



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

Notitie

Betreft

Fundamentele bezwaren tegen ACTA

Datum

Amsterdam, 7 februari 2012

1. Tussen 2007 en 2010 onderhandelden grote industriële spelers, waaronder de Verenigde Staten, de Europese Unie en Japan, achter gesloten deuren over het omstreden Anti-Counterfeiting Trade Agreement ("**ACTA**"). Dit verdrag heeft ten doel de wereldwijde handhaving van intellectuele-eigendomsrechten te versterken. In december 2010 is de definitieve versie van ACTA gepubliceerd. ACTA kan echter pas in Nederland in werking treden nadat het Nederlandse parlement hiervoor zijn goedkeuring heeft verleend. De vraag is of het deze goedkeuring zou moeten verlenen. Naar de mening van Bits of Freedom is ACTA onverenigbaar met het grondrecht op communicatievrijheid en privacy, en zou het parlement zijn goedkeuring aan ACTA daarom moeten onthouden:
 - Diverse bepalingen uit ACTA kunnen verstrekkende gevolgen hebben voor de communicatievrijheid en de privacy van de Nederlandse burger. ACTA leidt mogelijk tot een three strikes-regime in Nederland. Verplichte websiteblokkades door internetproviders kunnen niet op voorhand worden uitgesloten. Daarnaast kan ACTA in één klap een groot aantal Nederlandse internetgebruikers criminaliseren. Tot slot worden providers door ACTA verplicht tot afgifte van persoonlijke informatie zonder concreet bewijs van onrechtmatig handelen.
 - ACTA gaat bovendien verder dan het Europese acquis. Het biedt daarmee aanknopingspunten voor een verdergaande handhaving dan onder het huidige Europese recht is toegestaan.
 - Tegelijkertijd schiet ACTA tekort in het waarborgen van fundamentele rechten en beginselen, door niet te voorzien in specifieke voorbeholden en beperkingen bij de afzonderlijke handhabingsbepalingen, terwijl juist op een terrein met veel implicaties voor de informatievrijheid en privacy meer concrete waarborgen nodig zijn.
 - ACTA is op ondemocratische en ontransparante wijze tot stand gekomen, waardoor belanghebbenden vrijwel geen inspraak hebben gehad.
 - Door het auteursrechtbeleid verder vast te leggen in een internationaal verdrag, beperkt ACTA de flexibiliteit in handhaving.

ACTA leidt mogelijk tot een three strikes-regime en websiteblokkades

2. ACTA bevat een aantal bepalingen die mogelijk verstrekkende 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.¹ Afhankelijk van de interpretatie biedt deze bepaling aanknopingspunten voor een verplichting van providers om gebruikers van internet af te sluiten, een zogenaamd "three strikes"-regime.² In een uitgelekt, waarschijnlijk authentiek, concept van ACTA is 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.³ Onderhandelingspartijen achtten een dergelijk regime dus uitdrukkelijk mogelijk en toelaatbaar, terwijl het in de huidige versie *niet uitdrukkelijk wordt* uitgesloten. Bovendien worden (varianten op) three strikes-regimes in de praktijk al ingezet in de hoop auteursrechtinbreuk te voorkomen.⁴ De voorbereidende stukken van ACTA zouden hierover wellicht duidelijkheid kunnen verschaffen, maar zijn helaas niet openbaar gemaakt.
3. Een three strikes-regime is onwenselijk. Het afsluiten van internettoegang is een onacceptabele beperking van de informatie- en communicatievrijheid.⁵ Gelukkig heeft ook de Nederlandse regering aangegeven dat zij geen three strikes-regime wil invoeren en internetgebruikers wil beschermen tegen het lichtvaardig afsluiten van internet.⁶ In de Speerpuntenbrief Auteursrecht, benadrukt Staatssecretaris Teeven zelfs dat die benadering haaks staat op het streven van het kabinet om een open en toegankelijk internet te bevorderen.⁷
4. Daarnaast is denkbaar dat op grond van artikel 27 lid 3 internetproviders verplicht zouden worden om de toegang tot bepaalde (inbreukfaciliterende) websites te blokkeren. Ook websiteblokkades behelzen een aanzienlijke inperking van de informatie- en communicatievrijheid en zijn om die reden onwenselijk. Alle informatie op de geblokkeerde websites wordt immers ontoegankelijk gemaakt voor bezoekers, inclusief rechtmatige informatie, nu in de toekomst.

