



Notitie

Aan

de betreffende vertegenwoordigers van de ministeries van Buitenlandse Zaken, Economische Zaken, Financiën, Justitie, Volksgezondheid, Welzijn en Sport.

Van

TNO Informatie- en Communicatietechnologie

Onderwerp

Reactie van TNO op de consultatie omtrent ACTA

www.tno.nl

T 015 2696900

Datum

2 juni 2010

Contactpersoon

Prof. dr. ir. E. Huizer
Directeur Kennis

De Nederlandse Organisatie voor Toegepast Natuurwetenschappelijk Onderzoek – TNO, hier vertegenwoordigd door haar afdeling Informatie en Communicatietechnologie, stelt prijs op de door u geboden gelegenheid om haar zienswijze met betrekking tot het draft Anti-Counterfeiting Trade Agreement (ACTA) toe te lichten.

TNO

TNO is een publiekrechtelijke, doch van de Nederlandse overheid onafhankelijke organisatie die zich richt op het toepasbaar maken en maatschappelijk uitnutten van wetenschappelijke kennis. Daartoe verricht TNO niet alleen onderzoek met een natuurwetenschappelijk karakter, maar eveneens socio/economisch gericht onderzoek naar de perceptie en maatschappelijke effecten van technologische ontwikkelingen. Op basis van de gevonden resultaten adviseert TNO met enige regelmaat zowel het bedrijfsleven als de Nederlandse en Europese overheden. Tot onze opdrachtgevers uit het bedrijfsleven behoren zowel (organisaties van) houders van rechten van intellectuele eigendom als partijen die worden beticht van inbreuk op dergelijke rechten. In opdracht van de overheid heeft TNO recentelijk, samen met IVIR en SEO gerapporteerd over de economische effecten van P2P/filesharing¹. De TNO-opinie moet ook vooral worden beschouwd als een bijdrage aan het socio-economische debat rond ACTA en zeker niet als een juridische beschouwing.

ACTA

TNO merkt op dat de naam Anti-Counterfeiting Trade Agreement in hoge mate misleidend is. De scope van ACTA is in het beschikbaargestelde concept immers niet beperkt tot het sanctioneren van de handel in namaakartikelen. De termen “counterfeiting” en “namaak” suggereren dat de scope van ACTA is beperkt tot fysieke producten. De bepalingen van ACTA strekken zich echter ook, en voor een belangrijk deel, uit over intellectuele eigendomsrechten die niet in fysieke producten zijn belichaamd, maar die kunnen worden openbaar gemaakt en verveelvoudigd in elektronische vorm. Het onderdeel Informatie en Communicatietechnologie van TNO, verantwoordelijk voor deze opinie, houdt zich nadrukkelijk bezig met de maatschappelijke impact van informatietechnologie en daaraan gerelateerde wet en regelgeving. Het materiële deel van deze opinie van TNO beperkt zich derhalve tot de ICT en Internetgerelateerde aspecten van ACTA. Wij zijn ons ervan bewust dat hiermee andere, maatschappelijk zeer relevante, aspecten van ACTA wellicht onderbelicht zullen blijven. Wij refereren hierbij slechts aan de problematiek rond de parallelimport en doorvoer van generieke geneesmiddelen (indien het octrooirecht alsnog onder de scope van de douanebepalingen van het ACTA zal worden gebracht).



TNO stelt hierbij voorop dat de vitaliteit en het concurrentievermogen van het Nederlandse bedrijfsleven is gebaat bij een open maar goed gereguleerde markt voor auteursrechtelijk te beschermen producten. Dat omvat onder meer audiovisuele content (zoals films, muziek, boeken), maar ook (bijvoorbeeld) software en gaming-producten. Een open internationale markt vereist daarbij een zekere mate van harmonisatie tussen de nationale wetgevingen in zowel het materiële I.E-recht als in de procesrechtelijke aspecten met betrekking tot opsporing en handhaving. Het spreekt daarom ook voor zich dat in internationaal verband goede en sluitende afspraken gemaakt dienen te worden over de bescherming van onderliggende rechten van intellectuele eigendom. Daarbij is zeker geen sprake van een “greenfield” scenario. Mondiaal stelt het het TRIPS-agreement, dat in het kader van de WTO tot stand is gekomen, reeds een stevige ondergrens voor de IP-bescherming die de verdragsstaten in hun nationale wetgeving dienen te bieden. Daarnaast zijn in WIPO verband de zgn. Wipo Copyright Treaties tot stand gekomen. In EU-verband kan bijvoorbeeld worden verwezen naar de Handhavingsrichtlijn en de Anti Piraterij Verordening. Gezamenlijk vormen de bovengenoemde regelingen de kern van het huidige Europese kader met betrekking tot counterfeiting en piraterij.²

www.tno.nl

T 015 2696900

Datum

2 juni 2010

Contactpersoon

Prof. dr. ir. E. Huizer
Directeur Kennis



www.tno.nl

T 015 2696900

Kanttekeningen bij de totstandkoming van ACTA (Legitimatie van ACTA en haar totstandkominggeschiedenis)

