



# BITS OF FREEDOM

VERDEDIGT DIGITALE BURGERRECHTEN

Stichting Bits of Freedom

Postbus 10746  
1001 ES Amsterdam

**M** +31(0)654386680  
**E** ot.vandaalen@bof.nl  
**W** www.bof.nl

Bankrekening 55 47 06 512  
Bits of Freedom, Amsterdam  
KVK-nr. 34 12 12 86

Aan de leden van de Vaste Commissie ELI

Betreft:

Openbaarheid voorbereidende documenten ACTA

Datum:

Amsterdam, 20 november 2011

Geachte heer, mevrouw,

1. Op 19 september 2011 heeft de Commissie Economische Zaken, Landbouw en Innovatie de regering verzocht de voorbereidende documenten over het Anti-Counterfeiting Trade Agreement (“ACTA”) te publiceren. Minister Verhagen heeft op 11 november 2011 laten weten dat de documenten enkel ter vertrouwelijke raadpleging voor de leden van de Kamer ter inzage gelegd kunnen worden.<sup>1</sup> **Het parlement zou hiermee niet akkoord moeten gaan en volledige openbaarheid moeten eisen:**

- **ACTA kan afhankelijk van de interpretatie verstreckende gevolgen hebben voor de communicatievrijheid en de privacy van de Nederlandse burger.** ACTA leidt mogelijk tot een three strikes-regime. ACTA kan in één klap een groot aantal individuele internetgebruikers criminaliseren. En kan ACTA de privacy van internetgebruikers aantasten.
- **Maar juist op het punt van die interpretatie biedt ACTA geen helderheid.** Uit de inhoud van ACTA blijkt niet wat de reikwijdte is van deze bepalingen. Dan moeten deze bepalingen worden geïnterpreteerd aan de hand van de voorbereidende documenten.
- **Deze onderhandelingsdocumenten zijn echter niet openbaar:** ACTA is namelijk in het geheim onderhandeld. Het is dan ook goed dat het parlement heeft verzocht de voorbereidende documenten openbaar te maken. Pas als die documenten openbaar zijn gemaakt kan het parlement op goede gronden beslissen of het ACTA goedkeurt.
- Nu de minister het parlement echter een zwijgplicht oplegt, **kunnen volksvertegenwoordigers hun conclusies niet delen met het brede publiek.** Dat blokkeert een onderbouwd debat over de gevolgen van ACTA. Het parlement zou daarom deze eis van Verhagen niet moeten accepteren.

2. Wij lichten dat hieronder toe.

<sup>1</sup> *Kamerstukken II 2011/12, 21 501-33, nr. 344.*

3. Tussen 2007 en 2010 onderhandelden grote industriële landen, waaronder de Verenigde Staten, de Europese Unie en Japan, in het geheim over het omstreden anti-piraterijverdrag ("ACTA"). De definitieve versie van ACTA is in december 2010 gepubliceerd. In Nederland zal ACTA pas van kracht worden nadat het Nederlandse parlement hiervoor zijn goedkeuring heeft verleend.

### ACTA leidt mogelijk tot een three strikes-regime in Nederland

4. ACTA bevat een aantal bepalingen die mogelijk verstreckende gevolgen hebben voor de privacy en de communicatievrijheid van de Nederlandse burger. De eerste bepaling, **artikel 27 lid 3**, verplicht verdragsstaten om samenwerking tussen bedrijven te stimuleren om auteursrecht- en merkinbreuken tegen te gaan: *"Each Party shall endeavour to promote cooperative efforts within the business community to effectively address trademark and copyright or related rights infringement while preserving legitimate competition and, consistent with that Party's law, preserving fundamental principles such as freedom of expression, fair process, and privacy"*.
5. Deze bepaling is vaag: het is niet duidelijk wat hiermee wordt bedoeld. Maar afhankelijk van de interpretatie biedt deze bepaling aanknopingspunten voor een verplichting van providers om gebruikers van internet af te sluiten, een zogenoemd "three strikes"-regime.<sup>2</sup> In een uitgelekt, waarschijnlijk authentiek, concept van ACTA is namelijk een eerdere versie van deze bepaling te vinden: daarin wordt bedrijven voorgeschreven om maatregelen te nemen om auteursrechtinbreuk te voorkomen. En een voetnoot bij deze eerdere versie noemt het afsluiten van herhaaldelijke inbreukmakers als voorbeeld van een afdoende maatregel (*"An example of such a policy is providing for the termination in appropriate circumstances of subscriptions and accounts in the service provider's system or network of repeat infringers"*).<sup>3</sup> Bovendien worden (varianten op) three strikes-regimes in de praktijk al ingezet in de hoop auteursrechtinbreuk te voorkomen: in de Verenigde Staten spreken providers met auteursrechthebbers af om inbreukmakende gebruikers van internet af te sluiten en in het Verenigd Koninkrijk zou de Digital Economy Act een wettelijk three strikes-regime introduceren.<sup>4</sup>
6. Zo een three strikes-regime is onwenselijk. Het afsluiten van internettoegang is een volstrekt onacceptabele inperking van het recht op vrijheid van meningsuiting.<sup>5</sup> Gelukkig heeft ook de Nederlandse regering om die reden aangegeven dat zij geen three strikes-regime wil invoeren en internetgebruikers wil beschermen tegen het lichtvaardig afsluiten van internet.<sup>6</sup> Zij ondersteunde ook een recent amendement op de Telecommunicatiewet, dat specificeert wanneer afsluiting is toegestaan en waarborgt dat mensen niet zomaar kunnen worden afgesloten van het internet.<sup>7</sup> Recent, in de Speerpuntenbrief Auteursrecht, benadrukt