1 Dit bepaalt: "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".

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"). De betreffende voetnoot luidt: "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".

4 In de Verenigde Staten spreken providers - op basis van zelfregulering - met auteursrechthebbers af om inbreukmakende gebruikers van internet af te sluiten (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>) en in het Verenigd Koninkrijk zou de Digital Economy Act een wettelijk three strikes-regime introduceren. 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. 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 (Kamerstukken II 2010/11, 32549 nr. 40).

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

ACTA leidt mogelijk tot criminalisering van de internetgebruiker

5. Ook artikel 23 lid 1 van ACTA heeft mogelijk verstrekkende gevolgen. Dit artikel verplicht landen tot het nemen van strafrechtelijke maatregelen bij opzettelijke inbreuken op commerciële schaal.⁸ Het verdrag zelf verschaft weinig duidelijkheid over het begrip "commercial scale": dit zijn in ieder geval activiteiten gericht op direct of indirect economisch of commercieel voordeel ("*commercial activities for direct or indirect economic or commercial advantage*"). Omdat ook "indirect" economisch voordeel onder deze definitie valt, is onduidelijk of het voor eigen gebruik downloaden door individuele gebruikers hieronder valt.
6. Tegelijkertijd blijkt uit gelekte ACTA-documenten dat deze strafrechtelijke handhaving in ieder geval oorspronkelijk wel degelijk mede gericht was op individuele downloaders, ongeacht of die voor privé-gebruik downloaden. In het gelekte "Outline Proposal" voor ACTA uit 2007 is uitdrukkelijk de mogelijkheid geopperd dat de strafrechtelijke handhaving zich ook uitstrekt tot "internetpiraterij".⁹ Het is goed mogelijk dat ook het downloaden voor privé-gebruik hieronder valt. Ook in later uitgelekte conceptversies van ACTA wordt gesteld dat "*willfull 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*".¹⁰ Er wordt niet uitgelegd wat "significant" "infringements" zijn, maar het is goed denkbaar dat een hoop Nederlandse downloaders aan dit criterium zullen voldoen. Bovendien: meer dan een miljoen 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*", terwijl een dergelijk voorbehoud in de definitieve versie niet is terug te vinden.¹¹
7. In dit verband verdient nog opmerking dat de definitie die ACTA aan het begrip "commercial scale" geeft, niet overeenstemt met de term "commercial scale" in artikel 61 van het TRIPs-verdrag.¹² Dit internationale verdrag is een belangrijke leidraad bij de uitleg van internationaal toegepaste termen in het kader van de bescherming van intellectuele-eigendomsrechten. Het tribunaal dat dit verdrag uitlegt, heeft bepaald dat voor de uitleg van de term "commercial scale", onderzocht moet worden of de inbreuken plaatsvonden "*on the magnitude or extent of typical or usual commercial activity with respect to a given product in a given market*".¹³ Het panel stelt tegelijkertijd uitdrukkelijk dat persoonlijke of huiselijke activiteiten doorgaans niet op een "commercial scale" zullen zijn.¹⁴ ACTA lijkt de

8 De bepaling luidt: "*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*".

9 Discussion paper on a Possible Anti-Counterfeiting Trade Agreement, 2007, p. 3-4. In dit paper (waarin de eerste aanzet wordt gegeven voor de totstandbrenging van een anti-namaal Verdrag) 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>. 8. Zie lid 1 van artikel 2.14 (het huidige artikel 23 lid 1).

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

12 De Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights (TRIPs). Dit verdrag trad in 1995 in werking en is onderdeel van de WTO-verdragen. Het geeft minimum-standaarden voor de bescherming en handhaving van intellectuele-eigendomsrechten. Artikel 61 van TRIPs luidt voor zover relevant: "*Members shall provide for criminal procedures and penalties to be applied at least in cases of wilful trademark counterfeiting or copyright piracy on a commercial scale [...]*".