Bij het herformuleren en aanscherpen van rechten van intellectuele eigendom (althans de handhaving daarvan) dient te worden bedacht dat bij ieder van deze rechten binnen het nationale recht en het communautair acquis sprake is van een “quid pro quo”, een uitruil tussen adequate bescherming van de individuele belangen van de houder van het recht, versus de belangen van de burger en de maatschappij. Zo verleent een octrooirecht een tijdelijk monopolie aan de octrooihouder, maar is de octrooihouder evenzeer verplicht om de vinding publiek te maken zodat aldus de stand van de techniek wordt opgehoogd. Ook zijn rechten van intellectuele eigendom doorgaans begrenst door andere rechten. Zo zijn er vrijwel altijd interfaces met het mededingingsrecht en met de grondrechten. Ook het auteursrecht kent zijn “checks and balances”. Bijvoorbeeld in de vorm van het recht (backup) kopieën voor eigen gebruik te vervaardigen, het recht tot reverse-engineering van software ter achterhaling van interfacespecificaties, maar ook uitzonderingen op het uitsluitende recht van de auteursrechthouder met betrekking tot nieuwsgaring en onderwijs. Ook kan de handhaving van het auteursrecht, zeker in het digitale domein, op gespannen voet staan met het privacyrecht. Herziening van het bestaande regime, hetgeen met ACTA wordt beoogd, dient daarom terdege maatschappelijk te worden getoetst, waarbij nadrukkelijk ook een platform moet worden geboden aan de belanghebbenden bij de voornoemde “checks and balances”.

Datum

2 juni 2010

Contactpersoon

Prof. dr. ir. E. Huizer
Directeur Kennis

ACTA is een gemeenschappelijk initiatief van de Verenigde Staten en Japan, waarbij is gekozen voor een “plurilaterale” opzet. Namens Nederland neemt de Europese Commissie deel aan de onderhandelingen. Van meet af aan hebben de ACTA-deelnemers de ACTA-documenten en onderhandelingen als vertrouwelijk behandeld waarbij slechts mondjesmaat uitgangspunten naar buiten zijn gebracht. Ook merken wij op dat de publieke consultatie, waarop TNO thans respondeert, betrekking heeft op de voorlaatste versie van de tekst nu de resultaten van de Luzern-ronde. Een en ander betekent dat ook thans nog geen effectieve en gedetailleerde maatschappelijke discussie kan plaatsvinden. Een discussie die naar ons oordeel noodzakelijk is om te komen tot een welafgewogen geheel waarin de belangen van alle maatschappelijke stakeholders zijn meegenomen. Ook ontbreekt een toelichting en context waardoor de respondenten in een aantal gevallen moeten gissen naar de juiste duiding van enkele begrippen en bepalingen. Een aantal kernbegrippen, waaronder de termen “counterfeiting” en “piracy” is zelfs in het geheel niet gedefinieerd of omschreven. Dit gaat uiteraard ten koste van de effectiviteit van deze consultatie en uiteindelijk dus ook van de democratische legitimatie van de hierop gebaseerde overheidsstandpunten.

Dit alles neemt echter niet weg dat wel degelijk, maar op hoofdlijnen, commentaar mogelijk is op het thans voorliggende concept en de totstandkoming daarvan. Op basis van gepubliceerde uitgangspunten en eerder uitgelekte documenten zijn in de internationale vakliteratuur kritische noten geplaatst bij de opzet van de organisatie en de totstandkoming van eerdere conceptversies. Bijvoorbeeld prof. McManis³ noemt in dit verband een aantal controversiële aspecten. Indien de stellingen van McManus juist zijn, dan moet bijzondere voorzichtigheid worden betracht bij de overname van ACTA-teksten die tot stand zijn gekomen naar aanleiding van bekritiseerde Amerikaanse USTR consultatie. Naar de stellingen van McManus ten aanzien van ACTA



wordt hier overigens primair ter informatie van de lezer verwezen. TNO heeft géén zelfstandig onderzoek verricht naar deze aspecten en of zij feitelijk of speculatief zijn. Dat zou ook vrijwel onmogelijk zijn vanwege het gesloten karakter van de ACTA-onderhandelingen. Derhalve neemt TNO ten aanzien van deze aspecten geen eigen stelling in. Wat echter ook zij van de objectieve juistheid van het artikel van McManus, het artikel is illustratief voor de negatieve beeldvorming die in academische kringen in de VS is ontstaan rond ACTA. Deze negatieve beeldvorming kan ook in Europa leiden publieke en politieke discussie en derhalve tot verkleining van het maatschappelijke en politieke draagvlak.

