2010.

Décary-Héту, Morselli & Leman-Langlois 2011

D. Décary-Héту, C. Morselli & S. Leman-Langlois 2011, 'Welcome to the Scene: A Study of Social Organization and Recognition among Warez Hackers', *Journal of Research in Crime and Delinquency* 2011, DOI: 10.1177/0022427811420876 (alleen online gepubliceerd).

Digital Music Report 2012

Digital Music Report 2012. Expanding Choice. Going Global, IFPI 2012, www.ifpi.org.

Van Dijk e.a. 2010

F. van Dijk e.a. (red.), *Visie op de rechtspraak 2020*, 's-Gravenhage: Raad voor de rechtspraak 2010.

Dommering 2008

E. Dommering, 'Filteren is gewoon censuur en daarmee basta', *Tijdschrift voor Internetrecht* 2008-5, p. 123-125.

Dommering 2012

E.J. Dommering, 'De zaak Scarlet/SABAM. Naar een horizontale integratie van het Auteursrecht', *AMI* 2012-2, p.49-53.

Edelman 2003

B. Edelman, 'Web Sites Sharing IP Addresses: Prevalence and Significance', *Berkman Center for Internet & Society* 12 september 2003, cyber.law.harvard.edu/archived_content/people/edelman/ip-sharing.

Van Engelen 2007

Th.C.J.A. van Engelen, *Intellectuele eigendom en internationaal privaatrecht*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2007.

Envisional 2010

Mininova: Assessment of Copyrighted Torrent Link Removal, Cambridge: Envisional 2010.

Envisional 2011

Technical report: An Estimate of Infringing Use of the Internet, Cambridge: Envisional 2011.

Gielen 2011

Ch. Gielen (red.), *Kort begrip van het intellectuele eigendomsrecht*, Deventer: Kluwer 2011.

Van der Ham e.a. 2012

J.J. van der Ham e.a., *Review en Herhaling BREIN Steekproeven 7-9 april 2012*, Amsterdam: System and Network Engineering research Group 2012, staff.science.uva.nl/~vdham/research/publications/dutchpirate.pdf.

Helberger & Van Hoboken 2012

N. Helberger & J. van Hoboken 2012, '(Fast)food for thoughts: de uitspraak van het Hof van Justitie in de Scarlet/Sabam-zaak', *Nederlands tijdschrift voor Europees recht* 2012, p. 75-82.

Hugenholtz 2001

P.B. Hugenholtz, 'Brussels Broddelwerk. Recht en Krom in de Auteursrechtlijn', *AMI* 2001-1.

Hugenholtz 2009

P.B. Hugenholtz, annotatie bij: HvJ EG 29 januari 2008, *NJ* 2009, 551 (*Promusicae/Telefónica*).

Huygen e.a. 2009

A. Huygen e.a., *Ups and downs* (rapport naar aanleiding van onderzoek naar economische en culturele gevolgen van file sharing), Delft: TNO 2009.

Jayasuriya e.a. 2009

M. Jayasuriya e.a., 'Forcing the Net Through a Sieve: Why Copyright Filtering is Not a Viable Solution for U.S. ISPs', *Public Knowledge*, www.publicknowledge.org/pdf/pk-filtering-whitepaper-200907.pdf.

Koelman 2010

K. Koelman, annotatie bij: Hof 's-Gravenhage 15 november 2010, *IER* 2011/28 (*FTD/Eyeworks*).

Kulk & Zuiderveen 2012

S. Kulk & F.J. Zuiderveen, annotatie bij: HvJ EU 24 november 2011, *Mediaforum* 2012, 7 (*Scarlet/SABAM*), p. 98-100.

Layton & Watters 2010

R. Layton & P. Watters, *Investigation into the extent of infringing content on BitTorrent networks*, Ballarat: Internet Commerce Security Laboratory 2010.

Lodder 2012

A.R. Lodder, 'Uitspraak in BREIN vs. Ziggo/XS4ALL stemt tot nadenken', *Tijdschrift voor Internetrecht* 2012-1, p. 13-15.

Manner & Flythström 2010

M. Manner & J. Flythström, 'Another Flag in the Pirate Bay – Internet Service Provider not Responsible for Blocking Bittorrent File-sharing Services in Norway', *Entertainment Law Review* 2010-6, p. 237.