13 WTO Panel Report, China - Measures Affecting the Protection and Enforcement of Intellectual Property Rights, WT/DS362/R (January 26, 2009), paragraaf 7.577. Het rapport is te vinden op: http://wto.org/english/tratop_e/cases_e/ds362_e.htm.

14 WTO Panel Report paragraaf 7.544: ("*...commercial activities [...] would generally be larger than, say, "personal" or*

strafrechtelijke handhaving dus te willen oprekken door een bredere definitie van het begrip "commerciële schaal" te geven, waar mogelijk ook het downloaden voor privégebruik onder valt.

8. Dat hierover uitsluitel 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, omdat de dreiging van strafrechtelijke handhaving een afschrikkend effect kan hebben op het uitwisselen van informatie via het internet . Staatssecretaris Teeven stelt in zijn Speerpuntenbrief Auteursrecht dan ook terecht dat er geen sprake mag zijn van het criminaliseren van internetgebruikers, omdat dit niet effectief is en een open en toegankelijk internet belemmert.¹⁵ Ook het Europees Parlement stelde in 2007 in het kader van de harmonisatie van strafrechtelijke handhaving van intellectuele-eigendomsrechten duidelijk dat activiteiten door individuele gebruikers voor persoonlijk gebruik en zonder winstoogmerk onder geen beding onder het strafrecht mochten vallen.¹⁶

ACTA heeft implicaties voor de privacy van internetgebruikers

9. ACTA bevat daarnaast een aantal zeer ruim-geformuleerde bepalingen die ertoe leiden dat afgifte van persoonlijke informatie verplicht wordt gesteld, ook zonder dat gebruikers aantoonbaar onrechtmatig handelen. Op grond van artikel 11 ACTA kan een inbreukmaker ertoe verplicht worden om alle relevante informatie over een daadwerkelijke of vermoedelijke inbreuk te verstrekken, inclusief 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, sluit deze bepalingen niet uit dat een rechthebbende reeds op basis van een algemene, niet-concrete aanwijzing dat een inbreuk plaatsvindt, vertrouwelijke informatie kan verkrijgen over personen die zich mogelijk helemaal niet schuldig hebben gemaakt aan inbreuken. 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"). Het lijkt er bijvoorbeeld op dat een ISP er op basis van artikel 27 lid 4 toe bevolen kan worden de persoonlijke gegevens van alle gebruikers van BitTorrent te verstrekken (omdat BitTorrent mede wordt gebruikt voor het uitwisselen van auteursrechtelijk beschermd materiaal).
10. Het gaat bij beide artikelen om zeer persoonlijke of anderszins privacy-gevoelige informatie, terwijl de algemeen geformuleerde voorbehouden, opgenomen in artikel 11 en artikel 27 lid 4¹⁷, de privacybelangen van intergebruikers onvoldoende beschermen. Naar de mening van Bits of Freedom zijn hiervoor duidelijker waarborgen nodig: het zou alleen mogelijk moeten zijn om informatie te verkrijgen over personen waarvan op overtuigende

"domestic" use...").

15 Speerpuntenbrief auteursrecht 20©20, 11 april 2011, p. 8-9.

16 Position of the European Parliament adopted at first reading on 25 April 2007 with a view to the adoption of Directive 2007.../EC of the European Parliament and the Council on criminal measures aimed at ensuring the enforcement of intellectual property rights (EP-PE_TC1-COD(2005)0127). Te vinden op: <http://www.europarl.europa.eu/document/activities/cont/200902/20090218ATT49831/20090218ATT49831EN.pdf>.