www.tno.nl

T 015 2696900

Datum

2 juni 2010

Contactpersoon

Prof. dr. ir. E. Huizer
Directeur Kennis



Inhoudelijke commentaar mbt internet piracy

De huidige (voorlaatste) concepttekst van ACTA komt materieel deels overeen met het huidige nationale/communautaire regime. Dit is uiteraard afhankelijk van de opties waarvoor de verdragsluitende staten nog moeten beslissen en waarover tot dusverre geen standpunten naar buiten zijn gebracht. Voorafgaande aan een inhoudelijke bespreking van het ACTA-concept merken wij op dat de kernbegrippen “counterfeit” en “piracy” nergens in het ACTA-ontwerp zijn gedefinieerd. Dit is opvallend omdat reeds in april 2009 door het Office of the US Trade Representative naar buiten gebrachte “Summary of Key Elements” dergelijke definities ontbraken. De maatschappelijke kritiek hierop heeft sindsdien niet geleid tot opname van een definitie van beide begrippen.

Naar de gangbare uitleg heeft “Counterfeiting” betrekking op merkvervalste goederen. TNO richt zich met deze opinie echter op de ICT en internet gerelateerde aspecten van ACTA en laat dit issue daarom verder onbesproken. Met het begrip “piracy” wordt waarschijnlijk bedoeld op inbreuken op het auteursrecht en “related rights”. Hierbij tekent TNO aan dat onder het begrip “related rights” verschillen bestaan tussen de landen met een *common law* systeem en die met een *civil law* systeem. Aldus bestaat het gevaar van begripsverwarring tussen de Europese landen en de VS.⁴. Ook McManus signaleert dit probleem en verwijst naar de controverses onder het bestaande regime met betrekking tot generieke medicijnen en filesharing. Het is aldus wenselijk dat alsnog wordt voorzien in een deugdelijke definitie van beide begrippen.

Deze TNO opinie is voornamelijk gericht op de ICT en Internet gerelateerde bepalingen in het ACTA-concept. In de eerste plaats merken wij op dat de keuze voor het binnen één regeling brengen van internet piracy en counterfeiting een merkwaardige is. In de literatuur vinden wij vrij concrete aanwijzingen voor de rol van de georganiseerde misdaad bij de handel in counterfeit producten. Aan de handel in counterfeit-producten wordt een groot volume toegeschreven. Het is daarom begrijpelijk dat hier door een aantal ACTA-participanten wordt gepleit voor vergaande maatregelen. Dergelijke concrete aanwijzingen hebben wij niet gevonden met betrekking tot internet-piracy. Ook lijkt de economische schade veel minder groot dan voorheen door de content-industrie gesteld. Wij volstaan hier met een verwijzing naar het eerder geciteerde Ups & Downs rapport. Uitgaande van het algemene beginsel dat restrictief overheidshandelen niet disproportioneel mag zijn ten opzichte van het beoogde effect, pas hier de vraag of de zware sancties die ACTA voorstelt en die zijn ingegeven door de counterfeiting problematiek, wel passend zijn t.a.v. de fundamenteel andere problematiek rond internet-piracy. Dat geldt a fortiori nu ACTA evident is gericht op het verschuiven van handhavingstaken van het particuliere domein naar de overheid, onder meer door middel van strafrechtelijke bepalingen.

www.tno.nl

T 015 2696900

Datum

2 juni 2010

Contactpersoon

Prof. dr. ir. E. Huizer
Directeur Kennis



Notitie

Uit de brief van de Ministers van Economische Zaken en Justitie aan de Tweede Kamer van 20 juli jl. maken wij op dat het uitgangspunt van de Nederlandse inzet is dat ACTA niet verder zal gaan dan de bestaande EU-acquis. Dit betekent onder meer dat in ACTA alsdan geen bepalingen zullen worden opgenomen met de volgende strekking:

- Afsluiten van internettoegang voor consumenten na downloaden van auteursrechtelijk beschermde werken (zoals de “three strikes, you’re out” bepaling);
- Bepalingen strekkende tot een verplichting tot monitoring en filtering van internet-verkeer door ISP’s en telecom-operators.

In de Luzern-ronde zou bovendien zijn overeengekomen dat ACTA:

- Niet bedoeld is om nieuwe intellectuele eigendomsrechten in het leven te roepen of de omvang van bestaande IE-rechten te wijzigen;
- Zich niet zal mengen in de fundamentele rechten en vrijheden van de individuele ACTA-deelnemers;
- In overeenstemming zal zijn met de Wereldhandelsovereenkomst, het Trips-agreement en de DOHA-verklaring;
- Octrooien buiten de scope van afdeling 3 mbt douanemaatregelen zullen vallen;
- Geen verplichting zal opleggen aan douane-autoriteiten met betrekking tot onderzoek van reizigers en persoonlijke apparaten;

