

De gevolgen van de Pirate Bay blokkade voor internetgebruikers

Citeersuggestie: J. Spauwen, O. Volgenant, *De gevolgen van de Pirate Bay blokkade voor internetgebruikers*, IEF [10946](#).

Nu het stof van de BREIN / Ziggo & XS4All uitspraak langzaam neerdaalt, is het goed om nog eens beter naar het vonnis te kijken en dan vooral de gevolgen voor de internetgebruikers. In eerdere berichtgeving ([mediareport](#)) zijn de overwegingen van de rechtbank Den Haag al op een rijtje gezet. In een helder vonnis concludeert de rechtbank dat filteren in het geval van de Pirate Bay proportioneel en op zijn plaats is. Het blokkeren van internetverkeer blijft binnen de antieke kaders van de e-commercewetgeving echter een lastige puzzel. Ondanks de vloeiende redenering van de rechtbank wordt dit vonnis dan ook niet klakkeloos geaccepteerd door de branche ([nu.nl](#)). Ook de betrokkenen zelf hebben verder protest aangekondigd en gaan in hoger beroep ([tweakers](#)). De aangekondigde strijd belooft in ieder geval verdere verdieping van dit lastige vraagstuk. Een mooi moment om de afweging van de rechtbank Den Haag onder de loep te leggen en eens te kijken naar een onderwerp dat nog te weinig aandacht heeft gekregen: het belang van internetgebruikers.

1. De Pirate Bay blokkade

Even ter opfrissing: wat wil BREIN dat de internetproviders doen? “(H)et blokkeren en geblokkeerd houden van de toegang van haar abonnees tot de (...) genoemde domeinnamen/(sub)domeinen en IP adressen via welke The Pirate Bay opereert.” BREIN vordert hiermee in feite twee soorten blokkades: een domeinnaamfilter en een ip-adresfilter. Beide filters hebben uiteraard wel met elkaar te maken, ze hebben beide namelijk betrekking op het bereiken van een website op een andere computer (server) via het internet. Alle computers op het internet hebben een ip-adres. Dit adres kan gebruikt worden om ‘verbinding’ te leggen met andere computers. Google’s .nl website op haar Nederlandse computer is bijvoorbeeld bereikbaar door het ip-adres 173.194.69.94 – eveneens van Google – in te typen in een browser. Dit is natuurlijk volstrekt onwerkbaar en

daarom is het Domain Name Systeem uitgevonden om domeinnamen te koppelen aan ip-adressen. Wie [www.google.nl](#) intypt zal daarom automatisch worden herleid naar het ip-adres 173.194.69.94 en de daarbij behorende computer. Deze verwijzing gebeurt meestal door een computer van de internetprovider (de DNS server), die een gigantische lijst bijhoudt van alle domeinnamen en gekoppelde ip-adressen. De door de rechtbank toegewezen blokkades betekenen dus dat de internetproviders:

1. van alle websiteverzoeken van hun klanten moeten controleren of hierin wordt verzocht een domeinnaam van de Pirate Bay om te zetten in een ip-adres; en zo ja, dit verzoek niet te verwerken.
2. van alle websiteverzoeken van hun klanten moeten controleren of deze leiden tot een ip-adres van de Pirate Bay; en zo ja, dit verzoek te weigeren.

2. Het spanningsveld voor tussenpersonen

Voor het opleggen van deze blokkade moet een ingewikkelde afweging worden gemaakt. Dit komt omdat de zorgvuldigheidsnormen voor internetproviders op dit gebied slechts bestaan uit vage kaders, die bovendien enigszins tegenstrijdig zijn. De Nederlandse wetgeving maakt het mogelijk tussenpersonen te verbieden diensten aan te bieden die door derden worden gebruikt voor het maken van inbreuk op auteursrechten (artikel 26d Auteurswet). Bovendien wordt in de Europese Auteursrechtlijn overwogen dat deze tussenpersonen in veel gevallen het meest aangewezen zijn om een inbreuk op hun dienst te beëindigen. Daartegenover staat dat internetproviders onder de zogenaamde safe harbors vallen en niet aansprakelijk zijn voor de informatie die zij doorgeven (artikel 6:196c BW). Hier kunnen uitzonderingen op worden gemaakt, maar uit de Europese e-commercerichtlijn blijkt dat een uitzondering nooit mag neerkomen op een algemene monitor- of filterverplichting. De regelgeving op dit

gebied vormt dus een spanningsveld, met aan de ene kant de mogelijkheid tussenpersonen een verbod op te leggen en aan de andere kant de uitsluiting van monitor- en filterverplichtingen. Aan dit spanningsveld liggen verschillende principes ten grondslag, zoals de noodzaak rechthebbenden een passend beschermingsniveau te bieden, de ontwikkeling van informatietechnologie niet in de weg te staan en bescherming van privacy van de internetgebruikers.

De rechtbank heeft geoordeeld dat de Pirate Bay blokkade niet neerkomt op een algemene monitor- en filterverplichting. Een interessante conclusie. Zoals hiervoor is uitgelegd komt de blokkade vanuit praktisch oogpunt neer op controle van de websiteverzoeken van de klanten van de internetproviders op domeinnamen en ip-adressen van de Pirate Bay. Dit betekent dat alle verzoeken, ook die voor andere websites, langs een zwarte lijst moeten worden gelegd. Hiermee wordt dus al het internetverkeer van iedere internetgebruiker gemonitord. De rechtbank legt helaas niet precies uit waarom deze vorm van controle niet onder het verbod op algemene monitor- en filterverplichtingen valt. Zij stelt enkel dat het niet gaat om deep packet inspection en concludeert dat de blokkade tot de mogelijkheden hoort.