17 Artikel 11: "without prejudice to its law governing privilege, the protection of confidentiality of information sources, or the processing of personal data" en artikel 27 lid 4 12: "these procedures shall be implemented in a manner that avoids the creation of barriers to legitimate activity, including electronic commerce, and, consistent with that Party's law, preserves fundamental principles such as freedom of expression, fair process, and privacy".

wijze is aangetoond dat zij inbreuk maken op intellectuele-eigendomsrechten. Ook dan moet de plicht tot afgifte van deze informatie worden getoetst aan het grondrecht op privacy en het grondrecht op communicatievrijheid, waarbij het overigens voor de hand ligt dat bij inbreuken op kleine schaal deze gegevens niet snel zullen worden verstrekt. In dit verband verwijzen wij graag naar de paragrafen 13 en 14 hieronder, waar meer uitgebreid wordt ingegaan op de procedurele waarborgen die ACTA biedt en de tekortkomingen daarvan.

ACTA gaat wel degelijk verder dan de Europese regels

11. De Europese Commissie heeft tijdens de onderhandelingen steeds het standpunt verdedigd dat ACTA niet tot wijziging van het EU-acquis zou leiden. Dat is onjuist. Uit academische analyses blijkt namelijk dat ACTA op sommige gebieden wel degelijk verder gaat dan het acquis.¹⁸ Het biedt daarmee aanknopingspunten voor een verdergaande handhaving ten opzichte van internetgebruikers en innovatieve bedrijven dan onder het huidige EU-recht is toegestaan:

- ACTA (artikel 8) en de Europese Handhavingsrichtlijn (artikel 11) maken het beiden mogelijk dat de rechter **een bevel tot staking** van de inbreuk tegen de inbreukmaker kan uitvaardigen. ACTA voorziet echter – anders dan de Handhavingsrichtlijn (artikel 12) – niet in een alternatief dat het onder voorwaarden mogelijk maakt om in plaats van een rechterlijk verbod de inbreukmaker een geldelijke schadeloosstelling ("*pecuniary compensation*") te laten betalen.
- Ook op het gebied van **schadevergoeding** ("*damages*") verschilt ACTA van de Handhavingsrichtlijn. Een aantal van de criteria die artikel 9 lid 1 ACTA hanteert voor het bepalen van de hoogte van de schadevergoeding - de waarde van de inbreukmakende goederen of diensten gemeten ten opzichte van de prijs, dan wel de verkoopprijs - stemmen namelijk niet overeen met het criterium uit de Handhavingsrichtlijn dat de schadevergoeding "passend" moet zijn in relatie tot de schade die de rechthebbende als gevolg van de inbreuk heeft geleden ("*appropriateness of the damage to the actual prejudice suffered*", artikel 13 Handhavingsrichtlijn).¹⁹ Deze factoren die ACTA noemt zijn relevant noch geschikt om de daadwerkelijk geleden schade van de rechthebbende te bepalen. Bovendien kan een schadevergoeding hierdoor te hoog uitvallen.
- Zowel onder ACTA (artikel 12) als de Handhavingsrichtlijn (artikel 9 lid 4) is het mogelijk dat voorlopige of conservatoire maatregelen genomen worden zonder **de wederpartij te horen** ("*inaudita altera parte*"), met dien verstande dat de Handhavingsrichtlijn daarbij uitdrukkelijk voorziet in een aantal procedurele waarborgen (het informeren van de wederpartij, de verplichting van eiser om tijdig een bodemprocedure in te stellen) en ACTA niet.
- Dat ACTA op het gebied van strafrechtelijke handhaving verder gaat dan het Europese acquis, staat buiten kijf, omdat EU-harmonisatie op dit punt ontbreekt. Europese harmonisatie op het gebied van strafrechtelijke handhaving is in het verleden overigens wel overwogen, maar is wegens het controversiële karakter tot op heden niet

18 Zie bijvoorbeeld de "Opinion of European Academics on the Anti-Counterfeiting Trade Agreement", February, 2011 (te vinden op: <http://www.statewatch.org/news/2011/jul/acta-academics-opinion.pdf>) en "The Anti-Counterfeiting Trade Agreement (ACTA) An Assessment" van het Directorate-General for External Policies Policy Department (te vinden op: http://www.erikjosefsson.eu/sites/default/files/DG_EXPO_Policy_Department_Study_ACTA_assessment.pdf).