De Meij e.a. 2000

J.M. de Meij e.a., *Uitingsvrijheid. De vrije informatiestroom in grondwettelijk perspectief*, Amsterdam: Otto Cramwinckel Uitgever 2000.

Montero & Van Enis 2011

E. Montero & Q. Van Enis, 'Enabling freedom of expression in light of filtering measures imposed on Internet intermediaries: Squaring the circle?', *Computer Law & Security Review* (27) 2011, p. 21-35.

Muir & Van Oorschot 2009

J.A. Muir & P.C. Van Oorschot 2009, 'Internet Geolocation: Evasion and Counterevasion', *ACM Computing Surveys* (42) 2009, 1, 4.

Nentjes 2007

M. Nentjes, 'Auteursrecht en Usenet: een verkenning van de civielrechtelijke mogelijkheden om inbreuken op auteursrecht via Usenet tegen te gaan', *Computerrecht* 2007, 69.

Nicoll 2003

C. Nicoll, 'Concealing and Revealing Identity on the Internet', in: C. Nicoll, J.E.J. Prins & M.J.M. van Dellen (red.), *Digital Anonymity and the Law. Tensions and Dimensions*, Den Haag: T.M.C. Asser Press 2003, p. 99-119.

Nieuwenhuis 2011

A.J. Nieuwenhuis, 'Achtergrond en huidige betekenis van het verbod van voorafgaand verlof', *NTM/NJCM-Bulletin* 2011, p. 24-43.

Parziale e.a. 2006

L. Parziale e.a., *TCP/IP Tutorial and Technical Overview*, IBM RedBooks 2006.

Pitlo/Raaijmakers 2006

M.J.G.C. Raaijmakers, *Pitlo. Het Nederlands burgerlijk recht. Deel 2. Ondernemingsrecht*, Deventer: Kluwer 2006.

Publiekprivate bestrijding van kinderporno op internet 2009

Publiekprivate bestrijding van kinderporno op internet, Utrecht: Andersson Elffers Felix 2009.

Roberts, Zuckerman & Palfrey 2011

H. Roberts, E. Zuckerman & J. Palfrey, *2011 Circumvention Tool Evaluation*, Cambridge, MA: Berkman Center for Internet & Society 2011.

Schellekens 2001

M. Schellekens, *Aansprakelijkheid van Internetaanbieders*, proefschrift KUB 2001.

Schellekens 2011a

M. Schellekens, 'Internet-filteren. Komt het een van het ander?' *Mediaforum* 2011-10, p.286-294.

Schellekens 2011b

M. Schellekens, 'Liability of Internet Intermediaries. A Slippery Slope?' *Scripted* (8) 2011-2.

Schellekens 2012

M. Schellekens, annotatie bij: Rb Amsterdam 28 september 2011, *Computerrecht* 2012/44 (*BREIN/NSE*).

Schermer & Wubben 2011

B.W. Schermer & M. Wubben, *Feiten om te delen. Digitale contentdistributie in Nederland*, Amsterdam: Considerati 2011.

Schmidt, Dolfisma & Keuvelaar 2007

AH.J. Schmidt, W. Dolfisma & W. Keuvelaar, *Fighting the War on File Sharing*, Den Haag: T.M.C. Asser Press 2007.

Van der Sloot 2010

B. van der Sloot, 'De verantwoordelijkheid voorbij: de ISP als verlengstuk van de overheid', *Mediaforum* 2010-5, p. 157-161.

Smith 2007

G.J.H. Smith, *Internet Law and Regulation*, Londen: Sweet & Maxwell 2007.

Snijders, Klaassen & Meijer 2007

H.J. Snijders, C.J.M. Klaassen & G.J. Meijer, *Nederlands burgerlijk procesrecht*, Deventer: Kluwer 2007.

Spauwen & Volgenant 2012

J. Spauwen & O. Volgenant, 'De gevolgen van de Pirate Bay blokkade voor internetgebruikers', *IE-Forum* 22 februari 2012 (*IEF* 10946).

Stol e.a. 2008

W.Ph. Stol e.a., *Filteren van kinderporno op internet. Een verkenning van technieken en reguleringen in binnen- en buitenland*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2008.