TNO merkt op dat de boven opgesomde issues uitgangspunten zijn die onder de *thans* voorliggende concepttekst onvoldoende zijn geborgd. Of dat wel het geval is in de Luzern-tekst zal pas na vrijgave van die teksten vaststelbaar zijn. Derhalve gaan wij in het volgende hoofdstuk slechts uit van de vrijgegeven voorlaatste tekst.

www.tno.nl

T 015 2696900

Datum

2 juni 2010

Contactpersoon

Prof. dr. ir. E. Huizer
Directeur Kennis



Afdelingsgewijs commentaar

Afdeling 1: Handhaving via het burgerlijk recht

Artikel 2.X sub 2 raakt aan de zogeheten “intermediary liability” en de verplichting voor de verdragsluitende staten om aan houders van een IE-recht om een verbod jegens “tussenpersonen” te vorderen. Tussenpersonen zijn personen wier diensten worden gebruikt door een derde om inbreuk te maken op een IE-recht. In de Nederlandse context kan hierbij bijvoorbeeld worden gedacht aan een verbod tot doorgifte van internetverkeer naar een bepaalde URL of IP-adres. Vanuit technisch perspectief wijst TNO erop dat aan het optionele woord “inbreukmakend” een cruciale betekenis toekomt. Indien een dergelijk verbod toewijsbaar is ten aanzien van niet-inbreukmakende tussenpersonen, dan strekt deze bepaling zich uit over (bijvoorbeeld) ISP’s, hosters, leveranciers van software-tools, telecom-operators en zelfs de Amsterdam Internet Exchange. Dergelijke partijen zouden alsdan kunnen worden genoopt tot blokkeren van internetverkeer of filteren/monitoren van internetverkeer OOK wanneer die doorgifte op zichzelf gezien niet onrechtmatig is jegens de eiser. Dit soort maatregelen werkt sterk kostenverhogend voor dergelijke marktpartijen. Bovendien mag niet te zeer worden vertrouwd op de effectiviteit van dergelijke technische maatregelen tengevolge van het sterk dynamische karakter van het internet. Wie roept nu nog om het blokkeren van Napster en Kazaa? Bovendien zijn dergelijke blokkeringen met enige technische kennis te omzeilen. Het ACTA bevat anderzijds naast deze algemene ook specifieke bepalingen voor inbreuken in het digitale domein. Toch zal de verhouding tussen die speciale regeling en het algemeen deel van ACTA van belang kunnen zijn. Met name in de volgende artikelen:

www.tno.nl

T 015 2696900

Datum

2 juni 2010

Contactpersoon

Prof. dr. ir. E. Huizer
Directeur Kennis

Artikel 2.2 lid 1 roept met betrekking tot auteursrechtelijke werken en naburige rechten een nieuwe schadevergoedingsregeling in het leven. Deze regeling is moeilijk te volgen omdat zonder nadere toelichting niet duidelijk is wat met de term “aanvullende schadevergoeding” wordt bedoeld. Een “van te voren vastgestelde schadevergoeding” lijkt echter op een vorm van “statutory damages” naar Amerikaans model. Indien die “vastgestelde schadevergoeding” hoger uitpakt van de reëel geleden schade, wordt met deze bepaling een bestraffend, poenaal element binnengehaald. In dit kader merkt TNO op dat, specifiek met betrekking tot filesharing van audio-visuele werken, niet iedere onrechtmatige download zal leiden tot een overeenkomstige vermindering van het afzetdebiet van de rechthebbende. Bijvoorbeeld omdat een “sample” van een CD wordt gedownload en later alsnog tot aankoop wordt overgegaan. Of de koopprijs wordt door de downloader als prohibitief hoog ervaren zodat zonder het download-aanbod ook geen transactie zou hebben plaatsgevonden. Wij verwijzen hier wederom naar het reeds eerder aangehaalde Ups & Downs-rapport.

Art. 2.4 geeft de houder van het IE-recht de mogelijkheid om in rechte afgifte van relevante informatie te vorderen mbt de oorsprong van inbreukmakende producten en diensten aan de rechthebbende zelf, dan wel aan de autoriteiten. Het is daarbij niet duidelijk of deze verplichting alleen leest op inbreukmakers of ook op derden. Toepassing van dit artikel op tussenpersonen zal tot strijd met de privacywetgeving kunnen leiden. In dat verband wijzen wij op de brief van 15 juli jl. van de Europese Article 29 Data Protection Working Party aan



Notitie

verantwoordelijk EU commissaris Karel de Gucht, alsmede op de opinie van de European Data Protection Supervisor Peter Hustinx van 22 februari jl.⁵. Wij volstaan hier met verwijzing naar beide stukken.

www.tno.nl

T 015 2696900

Afdeling 3: Handhaving via het strafrecht

Art. 2.14 lid 1 stelt opzettelijke namaak van handelsmerken of piraterij van auteursrecht of naburige rechten (althans voor de handel) strafbaar als misdrijf. Wij laten hier verder de counterfeiting onbesproken. Qua piraterij kent ook huidige Auteurswet strafrechtelijke bepalingen, maar wordt het strafrecht alom beschouwd als een ultimatum remedium. Dit ACTA conceptartikel stelt onder a) zelfs opzettelijke inbreuken strafbaar misdrijf zelfs indien “geen directe of indirecte motivatie voor financieel gewin” aanwezig is. Het is volstrekt onduidelijk hoe dit lid zich verdraagt met hoofdtekst waarin immers nog wordt gesproken over “inbreuken voor de handel”. Daarnaast is ook hier niet duidelijk in hoeverre het artikel eveneens in volle omvang leest op inbreuken in het digitale domein.