---

2 Na (veelal) twee waarschuwingen, wordt een internetgebruiker die nog steeds illegaal auteursrechtelijk beschermd bestanden down- of uploadt, door de provider van het internet afgesloten.

3 Zie de leak van het ACTA internet chapter van maart 2010, beschikbaar via <https://sites.google.com/site/iipenforcement/acta> (klikken op: "Internet Chapter. March 1, 2010").

4 In de Verenigde Staten gaat het dus om zelfregulering (onlangs is door een coalitie van rechthebbenden en ISP's een "6 strike"-regime afgekondigd, zie bijvoorbeeld: <https://www.eff.org/deeplinks/2011/07/content-industry-and-isps-announce-common>), in het Verenigd Koninkrijk om wetgeving. Ook Frankrijk heeft een three strikes-regime geïmplementeerd in de zgn. Hadopi-wet.

5 Zo oordeelde ook het Franse constitutionele hof, dat in 2009 korte metten maakte met de Franse "Hadopi-wet" (die een three strikes-regime invoerde). Deze wet was "ongrondwettig", onder andere omdat de toegang tot het internet een fundamenteel recht is in de huidige informatiemaatschappij (want onderdeel van het recht op vrijheid van meningsuiting). Zie Conseil Constitutionnel, Décision n° 2009-580 DC van 10 juni 2009.

6 *Kamerstukken II 2009/10, 21 505-33 nr. 230.*

7 *Kamerstukken II 2010/11, 32549 nr. 40.*

staatssecretaris Teeven nog eens dat er in Nederland geen three strikes-wetgeving komt, omdat die benadering haaks staat op het streven van het kabinet om een open en toegankelijk internet te bevorderen.<sup>8</sup>

7. Gelet op de eerder uitgelekte versie van ACTA en de praktijk in andere landen, is dus denkbaar dat artikel 27 lid 3 leidt tot een three strikes-regime in Nederland. De eerdere, uitgelekte versie leert ons dat de onderhandelingspartijen een dergelijk regime uitdrukkelijk mogelijk en toelaatbaar achtten, terwijl het in de huidige versie bovendien *niet uitdrukkelijk wordt uitgesloten*. Of de bepaling inderdaad tot invoering van een three strikes-regime leidt, hangt af van wat partijen hebben besproken tijdens de onderhandelingen. Inzage in en debat over de voorbereidende stukken is daarom essentieel.

