

ACTA beoogt de bescherming van intellectuele eigendom wereldwijd te harmoniseren.

Ik constateer echter nogal wat tekortkomingen en onrealistische regelingen in dit verdrag:

Aansprakelijkheid

“Parties [may] shall also ensure that right holders are in a position to apply for an injunction against [infringing] intermediaries whose services are used by a third party to infringe an intellectual property right”. Onder deze bepaling kunnen bijvoorbeeld ISP's en torrent hosters aansprakelijk gesteld worden voor de schade die de uitbater van intellectuele eigendomsrechten zouden lopen. Maar zoekmachines die hun zoekresultaten niet filteren, bouwers van software en zelfs leveranciers van internet koppelvlakken als de AMS-IX kunnen in theorie aansprakelijk gesteld worden. ‘Intermediary services’ is een heel breed begrip. Hoe wordt misbruik van dit brede begrip voorkomen, zodat onze internet-economie niet voleldige tot stilstand komt, of via economische oorlogsvoering geterroriseerd wordt?

Schadeberekening

Zeer relevant is de hoeveelheid schade die IP-uitbaters kunnen claimen; in een civiele procedure is de omvang van de claim eigenlijk het belangrijkste. “in determining the amount” kunnen IP-uitbaters “the lost profits, the value of the infringed good or service, measured by the market price, the suggested retail price” eisen.

ACTA stelt dus doodleuk dat de adviesprijs vergoed moet worden door de overtreder. Dat dit losstaat van de feitelijke schade of de gederfde inkomsten is blijkbaar te moeilijk. Hoe vaak worden goederen tegen de adviesprijs verkocht? Nooit. Van/voor staat al voorgedrukt op ieder prijskaartje maar betekent in het economisch verkeer niets.

Maar ook de feitelijke verkoopprijs is niet belangrijk. Zou iedereen met een nep-rolex van 80 euro ook een echte gekocht hebben, zelfs als deze afgeprijsd is? Zou iemand met twee Terabyte aan mp3's (wat toch wel een eurootje of honderd gekost heeft) anders 30.000 cd's gekocht hebben voor een ton of zeven of acht? Tuurlijk niet. Toch worden dergelijke fictieve schadeclaims door ACTA op voorhand gehonoreerd.

Als de schadeclaims, gebaseerd op dit soort berekeningen, werkelijkheid zouden zijn of worden, dan zou het hele economische leven tot stilstand komen, omdat de entertainment-industrie dan al het geld van de wereld zouden bezitten. Alle andere mensen (en landen) zouden dan failliet zijn.

Illegale content moet per direct verwijderd worden, op kosten van overtreder. “each Party shall provide that in civil judicial proceedings, at the right holder's request, its judicial authorities shall have the authority to order that such goods be [recalled, definitively removed from the channel of commerce, or] destroyed, without undue delay and without compensation of any sort at the expense of the infringer”.

Dat klinkt niet zo vreemd, als je over een website hebt. Alleen het is geen 1996 meer. Hoe vertaal je dit naar de wereld van torrents? Draait de aanbieder van een tracker op voor de kosten van de verwijdering van alle seeders en leechers wereldwijd? Leuk; dan huur je de duurste wereldwijde IT toko in om dat te regelen en legt de rekening bij de overtreder. Dat zal aardig in de papieren lopen en het lijkt mij dat ook dit kostenaspect de toets van de redelijkheid en proportionaliteit niet kan doorstaan.

De voorstellen zijn op dit punt wel heel ver verwijderd van de realiteit. Rechtbanken staan in de regel dichterbij de werkelijkheid en zullen dit punt niet zomaar honoreren.

Spreek- en klikplicht (t.o.v. het Nemo Tenetur beginsel)

De aangeklaagde wordt door ACTA verplicht “[for the purpose of collecting evidence] any [relevant] information [information on the origin and distribution network of the infringing goods or services][in the form as prescribed in its applicable laws and regulations] that the infringer possesses or controls” te overhandigendigen aan de IP-uitbater of de rechtbank. Je bent dus verplicht je wachtwoorden in te leveren en te vertellen waar je allemaal materiaal hebt staan. “Such information may include information regarding any person or persons involved in any aspect of the infringement and regarding the means of production or distribution channel of such goods or services, including the identification of third persons involved in the production and distribution of the infringing goods or services or in their channels of distribution”. Je moet dus ook je medeplichtigen met naam en toenaam noemen.

De aangeklaagde wordt door ACTA verplicht om belastend bewijs te leveren tegen zichzelf en bovendien verplicht tot het aangeven van medeplichtigen. De overheden zullen vervolgens alle betrokkenen uitleveren aan de advocaten van de IP-uitbaters zodat deze ook aangeklaagd kunnen worden. Fijntjes stelt ACTA dan dat “ this provision does not apply to the extent that it would conflict with common law or statutory privileges, such as legal professional privilege”. Advocaten vallen dus buiten deze verplichting.