Datum

2 juni 2010

Contactpersoon

Prof. dr. ir. E. Huizer
Directeur Kennis

Art. 2.14 lid 3 bevat de zogeheten “camcorderbepaling” die het ongeautoriseerd opnemen van speelfilms of andere audiovisuele werken strafbaar stelt, met als doel vertoning, uitzending of kopiëren van de opname. Opvallend is dat geen enkel voorbehoud is gemaakt voor wat betreft de duur en kwaliteit van die kopie. Alsdan zou het maken van een korte opname met een mobiele telefoon in Youtube-kwaliteit reeds tot een strafrechtelijke actie kunnen leiden. Deze bepaling staat in de huidige redactie op gespannen voet met het huidige strafrechtelijke regime en vervolgingsbeleid in Nederland.



Afdeling 4: Bijzondere Maatregelen met betrekking tot de Technologische Handhaving van Intellectuele Eigendomsrechten in een Digitale Omgeving

Het zwaartepunt van het TNO commentaar ligt op deze Afdeling. Vooraf merken wij op dat de online economie in het afgelopen decennium van zeer groot belang is geworden. Niet in de laatste plaats voor de Nederlandse economie. Uiteraard zijn internationaal geharmoniseerde maatregelen noodzakelijk ter bewaring van IE-rechten alsmede van de handhaving daarvan. Deze maatregelen, althans de technische implementaties daarvan, kunnen echter leiden tot verminderde flexibiliteit van (delen van) de sector alsmede tot verhoging van operationele kosten. Uiteindelijk ligt dan een *chilling effect* op de interneteconomie op de loer. Wij achten het daarom van groot belang dat de onder deze afdeling op te leggen maatregelen ter handhaving van IE-rechten, alsmede de opsporing van inbreuken daarop, zullen voldoen aan de eisen van proportionaliteit en subsidiariteit.

www.tno.nl

T 015 2696900

Datum

2 juni 2010

Contactpersoon

Prof. dr. ir. E. Huizer
Directeur Kennis

Art. 2.18 lid 3 bevat hoofdzakelijk de reeds uit de EU E-Commerce richtlijn bekende beperkingen ten aanzien van de aansprakelijkheid van online serviceproviders (waaronder ISP's, hosters en "mere-conduit" providers. Het artikel is echter buitengewoon slecht leesbaar, zowel in de Engelstalige versie als in de Nederlandse vertaling. Voor zover het artikel zonder toelichting überhaupt al juist kan worden geïnterpreteerd, valt op dat een van de opties (Optie 1, (b), (i)) als randvoorwaarde stelt dat de online serviceprovider een actief beleid voert ten aanzien van het weren van inbreukmakende content. TNO plaatst hierbij de volgende kanttekeningen:

1. Het is zonder toelichting niet duidelijk wat onder een dergelijk beleid moet worden verstaan en wie dat beleid formuleert. Gaat het hier om overheidsbeleid, om zelfregulering, of om bilaterale afspraken tussen contentindustrie en online serviceproviders? De slotzin doet vermoeden dat het niet slechts om zelfregulering van de sector zal gaan.
2. De kans bestaat dat onder de vlag van dit artikel sterke druk door de contentindustrie zal worden uitgeoefend om tot beleidsafspraken te komen met ISP's waarin de "three strikes, you're out" regeling alsnog zal zijn opgenomen. Wij achten dat de toegang tot het internet als een te groot publiek goed om over te laten aan de marktsector.
3. TNO constateert dat met het opnemen van deze bepaling een deel van de verantwoordelijkheid voor opsporing en handhaving van auteursrechtinbreuken wordt verlegd van de economisch belanghebbende partij naar "intermediaries". Er mag worden aangenomen dat de kosten van deze maatregelen uiteindelijk zullen worden afgewenteld op de gebruikers en abonnees van de online serviceproviders. Dit werkt kostenverhogend voor de basisvoorziening die het internet inmiddels voor de Nederlandse samenleving is geworden.
4. De laatste zin van de bepaling is optioneel. Bij handhaving van deze zin zal het de verdragsluitende staten niet zijn toegestaan om monitoring en filtering op te leggen als voorwaarde voor disculpatie van online serviceproviders. Gezien de eerder in dit stuk aangehaalde uitgangspunten van de Nederlandse regering, waarvan de afwezigheid van een verplichting tot filtering en monitoring deel uitmaakt, is het belangrijk om de laatste zin te handhaven.
5. Toch wijst TNO er volledigheidshalve op dat met de huidige stand der techniek monitoring en filtering van inbreukmakende content geen effectieve oplossing biedt voor onrechtmatige vormen van file-sharing. Met technieken als end-2-end encryptie, obfuscation, onion routing en anonimizing proxies zijn de klassieke vormen van monitoring en filtering vrijwel niet meer succesvol toepasbaar, althans niet op een zorgvuldige wijze waarbij de kans op ongewenste "bijvangst" wordt geminimaliseerd. Met de zogeheten "deep packet inspection" kan weliswaar meer worden bereikt, maar ook daar geldt dat uiteindelijk met end-2-end encryptie dergelijke barrières door kwaadwillenden gemakkelijk kunnen