De Vey Mestdagh & Millenaar 2009

C.N.J. de Vey Mestdagh & P.A. Millenaar, 'Downloaden, Auteursrecht en het Internet: status quo en perspectief', *AA* 2009-10, p. 727-732.

Westkamp 2007

G. Westkamp, *The Implementation of Directive 2001/29/EC in the Member States*, Londen: Centre for Commercial Law Studies, Queen Mary, University of London 2007.

Wubben 2011

M.D. Wubben, annotatie bij: Rb 's-Gravenhage (vzr.) 19 juli 2010, *Computerrecht* 2011, 6, p. 40.

Zilinsky 2005

M. Zilinsky, *De Europese executorialie titel. Tijdsige tenuitvoerlegging van vermogensrechtelijke beslissingen in de Europese Unie gezien vanuit verschillende internationale instrumenten*, Deventer: Kluwer 2005.

9.2 Verkort aangehaalde rechtspraak

BAF/Belgacom & Telenet

Hof van Beroep Antwerpen (België) 26 september 2011, nr. 3399, rep. 2011/8314.

BREIN/NSE

Rb Amsterdam 28 september 2011, *Computerrecht* 2012/44, m.nt. M. Schellekens.

BREIN/Ziggo & XS4ALL

Rb 's-Gravenhage 11 januari 2012, *LJN* BV0549, r.o. 5.3.

BREIN/UPC e.a.

Rb 's-Gravenhage 10 mei 2012, *LJN* BW5387.

Dramatico/BSkyB

High Court of England and Wales, Chancery Division 20 februari 2012, nr. [2012] EWHC 268 (Ch).

Dramatico/BSkyB II

High Court of England and Wales, Chancery Division 2 mei 2012, nr. [2012] EWHC 1152 (Ch).

FTD/Eyeworks

Hof 's-Gravenhage 15 november 2010, *IER* 2011/28.

L'Oréal/eBay

HvJ EU 12 juli 2011, nr. C-324/09.

Newzbin2

High Court of England and Wales, Chancery Division 28 juli 2011, nr. [2011] EWHC 1981 (Ch).

Newzbin2 II

High Court of England and Wales, Chancery Division 26 oktober 2011, nr. [2011] EWHC 2714 (Ch).

Promusicae/Telefonica

HvJ EG 29 januari 2008, nr. C-275/06.

SABAM/Netlog

HvJ EU 16 februari 2012, nr. C-360/10.

Scarlet/SABAM

HvJ EU 24 november 2011, nr. C-70/10.

The Pirate Bay/BREIN

Rb Amsterdam (vzr., verzet) 22 oktober 2009, *LJN* BK1067.

Thuiskopie

Hof 's-Gravenhage 15 november 2010, *IER* 2011/27.

9.3 Verkort aangehaalde wetgeving

Richtlijn elektronische handel

Richtlijn 2000/31/EG van het Europees Parlement en de Raad van 8 juni 2000 betreffende bepaalde juridische aspecten van de diensten van de informatiemaatschappij, met name de elektronische handel, in de interne markt.

Auteursrechtlijn

Richtlijn 2001/29/EG van 22 mei 2001 van het Europees Parlement en de Raad betreffende de harmonisatie van bepaalde aspecten van het auteursrecht en de naburige rechten in de informatiemaatschappij.

Handhavingsrichtlijn

Richtlijn 2004/48/EG van het Europees Parlement en de Raad van 29 april 2004 betreffende de handhaving van intellectuele-eigendomsrechten.

Handvest

Handvest van de grondrechten van de Europese Unie, 2010/C 83/02.

Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens (EVRM)

Verdrag tot Bescherming van de Rechten van de Mens en de Fundamentele Vrijheden zoals gewijzigd door Protocollen nrs. 11 en 14. Met de aanvullende Protocollen nrs. 1, 4, 6, 7, 12 en 13.

E-privacy-richtlijn

Richtlijn 2002/58/EG van het Europees Parlement en de Raad van 12 juli 2002 betreffende de verwerking van persoonsgegevens en de bescherming van de persoonlijke levenssfeer in de sector elektronische communicatie.

9.4 Rechtspraakoverzicht

9.4.1 Hof van Justitie

HvJ EG 7 maart 1995, nr. C-68/93 (*Fiona Shevill*).

HvJ EG 6 november 2003, nr. C-101/01 (*Lindqvist*).