19 Bij het vaststellen van een passende schadevergoeding mag volgens de richtlijn rekening worden gehouden met een aantal relevante factoren (zoals winstderving, de onrechtmatige winst die de inbreukmaker heeft genoten en morele schade van de benadeelde), maar niet met de hierboven genoemde factoren uit ACTA.

geïntroduceerd. Wel heeft het Europees Parlement tijdens de onderhandelingen telkens benadrukt dat activiteiten van individuele internetgebruikers voor persoonlijk gebruik buiten het bereik van het strafrecht moeten vallen. Dit is - zoals hierboven reeds aan de orde kwam - waarschijnlijk niet in overeenstemming met artikel 23 van ACTA, dat mogelijk het downloaden voor privégebruik strafbaar stelt.

12. Mocht de Handhavingsrichtlijn in de toekomst worden herzien (en dit is niet ondenkbaar, nu dit in het verleden al is overwogen), dan zou ACTA mogelijk als richtsnoer kunnen worden genomen om de reikwijdte van de handhaving uit te breiden.²⁰ Het verhoogde risico op rechterlijke verboden, hoge schadevergoedingen en strafrechtelijke maatregelen – zonder voldoende waarborgen – heeft een remmend effect op het gebruik van het internet als middel voor de verspreiding van en toegang tot informatie en daarmee op de de informatie- en communicatievrijheid van burgers. Bovendien zal het risico van hoge schadevergoedingen en strafrechtelijke maatregelen de innovatie remmen, nu hiermee nieuwe bedrijfsmodellen worden ontmoedigd.
13. De Europese Commissie heeft zich overigens in een reactie op de "Opinion of European Academics" opnieuw op het standpunt gesteld dat ACTA niet verder gaat dan het bestaande Europese acquis.²¹ De Commissie verwijst daarbij voortdurend naar de algemene "safeguards" die zijn opgenomen in (met name) hoofdstuk 1 van ACTA en die de fundamentele beginselen (privacy, fair process, proportionaliteit etc.) zouden waarborgen (artikelen 4, 6, 11 en 27.5).²² Al die artikelen zijn echter zo breed geformuleerd dat zij in concrete situaties weinig richtinggevend zijn. Simpelweg zeggen dat handhavingsmaatregelen in lijn moeten zijn met fundamentele rechten, is niet genoeg. ACTA voorziet in minimum-waarborgen, terwijl op een terrein dat raakt aan zoveel fundamentele grondrechten juist concrete en duidelijk omschreven waarborgen en/of beperkingen nodig zijn. Bovendien lijken de algemene waarborgen uit ACTA (en dan met name artikel 4) zich enkel te richten tot de *staten* zelf (zo stelt artikel 4: "*Nothing in this Agreement shall require a Party to disclose...*"), en er is dus niet gewaarborgd dat ook private entiteiten (zoals interproviders) gebonden zijn aan de gestelde voorwaarden. De Europese Commissie stelt dat de bepalingen in ACTA - in verband met de verschillende juridische tradities van de verdragsluitende staten - bewust zo algemeen zijn geformuleerd, opdat de verdragsstaten flexibiliteit en beleidsruimte hebben om op hun eigen manier uitvoering te geven aan het verdrag. Opvallend is echter dat alléén de bepalingen die voorzien in waarborgen en/of beperkingen in vage en algemene bepalingen zijn neergelegd, terwijl de (verstrekkende) handhavingsmogelijkheden in ACTA nu juist wél concreet en specifiek omschreven zijn. De conclusie dringt zich dan ook op dat ACTA de juridische bescherming van iemand die beschuldigd wordt van inbreuk op intellectuele-eigendomsrechten uitholt ten gunste van de houders van deze rechten.
14. Tot slot heeft ACTA extra vergaande gevolgen voor derde landen die geen of een minder veelomvattend mensenrechten-kader hebben dan de Europese Unie. Hierdoor handelt de

20 De Handhavingsrichtlijn wordt ook wel de "Intellectual Property Rights (IPR) Enforcement Directive", ofwel "IPRED", genoemd. Toen werd onderhandeld over de harmonisatie van strafrechtelijke handhaving (in de vorm van een herziening van de oorspronkelijke richtlijn), werd gesproken van "IPRED2".