worden omzeild zonder dat daarvoor bijzondere technische kennis is vereist. Dergelijke filters op basis van “deep packet inspection” zijn weliswaar technisch haalbaar, maar tevens kostbaar. Door het zeer dynamische gedrag van het internet in het algemeen en de filesharing subcultuur in het bijzonder, mag worden verwacht dat dergelijke maatregelen ontaarden in een digitale wapenwedloop waarvan de kosten zullen worden afgewenteld op de gebruikers. Bovendien mag worden verwacht dat DPI zal leiden tot verhoging van de “latency” op het internet. Dit is de vertraging die optreedt bij het transporteren van IP-packets over het internet. Hoe groter het aantal nodes op het internet waarop DPI zal plaatsvinden, hoe groter de totale looptijdvertraging die op het Internet zal plaatsvinden.

www.tno.nl

T 015 2696900

Datum

2 juni 2010

Contactpersoon

Prof. dr. ir. E. Huizer
Directeur Kennis

Artikel 3 ter bepaalt dat aan de houders van een IE-recht onder omstandigheden een zelfstandig recht op informatie omtrent de identiteit van een inbreukmaker toekomt. Met andere woorden, een ISP, hoster, of telecom-operator, kan worden verplicht om *zonder rechterlijke tussenkomst* de identiteit van een abonnee te verschaffen. De bepaling stelt wel een aantal voorwaarden:

- Er moet een *juiste mededeling* aan de online serviceprovider zijn gedaan met betrekking tot materialen, én
- Dit moet betrekking hebben op materialen waarvan de verzoeker *goede reden heeft te denken* dat daarmee inbreuk wordt gemaakt op aan de verzoeker toekomende IE-rechten.

Deze waarborgen zijn vrij licht. De online serviceprovider is reeds verplicht om prompt de desbetreffende informatie te verstrekken, nog voordat feitelijk is komen vast te staan dat sprake is van een inbreuk. Naar onze mening zou zulks ook niet alleen feitelijk moeten worden vastgesteld, maar zelfs in rechte. Het zal hier immers in vele gevallen persoonsgegevens betreffen in de zin van de Wet Bescherming Persoonsgegevens. Wij volstaan voor het overige ook hier met een verwijzing naar de eerder aangehaalde brief van 15 juli jl. van de Europese Article 29 Data Protection Working Party aan verantwoordelijk EU commissaris Karel de Gucht alsmede op de opinie van de European Data Protection Supervisor Peter Hustinx van 22 februari jl..

Artikel 4 heeft betrekking op het ontwijken van zogeheten Technical Protection Measures (TPM's). [Noot: uitgebreid omschreven in de dissertatie van Kamiel Koelman⁶ over auteursrecht en technische voorzieningen. Dit omvat bijvoorbeeld technische voorzieningen waarmee het kopiëren van auteursrechtelijk beschermd materiaal kan worden voorkomen, zoals kopieerbeveiligingen en *Digital Rights Management* systemen. Het artikel voorziet in het opnemen van adequate privaot of strafrechtelijke sancties tegen het ontwijken van *effectieve* TPM's. Er lijkt een legitiem belang aanwezig aan de zijde van de houders van IE-rechten om het omzeilen van TPM's te sanctioneren. Toch maakt TNO hierbij de volgende kanttekeningen:

1. Alhoewel dergelijke regelingen ook thans in Europa bekend zijn, onder meer als implementatie van artikel 11 van het eerder besproken WIPO Copyright Treaty via de EU Copyright Directive (in Nederland in art. 29a van de Auteurswet), is nog immer geen heldere jurisprudentie ontstaan over de juiste betekenis van die “effective technological measures”. Met name, wat onder *effectief* moet worden verstaan. In de eerste plaats gaat deze omschrijving mank aan een cirkelredenering: indien een TPM kan worden omzeild, dan was zij immers klaarblijkelijk niet effectief.
2. Het artikel vereist weliswaar een vorm van opzet. In de huidige redactie lijkt dat opzetvereiste echter gericht op de handeling van het omzeilen van de beveiliging en niet op het opzettelijk maken van inbreuk op IE-rechten. Dat leidt ertoe dat de sanctie van dit artikel ook doel treft in die gevallen waarin