De vraag of de blokkade ook in dit geval moet worden opgelegd, beoordeelt de rechtbank aan de hand van de subsidiariteit en proportionaliteit van de maatregel. Dit komt neer op de vraag of er geen effectievere middelen zijn om het doel te bereiken en of het doel het middel heiligt. De rechtbank verwijst voor deze toets naar de uitspraak in de Scarlet / SABAM zaak, gewezen door het Hof van Justitie [red. IEF [10551](#)]. De subsidiariteits- en proportionaliteitstoets komen voort uit de toepassing van grondrechten. Hierdoor is de afweging van de rechtbank in wezen teruggebracht tot het fundament van het conflict, namelijk tussen het recht op eigendom van de rechthebbende, het recht op ondernemerschap van de internetprovider en het recht op privacy en informatievrijheid (vrijheid van meningsuiting) van de internetgebruikers. Oftewel, de hiervoor genoemde basisprincipes die ten grondslag liggen aan het spanningsveld waarop de aansprakelijkheid van tussenpersonen zich bevindt.

3. Het belang van de internetgebruikers

De vraag is of in deze procedure het recht van de internetgebruiker wel genoeg aan bod is gekomen. Door het recht op privacy en informatievrijheid enkel mee te nemen in de afweging omtrent aansprakelijkheid van de tussenpersoon is mogelijk onvoldoende gewicht toegekend aan het zelfstandige en fundamentele recht van de internetgebruikers.

Als we opnieuw kijken naar de subsidiariteit en, met name, de proportionaliteit, maar dan puur vanuit het standpunt van de gebruiker, heeft de blokkade een aanzienlijke impact. Het betekent namelijk dat al het verkeer van de internetgebruikers moet worden gecontroleerd. Technisch kan dit wellicht een eenvoudige aanpassing zijn, het gevolg is er niet minder om. Er is sprake van controle vooraf op communicatie van de internetgebruikers. Dit is principieel gezien een zware maatregel. Daarbij komt dat het bezoeken van een computer van de Pirate Bay niet per se betekent dat de onrechtmatig geachte torrents worden gedownload. De blokkade is dus een paardenmiddel. Dat dit middel eenvoudig is toe te passen is geen doorslaggevend argument. Dit impliceert namelijk dat de privésfeer van internetters alleen wordt beschermd als zij beschermingsmaatregelen nemen die het internetverkeer verhullen, zoals vpn, proxyservers of andere encryptietechnieken. Het is duidelijk dat internetproviders deze beschermde vormen van communicatie niet mogen hacken. Ter analogie; foto's nemen van iemand in zijn huis, is niet ineens toegestaan omdat diegene is vergeten de gordijnen dicht te doen.

De blokkade is om deze redenen een serieuze inbreuk op het recht op privacy en informatievrijheid van de eindgebruikers, waarbij vooral meetelt dat de maatregel effect heeft op al het internetverkeer, ook het verkeer dat niets te maken heeft met de Pirate Bay. Een dergelijk inperkings van grondrechten is mogelijk, maar moet volgens artikel 8 en 10 van het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens (EVRM) zorgvuldig worden getoetst aan de eisen van proportionaliteit en subsidiariteit. De mogelijkheid om zonder inmenging te kunnen communiceren is vanuit privacy en informatievrijheid van groot belang en daarom ook gewaarborgd door de [ePrivacy Richtlijn](#) (artikel 5 lid 1). Om, zoals in deze zaak het geval is, niet de inhoud van de communicatie, maar de mogelijkheid daartoe te beperken is in beginsel uit

den boze. Toezicht moet achteraf plaatsvinden en mag partijen niet vooraf de mond snoeren (artikel 7 lid 3 Grondwet). De rechtbank staat in haar vonnis wel stil bij het belang van de abonnees van Ziggo en XS4All, maar benoemt niet specifiek dat al het internetverkeer door de blokkade gecontroleerd moet worden en legt vooral niet uit waarom deze inbreuk gerechtvaardigd is. Redenerend vanuit het doel van de blokkade is de volledige reikwijdte van de inbreuk op de grondrechten van de gewone internetgebruikers dus onderbelicht gebleven, terwijl dit juist van fundamenteel belang is.

Naast de subsidiariteit en proportionaliteit moet de beperking van een grondrecht volgens het EVRM overigens ook voorzienbaar zijn. Dit ligt lastig omdat volgens de Minister van Justitie een websiteblokkering juridisch niet mogelijk is ([speerpuntenbrief](#)) en ook eurocommissaris Reding heeft verklaard dat websiteblokkering uit den boze is ([statement](#)). Volgens de rechtbank kan zij aan deze stelling geen gewicht toekennen omdat ze niet deel uitmaken van de wetgeving of de totstandkoming daarvan. Voor zover de vraag ziet op de uitleg van een rechtsregel heeft de rechtbank hierin gelijk. Echter, de toets die hier aan de orde is heeft betrekking op de voorzienbaarheid en bepaaldheid van de regelgeving. Het negeren van de opmerkingen van de wetgever is daarom opmerkelijk, omdat het publiek voor de bedoeling en de betekenis van regelgeving immers wel naar deze partijen zullen luisteren.

4. SOS Internet

Kortom, genoeg redenen om in hoger beroep nog eens naar de grondslag voor de Pirate Bay blokkade te kijken en daarbij in het bijzonder rekening te houden met de belangen van de internetgebruikers. Het is daarom toe te juichen dat het Steunfonds Open en Stabiel Internet (SOS Internet) aanstaande donderdag 23 februari 2012 een bijeenkomst organiseert om te onderzoeken of zij zich kunnen voegen in het hoger beroep. Voor iedereen die geïnteresseerd is, zie [hier](#) de uitnodiging.