HvJ EG 29 januari 2008, nr. C-275/06 (*Promusicae/Telefónica*).

HvJ EU 19 februari 2009, nr. C-557/07 (*LSG/Tele2*).

HvJ EU 12 juli 2011, nr. C-324/09 (*L'Oréal/eBay*).

HvJ EU 24 november 2011, nr. C-70/10 (*Scarlet/SABAM*).

HvJ EU 16 februari 2012, nr. C-360/10 (*SABAM/Netlog*).

HvJ EU 19 april 2012, nr. C-461/10 (*Bonnier Audio c.s./Perfect Communication*).

9.4.2 Europees Hof voor de Rechten van de Mens

ECRM 6 juli 1976, nr. 5178/71 (*De Geïllustreerde Pers/Nederland*).

EHRM 24 april 1990, nr. 11105/84 (*Huvig/Frankrijk*).

EHRM 22 mei 1990, nr. 12726/87 (*Autronic AG/Zwitserland*).

EHRM 6 mei 2003, nr. 44306/98, *NJ* 2010, 207 m.nt. E.J. Dommering (*Appleby/Verenigd Koninkrijk*).

9.4.3 Nederland

HR 11 februari 1926, *NJ* 1926, p. 354-355 (*Phileutonia*).

Rb 's-Gravenhage 20 mei 1998, *IER* 1998/31 (*Baxter/Pharmacia & Upjohn*).

Rb 's-Gravenhage 9 juni 1999, *IER* 1999, 47 (*Scientology/XS4ALL*).

Hof Amsterdam 28 maart 2002, *Computerrecht* 2002, p. 14 (*Kazaa/Buma-Stemra*).

Rb Utrecht (vzr.) 27 februari 2003, *LJN* AF5121 (*Holland Casino/Paramount & Universal*).

Hof 's-Gravenhage 4 september 2003, *Computerrecht* 2003, p. 350 (*Scientology/Spaink*).

Hof Amsterdam 24 juni 2004, rolnummer 1689/03 KG (*Lycos/P*).

HR 25 november 2005, *LJN* AU4019 (*Lycos/Pessers*).

Hof Amsterdam 15 juni 2006, *LJN* AX7579 (*BREIN/Technodesign*).

Hof Amsterdam 13 juli 2006, *Computerrecht* 2006, 168 (*Brein/ISP's*),

Rb Amsterdam (vzr.) 24 augustus 2006, *LJN* AY6903 (*BREIN/UPC*);

Rb 's-Gravenhage 5 januari 2007, *LJN* AZ5678 (*BREIN/KPN*).

Hof Amsterdam 3 juli 2008, *LJN* BD6223 (*Leaseweb/BREIN*).

Rb Amsterdam (vzr.) 30 juli 2009, *LJN* BJ4298 (*BREIN/Eigenaren The Pirate Bay*).

Rb Utrecht 26 augustus 2009, *LJN* BJ6008 (*BREIN/Mininova*).

Rb Amsterdam (vzr., verzet) 22 oktober 2009, *LJN* BK1067 (*The Pirate Bay/BREIN*).

Hof 's-Hertogenbosch 12 januari 2010, *IER* 2010, 34 (*C More/MyP2P*).

Rb Amsterdam 16 juni 2010, *LJN* BN1626 (*BREIN/Eigenaren The Pirate Bay*).

Rb 's-Gravenhage (vzr.) 19 juli 2010, *LJN* BN1445 (*BREIN/Ziggo*).

Hof Amsterdam 19 oktober 2010, *LJN* BP7309 (*Ziggo/I23 Video*).

Hof 's-Gravenhage 15 november 2010, *IER* 2011/27 (*ThuisKopie*).

Hof 's-Gravenhage 15 november 2010, *IER* 2011/28 (*FTD/Eyeworks*).

Rb Haarlem 9 februari 2011, *LJN* BP3757 (*FTD/BREIN*).

Rb 's-Gravenhage (vzr.) 22 maart 2011, *IER* 2011, 44 (*Premier League/MyP2P*).

Rb Amsterdam 28 september 2011, *Computerrecht* 2012/44 (*BREIN/NSE*).

Rb 's-Gravenhage 11 januari 2012, LJN BV0549, r.o. 5.3 (*BREIN/Ziggo & XS4ALL*).