- de beveiliging de toegang tot gebruikersrechten afsluit. Hierbij kan worden gedacht aan het recht om een back-up kopie voor eigen gebruik te maken, of het recht om (onder voorwaarden) reverse engineering toe te passen teneinde interface-specificaties te achterhalen. De Auteurswet kent voor deze situatie in art. 29 lid 4 de mogelijkheid om bij AmvB nadere maatregelen te stellen waarin de rechthebbenden worden verplicht om de toegang tot de normale gebruikersrechten op andere wijze te waarborgen.
- Er is een groot aantal software-tools voorhanden, waarvan enkele zelfs standaard meegeleverd met operating systems zoals Linux. Als met de inzet van een dergelijk alom verkrijgbaar en legitiem tool reeds een TPM kan worden verwijderd, is dan nog sprake van een effectieve beveiliging?
 - Sub b van dit artikel sanctioneert de vervaardiging, import of verspreiding van zgn. *hacking tools*. Dit is een controversiële aangelegenheid. Kan bij een zogenaamde *patch* of een *serial/login*-combinatie nog weinig twijfel bestaan omtrent de intenties van de gebruiker, bij meer generieke tools ligt dat geheel anders. Bovendien is de toegang tot dergelijke tools op volstrekt legitieme gronden noodzakelijk voor zowel technische als wetenschappelijk onderzoek als voor de software-industrie. Het verdient derhalve aanbeveling om sanctionering te beperken tot vormen van onrechtmatige *inzet* van dergelijke tools en niet tot het *gebruik* en *bezit* ervan.
 - Ook moet er naar onze mening voor worden gewaakt dat het publiceren over cryptografische of daaraan verwante technische kwetsbaarheden van TPM's, bijvoorbeeld maar niet beperkt tot academische publicaties, zal kunnen leiden tot aansprakelijkheden. Reeds in 1883 formuleerde Auguste Kerckhoffs zijn Kerckhoffs principe, dat erop neerkomt dat de veiligheid van een cryptografisch systeem slechts mag afhangen van de onbekendheid van de sleutels, maar niet van de onbekendheid van het werkingsprincipe. Vrij vertaald: "security by obscurity", is inherent onveilig. Sindsdien is steevast gebleken dat de cryptografische veiligheid van systemen is gebaat bij de aanwezigheid van kritische feedbackloops⁷.
 - Er zijn tools verkrijgbaar, zoals CloneCD, waarmee een originele CD of DVD op bitniveau kan worden gekopieerd. Dat wil zeggen, inclusief de daarop aangebrachte kopieerbeveiliging. Is dan sprake van een "omzeilen" van die kopieerbeveiliging?
 - Een aantal TPM's werkt door middel van het ongevraagd en verborgen installeren van enkele bestanden op de PC van de gebruiker. Een bekend voorbeeld betreft de zgn. *rootkit* die platenmaatschappij Sony/BMG in 2005 enige tijd hanteerde op haar muziek-CD's. Onder een rootkit wordt programmatuur verstaan die zich zeer diep in het operating system van een PC nestelt en daaruit moeilijk laat verwijderen zonder het gehele systeem in gevaar te brengen. TNO beveelt daarom aan dat de sancties op verwijderen van TPM's slechts gelden voor zover de TPM zélf als rechtmatig moet worden beschouwd.
 - IE vervalt na een wettelijk vastgelegd aantal jaren na de dood van de auteur(s). Het betreffende werk komt dan in het publieke domein. Het tijdstip van deze overgang naar het publieke domein is wettelijk bepaald en dat dient zo te blijven. Het mag niet zo zijn dat door dit artikel de TPM's (of de sleutelhouders van die technologie) bepalen wanneer een werk overgaat naar het publieke domein.
 - Last, but not least, staat dit artikel op gespannen voet met het principe van 'kopie voor eigen gebruik' dat in onze maatschappij is ingeburgerd. Momenteel is het zo dat een Nederlands burger een CD met muziek kan kopen en dat hij/zij zelf kan bepalen waar de muziek wordt afgespeeld: In de huiskamer op een CD-speler, gedigitaliseerd op de MP3-speler, in de computer of in de auto. Met TPM's kan de IE-eigenaar de gebruiker alleen bepaalde afspeelmogelijkheden toestaan en andere verbieden. Aangezien dit afwijkt van momenteel gangbaar is, is het mogelijk dat bepaalde TPM's leiden tot massale burgerlijke ongehoorzaamheid.