### ACTA leidt mogelijk tot criminalisering van de internetgebruiker

8. Ook **artikel 23 lid 1** van ACTA is van belang. Dit artikel verplicht landen tot het nemen van strafrechtelijke maatregelen bij opzettelijke inbreuken op commerciële schaal ("*Each Party shall provide for criminal procedures and penalties to be applied at least in cases of wilful trademark counterfeiting or copyright or related right piracy on a commercial scale*"). Het verdrag zelf verschaft weinig duidelijkheid over het begrip "commercial scale": dit zijn activiteiten gericht op direct of indirect economisch of commercieel voordeel ("*For the purposes of this Section, acts carried out on a commercial scale include at least those carried out as commercial activities for direct or indirect economic or commercial advantage*"). Maar nu ook "indirect" economisch voordeel onder deze definitie valt, is onduidelijk of het voor eigen gebruik downloaden door individuele gebruikers hieronder valt.
9. Tegelijkertijd blijkt uit gelekte ACTA-documenten dat deze strafrechtelijke handhaving in ieder geval oorspronkelijk wel degelijk gericht was op individuele downloaders, ongeacht of die voor privé-gebruik downloadden. In het gelekte "Outline Proposal" voor ACTA uit 2007 wordt uitdrukkelijk de mogelijkheid geopperd dat de strafrechtelijke handhaving zich ook uitstrekt tot internetpiraterij.<sup>9</sup> Het is goed mogelijk dat ook het downloaden voor privé-gebruik hieronder valt. En ook in later uitgelekte conceptversies van ACTA (van januari en april 2010) wordt in lid 1 van artikel 2.14 (het huidige artikel 23 lid 1) gesteld dat "*willful copyright or related rights piracy on a commercial scale*" ook omvat "*significant willful copyright infringements that have no direct or indirect motivation for financial gain*".<sup>10</sup> Er wordt niet uitgelegd wat "significant" infringements zijn, maar het is goed denkbaar dat een hoop Nederlandse downloaders aan dit criterium zullen voldoen. Bovendien: een miljoen "low-level" downloaders (op kleine schaal) zijn in de ogen van rechthebbenden ongetwijfeld "significant". Tot slot wordt in een uitgelekte ACTA-versie van juli 2010 door verschillende partijen geopperd dat "*each party may treat acts carried out by end consumers as outside the scope of this Section*"<sup>11</sup>, terwijl een dergelijk voorbehoud in de definitieve versie niet is terug te vinden. Dat is nog een aanwijzing dat ACTA er wel degelijk op gericht is om het downloaden voor privé-gebruik inderdaad strafbaar te stellen.

8 Speerpuntenbrief auteursrecht 20©20, 11 april 2011, p. 8.

9 Discussion paper on a Possible Anti-Counterfeiting Trade Agreement, 2007, p. 3-4. In dit paper geven de onderhandelingspartners hun visie op de bescherming van intellectuele-eigendomsrechten en de manier waarop deze kan worden uitgebreid door de totstandbrenging van een plurilateraal Anti-Counterfeiting verdrag. Het proposal is te vinden op <https://sites.google.com/site/iipenforcement/acta> (klikken op "Discussion Paper on a Possible Anti-Counterfeiting Trade Agreement" onder het kopje "2007").

10 Zie de conceptversies van ACTA ("Leaked Texts") van 18 januari 2010 respectievelijk maart 2010, beiden te vinden op <https://sites.google.com/site/iipenforcement/acta>.

11 Concept versie van ACTA van 1 juli 2010, te vinden op: <https://sites.google.com/site/iipenforcement/acta>.

10. Dat hier uitsluitel over komt is van groot belang, omdat ACTA mogelijk in één klap een groot aantal Nederlanders zou criminaliseren. Dit heeft bovendien gevolgen voor de informatie- en communicatievrijheid. Het is dan ook terecht dat de Nederlandse regering niet deze route wil kiezen: staatssecretaris Teeven stelt in zijn Speerpuntenbrief Auteursrecht dat er geen sprake mag zijn van het criminaliseren van internetgebruikers. Dit is niet effectief en belemmert een open en toegankelijk internet.<sup>12</sup>
11. Ook hier geldt dat de voorbereidende documenten meer duidelijkheid moeten verschaffen over de gevolgen voor individuele downloaders van artikel 23 lid 1 ACTA. Alleen zo kan worden bepaald of het downloaden voor privé-gebruik hieronder valt. Toegang tot deze documenten is daarom van groot belang.

### ACTA heeft implicaties voor de privacy van internetgebruikers

12. ACTA bevat daarnaast een aantal zeer ruim geformuleerde bepalingen die ertoe leiden dat afgifte van persoonlijke informatie verplicht wordt gesteld, zonder dat gebruikers onrechtmatig handelen. Op grond van artikel 11 kan een inbreukmaker ertoe verplicht worden om alle relevante informatie over een daadwerkelijke of vermoedelijke inbreuk te verstrekken. Die informatie omvat de identiteit van bij de vermoedelijke inbreuk betrokken personen. Artikel 27 lid 4 maakt het bovendien mogelijk dat een internet service provider wordt bevolen om persoonlijke informatie te verstrekken over onder andere de identiteit van personen in verband met daadwerkelijke of vermoedelijke inbreuken. Nu uitdrukkelijk wordt gesproken van *vermoedelijke* ("alleged") inbreuken en inbreukmakers, sluiten deze bepalingen niet uit dat een rechthebbende reeds op basis van een algemene, niet-concrete aanwijzing dat een inbreuk plaatsvindt, vertrouwelijke informatie kan verkrijgen. Welke mate van bewijs vereist is, wordt niet gespecificeerd (artikel 11 heeft het slechts over een "justified request" van de rechthebbende en artikel 27 vereist een "legally sufficient claim"). Hierbij kan worden gedacht aan het verstrekken persoonlijke gegevens van alle gebruikers die Bittorrent gebruiken (omdat Bittorrent-technologie ook wordt gebruikt voor auteursrechtinbreuken). Bovendien zal het opsporen van "alleged" infringers mogelijk een vergaande mate van monitoring van het internetverkeer vereisen, terwijl dit niet wordt uitgesloten. Of ACTA inderdaad tot deze onwenselijke situatie leidt, kan alleen maar worden beantwoord aan de hand van de voorbereidende stukken.