Rb 's-Gravenhage 10 mei 2012, LJN BW5387 (*BREIN/UPC e.a.*).

9.4.4 Overige landen

België

Hof van Beroep Antwerpen (België) 26 september 2011, nr. 3399, rep. 2011/8314 (*BAF/Telenet & Belgacom*).

Denemarken

Højesteret (Hoge Raad, Denemarken) 27 mei 2010, sag 153/2009 (*Telenor/IFPI*).

Italië

Corte Suprema di Cassazione (Hof van Cassatie, Italië) 23 december 2009, n. 49437/09.

Noorwegen

Borgarting lagmannsrett (Hof van Beroep, Noorwegen) 9 februari 2010, nr. 10-006542ASK-BORG/04 (*Nordic Records/Telenor*).

Verenigd Koninkrijk

High Court of England and Wales, Chancery Division 29 maart 2010, nr. [2010] EWHC 608 (Ch) (*Twentieth Century Fox Film Corporation & Anor v Newzbin Ltd*).

High Court of England and Wales, Chancery Division 28 juli 2011, nr. [2011] EWHC 1981 (Ch) (*Newzbin2*).

High Court of England and Wales, Chancery Division 26 oktober 2011, nr. [2011] EWHC 2714 (Ch) (*Newzbin2 II*).

High Court of England and Wales, Chancery Division 20 februari 2012, nr. [2012] EWHC 268 (Ch) (*Dramatico/BSkyB*).

High Court of England and Wales, Chancery Division 2 mei 2012, nr. [2012] EWHC 1152 (Ch) (*Dramatico/BSkyB II*).

BIJLAGE 1: ONDERZOEK EFFECTIVITEIT BLOKKERING

Methodologie

Om te bepalen of de blokkering van The Pirate Bay (hierna: TPB) – zoals deze door de Haagse rechtbank in twee afzonderlijke vonnissen is opgelegd aan diverse Nederlandse toegangsproviders – effectief is, heb ik een steekproef gehouden waarbij ik verschillende omzeilingsmethodes heb getest. De test vond plaats op vrijdag 25 mei, rond 20 uur, via kabelinternet van UPC in Amsterdam. Hierbij heb ik gebruikgemaakt van een laptop met Windows 7 en Firefox 12.0, en de torrent-client Bittorrent 7.6.1.

Wat betreft de omzeilingsmethodes heb ik gekozen voor die methodes die ik al eerder in paragraaf 2.5 heb beschreven. Wanneer de aldaar beschreven proxyserver niet, of niet naar behoren werkte, heb ik de test nogmaals uitgevoerd met een vergelijkbare proxy. Om het delen via Bittorrent zelf te testen heb ik telkens dezelfde magnetlink geopend en gedeeld: de single ‘Sharing is Caring’ van de Britse rapper Dan Bull.

Webproxy's

<i>Methode</i>	hidemyass.com
<i>TPB bereikbaar</i>	Ja
<i>Uiterlijk</i>	Niet originele opmaak, mogelijk probleem met style sheets
<i>Snelheid</i>	Vrij traag
<i>Openen magnetlink</i>	Geen probleem
<i>Moeilijkheidsgraad</i>	Zeer eenvoudig
<i>Opmerkingen</i>	Balk van proxyleverancier boven in beeld leidt af van de inhoud

<i>Methode</i>	1proxy.de
<i>TPB bereikbaar</i>	Ja
<i>Uiterlijk</i>	Originele opmaak
<i>Snelheid</i>	Zeer snel
<i>Openen magnetlink</i>	Geen probleem
<i>Moeilijkheidsgraad</i>	Zeer eenvoudig
<i>Opmerkingen</i>	Balk van proxyleverancier boven in beeld leidt af van de inhoud

Reverseproxy's

<i>Methode</i>	piratebayproxy.nl
<i>TPB bereikbaar</i>	Nee, de proxy werkt niet meer, vermoedelijk na een verzoek van BREIN om de proxy te sluiten

Methode	tpb.pirateparty.org.uk , via fucktimkuik.org
TPB bereikbaar	Ja
Uiterlijk	Originele opmaak
Snelheid	Zeer snel
Openen magnetlink	Geen probleem
Moeilijkheidsgraad	Zeer eenvoudig, zelfde als rechtstreeks bezoek aan TPB
Opmerkingen	Werkt perfect, net alsof je TPB rechtstreeks bezoekt