www.tno.nl

T 015 2696900

Datum

2 juni 2010

Contactpersoon

Prof. dr. ir. E. Huizer
Directeur Kennis

Notitie



Samenvatting en conclusie

In dit document reageert TNO op de door de ministeries van Economische Zaken en Justitie ingestelde internetconsultatie met betrekking tot het Anti Counterfeiting Trade Agreement (ACTA). TNO heeft daartoe de vrijgegeven ACTA-concepttekst van april 2010 beschouwd. De analyse heeft zich gericht op de socio-economische impact die invoering van de huidige ACTA-teksten met zich mee zou kunnen brengen voor het auteursrecht in het digitale domein, inclusief het internet. Daarbij is zowel, maar beperkt, aandacht besteed aan de totstandkoming van het huidige concept als aan de inhoud daarvan. In dat verband merkt TNO op dat de titel van het verdrag enigszins misleidend is. De term “counterfeiting” leest op de namaak van fysieke goederen. ACTA heeft echter eveneens betrekking op piraterij van auteursrechten en daarmee op de interneteconomie. Met betrekking tot de totstandkoming constateert TNO, uit een beknopte studie van de voorhanden internationale vakliteratuur, dat de keuze voor niet-openbare onderhandelingen in een nieuw opgezet forum, allerwegen op zware kritiek stuit. Inhoudelijk constateert TNO dat een aantal artikelen op gespannen voet staat met het huidige privacyrecht en het de mogelijkheid tot kopieën voor eigen gebruik. Voorts lijkt art. 2.2 lid 1 een vorm van “statutory damages” te beogen. Onder verwijzing naar haar eerder rapport “Ups and Downs” betoogt TNO dat downloads van auteursrechtelijk beschermd materiaal niet leiden tot een evenredige vermindering van de rechtmatige omzet door of namens de rechthebbende. Het risico bestaat aldus dat die abstracte schadevergoeding hoger uitvalt dan de reëel geleden schade. Het zwaartepunt van de TNO analyse ligt op Afdeling 4, waarin ACTA bijzondere maatregelen voorstelt met het oog op technologische handhaving van IE-rechten in de digitale omgeving. TNO concludeert hier dat uitgangspunten, zoals geformuleerd in de Kamerbrief van de Ministers van Economische Zaken en Justitie van 20 jl. nog onvoldoende in het huidige concept zijn geborgd. Deze Afdeling lijkt zwaar in te zetten op technische beschermingsmaatregelen zoals kopieerbeveiliging. Hier voert TNO enerzijds aan dat dit soort beschermingsmaatregelen over het algemeen erg kort soulaas biedt in de “wapenwedloop” met de crackersscene. Vrijwel iedere tot dusverre in consumentenproducten toegepaste beveiliging blijkt uiteindelijk kwetsbaarheden te bevatten. In dat licht moet er voor worden gewaakt om publicaties over dergelijke kwetsbaarheden te sanctioneren. “Security by obscurity” werkt niet. Anderzijds wijst TNO op het risico dat maatregelen die primair zijn gericht jegens hackers en p2p-filessharing de normale gebruikers van het internet onevenredig benadelen. Zo mag worden verwacht dat kostbare maatregelen die aan ISP’s en telecom-operators zouden worden opgelegd, uiteindelijk zullen worden afgewenteld op de gebruiker van het medium. Er is ook sprake van niet-financiële nadelen. Hierbij denken wij wederom aan het recht op privacy van de gebruiker. Aan het prijsgeven van nawt-gegevens van individuele gebruikers zouden strenge waarborgen moeten worden verbonden, althans strengere criteria worden gesteld dan thans in dit concept opgenomen.

www.tno.nl

T 015 2696900

Datum

2 juni 2010

Contactpersoon

Prof. dr. ir. E. Huizer
Directeur Kennis



www.tno.nl

T 015 2696900

Datum

2 juni 2010

Contactpersoon

Prof. dr. ir. E. Huizer
Directeur Kennis

Noten:

¹ *Ups and Downs, Economic and cultural effects of file sharing on music, film and games*,
Gezamenlijke studie van TNO, IVIR, SEO (Huygen et al, 2009)

² In internationaal verband wordt vaak gesproken over TRIPS-plus en Trips-plus-plus

³ *The Proposed Anti-Counterfeiting Trade Agreement (ACTA: Two Tales of a Treaty)*, Charles R. McManis, Prof. of
Law & Director of Intellectual Property & Technology Program van Washington University School of Law, Houston
Law Review 2009, pag.12345 ev

⁴ WIPO, Basic Notions of Copyright and Related Rights, pag 52-53.

⁵ Opinie van de European Data Protection Supervisor Peter Hustinx in Official Journal European Union C147/1 van
5 juni 2010

⁶ Mr. K.J. Koelman, *Auteursrecht en technische voorzieningen: juridische en rechtseconomische aspecten van de
bescherming van technische voorzieningen*. PhD thesis, Universiteit van Amsterdam, Amsterdam, februari 2003,
Uitgever: SDU, Den Haag.

⁷ *De Computer de wet gesteld*, oratie Bart Jacobs, Radboud Universiteit, Nijmegen 2003