21 Comments on the "Opinion of European Academics on Anti-Counterfeiting Trade Agreement", 27-04-2011, te vinden op: http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2011/april/tradoc_147853.pdf.

22 Artikel 4 ACTA bepaalt dat het verdrag geen afbreuk doet aan de nationale regelgeving van verdragsstaten op het gebied van privacy en de bescherming van persoonlijke informatie, artikel 6 behelst een algemeen geformuleerd, "fair process" en- proportionaliteitsvereiste. Vergelijkbare clausules zijn voor de vrijheid van meningsuiting opgenomen in de informatie-bepalingen van ACTA (artikel 11 en 24 lid 7).

EU - door ACTA te ondersteunen en te ratificeren - in strijd met haar eigen regels. Derde landen hoeven bij de implementatie van ACTA immers slechts de algemene waarborgen uit ACTA in acht te nemen, met als gevolg dat zij een handhavingskader tot stand kunnen brengen dat significant afbreuk doet aan fundamentele rechten. EU-landen zijn op basis van het EU-verdrag echter verplicht om democratie, de rechtsstaat en fundamentele rechten als de vrijheid van meningsuiting en privacy te handhaven en bevorderen, zowel binnen de EU als in hun relaties met andere landen.²³

ACTA is op ondemocratische en ontransparante wijze tot stand gekomen

15. Zoals bekend, is ACTA achter gesloten deuren tot stand gekomen. Dit gebrek aan transparantie is het gevolg van een bewuste keuze van partijen om de onderhandelingen niet via gevestigde internationale organen als WIPO en WTO te laten lopen, hoewel deze instituties voorzien in regels over voorlichting en raadpleging van het publiek en private organisaties. Hierdoor kregen belanghebbenden vrijwel geen inspraak en werd het democratisch proces bewust omzeild. Niet alleen het Europees Parlement, maar ook andere belanghebbenden en landen als Brazilië, Rusland, India en China (nota bene landen waar veel namaakproducten worden geproduceerd) hadden geen inspraak.
16. Goedkeuring achteraf kan dit gebrek aan transparantie en inspraak niet wegnemen. Daarbij komt dat er een onwenselijke precedentwerking van de totstandkoming van ACTA uitgaat. Bovendien bepaalt het Verdrag van Wenen inzake het verdragenrecht (ook wel het "Weens Verdragenverdrag") dat de voorbereidende stukken (de wetsgeschiedenis) van verdragen een rol spelen bij de interpretatie ervan. Nu de onderhandelingsstukken niet openbaar zijn, moet het Nederlandse parlement over een verdrag stemmen waarvan zij de reikwijdte niet kan inschatten.

ACTA beperkt flexibiliteit in handhaving

17. Tot slot 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. Een voorbeeld is dat ACTA onder bepaalde omstandigheden strafrechtelijke handhaving bij auteursrechtinbreuk voorschrijft, terwijl het uitgangspunt van het Openbaar Ministerie bij de bestrijding van inbreuken op intellectuele-eigendomsrechten nu juist civielrechtelijke handhaving door de rechthebbende zelf is.²⁴ Meer in het algemeen sluit ACTA een herbezinning en modernisering van het auteursrecht, teneinde dit beter te laten aansluiten op de informatievrijheid en het digitale tijdperk, bij voorbaat uit. Ondertussen hebben het kabinet en het parlement herhaaldelijk aangegeven dat auteursrechtherziening, zowel op het gebied van inhoud als procedure, hard nodig is. Zo stelde onder andere Minister Verhagen tijdens de behandeling van het wetsvoorstel Wijziging van de Telecommunicatiewet op 8 juni 2011 dat het auteursrecht "volkomen achterhaald" is door de digitale ontwikkelingen, en dat het auteursrecht moet worden aangepast aan de eenentwintigste eeuw.

* * *

23 Zie artikel 177 lid 2 Treaty on European Union, te vinden op: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2006:321E:0001:0331:EN:PDF>.

24 Aanwijzing intellectuele-eigendomsfraude, 12 december 2005, (2005A022)