HTTP-proxy

Methode	188.138.116.24:3128 (proxyserver in Frankrijk, via freeproxy.ch)
TPB bereikbaar	Ja
Uiterlijk	Originele opmaak
Snelheid	Redelijk snel, lichte vertraging
Openen magnetlink	Geen probleem
Moeilijkheidsgraad	Vereist het veranderen van internetinstellingen, op zichzelf eenvoudig maar niet iedereen kan of wil dat. Na korte uitleg moet echter elke internetgebruiker dit kunnen.
Opmerkingen	Werkt goed, vertraging is wel een nadeel

Virtual Private Network

Methode	HotSpot Shield
Installatie	Downloaden van programma is zeer eenvoudig, daarna een duidelijk installatieprogramma. Na installatie start het programma automatisch.
TPB bereikbaar	Ja
Uiterlijk	Originele opmaak
Snelheid	Zeer snel
Openen magnetlink	Geen probleem
Downloaden muziek	Lukt niet via netwerk van Hotspot Shield. Om te downloaden moet je de verbinding met Hotspot Shield verbreken.
Moeilijkheidsgraad	Na starten van het programma loopt alle internetverkeer via het netwerk van Hotspot Shield en kun je zoals gewoon gebruikmaken van je eigen browser. Iedereen die een computerprogramma kan installeren kan hiermee overweg. Dat downloaden van bestanden zelf niet mogelijk is via het netwerk is een groot nadeel en voor de minder goed onderlegde gebruiker een bezwaar; maakt het wat ingewikkeld.

Proxynetwerk

Methode

Tor

Installatie

Downloaden van programma is zeer eenvoudig, daarna pakt het zichzelf uit. Geen melding bij voltooiing, waardoor ik even twijfelde of het goed was gegaan.

TPB bereikbaar

Ja

Uiterlijk

Originele opmaak

Snelheid

Redelijk snel, enige vertraging

Openen magnetlink

Lukt niet direct met Torbrowser, deze stuurt de link niet automatisch naar Bittorrent. Link kopiëren en plakken in Bittorrent werkt wel, waarna delen start.

Downloaden muziek

Geen probleem na openen magnetlink in Bittorrent; delen verloopt dan echter niet via het Tor-netwerk

Moeilijkheidsgraad

Installatie wat onduidelijk. Na het uitpakken zet je Tor aan door in de map waarnaar het is uitgepakt een exe-bestand te openen. Via de Torbrowser kun je vervolgens The Pirate Bay openen. Al met al niet heel moeilijk, maar voor de minder ingevoerde computergebruiker waarschijnlijk net iets te ingewikkeld en onduidelijk

Opmerkingen

Om anoniem gebruik te kunnen maken van internet dien je de Torbrowser te gebruiken of een plugin te installeren voor Firefox of Chrome. Dat is niet voor iedereen even handig. Al met al werkt het heel goed, maar is het een beetje overdreven en omslachtig om Tor in te zetten om The Pirate Bay te bezoeken.

Conclusie

Hoewel alle methodes het omzeilen van de blokkering van The Pirate Bay mogelijk maken, en de gebruiker zo in staat stellen een magnetlink of torrent te downloaden, zijn er grote verschillen in werking en functionaliteit. De geteste (werkende) reverseproxy is zeer eenvoudig in gebruik en geeft dezelfde ervaring als het rechtstreeks bezoeken van The Pirate Bay – deze methode vind ik daarom de meest geschikte. De twee webproxy's bleken iets omslachtiger in gebruik, maar werken naar behoren, hoewel het ontbreken van de juiste opmaak van de website een nadeel vormt bij hidemyass.com. Ook de HTTP-proxy beviel mij goed, hoewel het instellen ervan een te grote stap kan zijn voor sommigen.

Het gebruik van Hotspot Shield of Tor heeft enkele nadelen: beide vergen het downloaden van aanvullende software en zijn een stuk minder gebruiksvriendelijk dan de andere methodes. Hoewel deze beide programma's voor andere doeleinden, zoals het waarborgen van volledige anonimiteit op internet, een uitstekende keuze zijn, vind ik ze in vergelijking met de andere manieren om de blokkering te omzeilen niet erg geschikt.