### De noodzaak van openbaarmaking van en inzage in de voorbereidende stukken

13. Op ACTA is het Verdrag inzake het verdragenrecht (ook wel het "Weens Verdragenverdrag") van toepassing, zo heeft de Europese Commissie uitdrukkelijk bevestigd.<sup>13</sup> Dit verdrag bepaalt in artikel 32 dat indien de bewoordingen van het betreffende verdragsartikel niet of onvoldoende duidelijkheid bieden, gekeken kan worden naar aanvullende interpretatiemiddelen, waaronder de voorbereidende handelingen en de omstandigheden waaronder het verdrag is gesloten ("*Recourse may be had to supplementary means of interpretation, including the preparatory work of the treaty and the circumstances of its conclusion, in order to confirm the meaning resulting from the application of article 31, or to determine the meaning when the interpretation according to*

<sup>12</sup> Speerpuntenbrief auteursrecht 20©20, 11 april 2011, p. 8-9.

<sup>13</sup> Zie Parliamentary question E-002345/2011, te vinden op: <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+WQ+E-2011-002345+0+DOC+XML+V0//EN>.

*article 31 [...] leaves the meaning ambiguous or obscure").*

14. Hierboven is gebleken dat een aantal bepalingen van ACTA vaag geformuleerd zijn en mogelijk vergaande implicaties kunnen hebben voor de privacy en informatievrijheid van de Nederlandse burger. De precieze reikwijdte hiervan zal slechts aan de hand van de voorbereidende documenten kunnen worden ingeschat. Het Nederlandse parlement kan zijn goedkeuring aan ACTA dus niet geven zolang de voorbereidende documenten niet openbaar zijn gemaakt en hierover een openbaar debat heeft plaatsgevonden.
15. De minister legt het parlement nu een zwijgplicht op en doorkruist daarmee dit debat. Het parlement moet vrijuit kunnen spreken over de gevolgen van ACTA. Dat is niet mogelijk als de stukken slechts vertrouwelijk ter inzage worden gelegd. Daarom moet het parlement niet akkoord gaan met deze voorwaarde dat de documenten slechts vertrouwelijk ter inzage worden gelegd.

**Conclusie: parlement moet oordeel onthouden tot alle stukken openbaar zijn**

16. Bits of Freedom dringt er daarom met klem op aan dat het Nederlandse parlement een goedkeuringsvoorstel van ACTA niet in behandeling neemt, in ieder geval tot alle voorbereidende stukken openbaar zijn gemaakt, zonder dat hieraan voorwaarden zijn verboden.
17. Pas als de voorbereidende stukken openbaar zijn, kan het parlement beslissen of het ACTA wil goedkeuren. In dit verband wil Bits of Freedom alvast opmerken dat er nog andere, meer fundamentele bezwaren aan ACTA kleven. Zo zal onder meer de verenigbaarheid van ACTA met het Europese acquis moeten worden onderzocht. Een ander fundamenteel bezwaar is het gebrek aan transparantie tijdens de ACTA-onderhandelingen en de ondemocratische wijze waarop ACTA tot stand is gekomen. Ook beperkt ACTA de flexibiliteit in handhaving, door het auteursrechtbeleid nog verder vast te leggen in een internationaal verdrag. Hierdoor wordt het voor Nederland steeds moeilijker om een eigen, innovatief en flexibel beleid op het gebied van auteursrechthandhaving te voeren.
18. Bits of Freedom vertrouwt erop u hiermee voldoende te hebben geïnformeerd en houdt zich graag beschikbaar voor een nadere toelichting als daaraan behoefte bestaat.

Hoogachtend,

Ot van Daalen

**Directeur Bits of Freedom**