BIJLAGE 2: MAIL NIELS HUIJBREGTS (XS4ALL)

Niels Huijbregts <*@*> 7 maart 2012 13:07

Aan: Victor Bouman <vsbouman@gmail.com>

Beste heer Bouman,

[...]

De blokkade die de rechter gelast, betreft URL's en IP-adressen. Vanwege het technische verschil tussen de twee, wordt op twee verschillende manieren geblokkeerd. De URL's worden geblokkeerd in het DNS-systeem, de IP-adressen worden geblokkeerd in de hoofdroulers van ons netwerk.

De blokkade van de drie IP-adressen in het vonnis werkt als volgt: onze hoofdroulers zijn zo geconfigureerd, dat internetverkeer wordt weggegooid als dat afkomstig is van een IP-adres van een klant en als bestemming heeft 194.71.107.15, 194.71.107.18 of 194.71.107.19. Het verkeer verdwijnt dus in het niets, er komt geen antwoord.

Het blokkeren van URL's gaat anders: In het DNS-systeem wordt bijgehouden welke website op welk IP-adres te vinden is. Elke internetprovider heeft eigen DNS-servers waar klanten die informatie kunnen vinden en alle DNS-servers kopiëren informatie van elkaar om ervoor te zorgen dat alle internetters naar hetzelfde adres verwezen worden als ze een bepaalde URL intypen. Informatie in het DNS-systeem is redelijk eenvoudig. Als ik op de DNS server bijvoorbeeld het commando `host www.marktplaats.nl` geef krijg ik het volgende antwoord:

```
~% host www.marktplaats.nl
www.marktplaats.nl has address 91.211.73.6
```

De website `www.marktplaats.nl` staat dus op IP-adres 91.211.73.6.

Voor de URL's in het vonnis hebben we in onze DNS-servers een aanpassing gedaan, waardoor ze niet meer naar de IP-adressen van The Pirate Bay verwijzen, maar naar een IP-adres van XS4ALL.

Situatie voor de blokkade:

```
~% host www.thepiratebay.org
www.thepiratebay.org has address 194.71.107.50
```

De URL verwees dus naar een IP-adres van The Pirate Bay.

Situatie nu:

```
~% host www.thepiratebay.org
www.thepiratebay.org has address 194.109.6.92
```

De URL verwijst nu naar een IP-adres van XS4ALL, waarop de 'vangpagina' `http://www.xs4all.nl/geblokkeerd/` staat.

Het rommelen aan DNS-records is omstreden: als een internetter `www.rijksoverheid.nl` intypt, verwacht hij dat hij naar de website van de rijksoverheid gaat, en dat de informatie daar dus werkelijk van de rijksoverheid afkomstig is. Door het DNS verkeer te manipuleren, zou je van die verwachting misbruik kunnen maken. Dit principe wordt door kwaadwillende hackers gebruikt bij zogenaamde DNS-poisoning:

door in te breken op DNS-servers veranderen ze de koppeling tussen URL en IP-adres, waardoor ze er bijvoorbeeld voor kunnen zorgen dat iemand die wil internetbankieren niet op de server van de bank uitkomt als hij <https://mijn.ing.nl/internetbankieren> intypt, maar op een server van de hackers die daarmee gegevens en dus geld kunnen bemachtigen. DNS-poisoning is voor een internetter onmogelijk te detecteren en wordt daarom als zeer kwalijk en gevaarlijk gezien. Feitelijk is deze blokkade van The Pirate Bay een vorm van DNS-poisoning.

Als oplossing voor het grote security risico dat DNS-poisoning vormt, wordt gewerkt aan DNSSEC, een secure DNS-systeem waarin authenticatie is ingebouwd, wat het onmogelijk maakt om de koppeling tussen URL en IP-adres te veranderen als je niet de werkelijke eigenaar / beheerder van het domein bent. Dit maakt het onmogelijk voor hackers om via DSN-poisoning internetbankiers te misleiden. Het zou ook de blokkade van The Pirate Bay in ons DNS-systeem onmogelijk maken. DNS SEC wordt nog niet op grote schaal gebruikt, maar wordt momenteel door verschillende ISP's in gebruik genomen.

[...]

Vriendelijke groet,
Niels Huijbregts