De onderhandelaars hebben blijkbaar nooit gehoord van “Nemo Tenetur”, waarbij mensen niet verplicht kunnen worden aan het bijdragen tot de eigen veroordeling. Dit zwijgrecht is een van de meest belangrijke rechtsbeginselen. Een dergelijke verplichting kan wel als bepaling in een verdrag terechtkomen, maar – zoals te doen gebruikelijk in Internationaal recht – treedt dit pas in werking als de nationale wetgeving er iets mee doet. En dat zal in weinig landen lukken; in de meeste beschaafde landen moeten wetten in overeenstemming zijn met de grondwet en de rechtsbeginselen en zal een dergelijke uitzondering geen stand houden bij de hogere rechtbanken. In Nederland is het echter nog afwachten, wij kennen een dergelijke toetsing niet.

DRM

De concepttekst zet – zoals verwacht – zwaar in op Digital Rights Management technologie: het breken ervan moet verboden worden, evenals de middelen daarvoor. Fijn voor de IT industrie die graag DRM-spul wil slijten, maar gegeven dat de bulk van de nu bestaande illegale kopieën voorlopig nog wel online staat is dit hooguit relevant voor nieuwe muziek en films. Daarbij is het technologieverbod behoorlijk vaag; als ik cd's rip over de analoge uitgang van de dvd-speler in mijn computer, breek ik de beveiliging niet maar passeer deze gewoon. Vrijwel iedere wat oudere speler heeft een dergelijke uitgang – is die dan verboden?

ACTA stelt dat je zou kunnen weten dat je daarmee een bescherming passeert en dus strafbaar bent. Welnu, dat is prima. Dan moet er wel op ieder doosje duidelijk komen te staan dat een dergelijke beveiliging aanwezig is – een herhaling van een onzichtbare beveiliging die vervolgens de computer sloopt of op heel veel apparaten niet werkt, zoals we al hebben meegemaakt, moet vermeden worden. Hier voorziet ACTA niet in, en dat is wel een echte tekortkoming. Als er met koeienletters op de hoesjes staat dat de media beveiligd is, kan ik zelf beslissen of ik deze koop en het risico van een systeemcrash of een andere miskoop neem. Hier schiet de bescherming van de consument tekort.

Grenscontroles

Aan het optreden aan de grenzen wijdt het verdrag een speciaal hoofdstuk. Hierin wordt ruimte geschapen om ‘kleine overtreders’ te ontzien: “Parties may exclude from the application of this Section small quantities of goods of a non-commercial nature contained in travelers’ personal luggage”. Dat is prettig. Minder prettig is dat de douane de gegevens van de mogelijke overtreder, met tal van details mag doorgeven aan de IP-uitbater.

Zo wordt de douane een onbezoldigd verlengstuk van de IP-boer. Ik weet niet of ik daar wel belasting voor wil betalen; laat de douane eerst gewoon smokkelaars en terroristen vangen. Maar als minister van Financiën De Jager een factuur kan sturen voor dit opsporingswerk, kan ik er misschien vrede mee hebben.

Het ACTA verdrag wekt met deze douaneregels de indruk aardig compleet te zijn, maar dat is niet zo. Interessante dilemma's in het juridisch domein komen in het geheel niet aan de orde. Zoals de bewijsvoering: als ik 50 GB aan MP3's op mijn harde schijf blijf te hebben bij een grenscontrole, moet ik dan bewijzen dat ik in ze Nederland legaal verkregen heb? Of moet de 'IP-houder' bewijzen dat ik het illegaal heb verkregen? Ik kan er dan fijntjes op wijzen dat ik de 50 gieg aan deuntjes heb gedownload vóórdat dat verboden werd.

Moet ik dat kunnen bewijzen? Prima, dan maak ik vanavond een hash met een timestamp en doe daar een digitale handtekening op; et voila, rechtsgeldig bewijs. Waar kan ik dit bewijs inleveren om te voorkomen dat ik later in Boekiwoekistan aansprakelijk wordt gesteld voor gedrag dat op dat moment legaal was? Zo'n meldpunt is er niet, zodat ik op voorhand weet dat ik niet kan bewijzen de wet niet te overtreden. Evenmin kan de aanklager bewijzen dat ik de wet overtreden heb met het bezit van een hoop mp3's waar ik geen bijpassende cd's of lp's van heb. Bewijs is er pas met een 'heterdaadje', bij de daad van het downloaden zelf. Daar heeft de douane geen zicht op. Het douane artikel is dan ook nogal zinloos.

De toekomst:

Mag je een legaal verworven collectie ook aan je dochter laten horen? Mag je je liedjes op de thuisserver zetten zodat je huisgenoten ernaar kunnen luisteren? Mag je ze op de harde schijf van de laptop van je zoon zetten? En mag hij, als hij uit huis gaat, deze collectie op zijn laptop dan meenemen? Is het 'gebruiksrecht' dat je zou hebben op de muziek en films overdraagbaar? Is dit 'recht' gekoppeld aan een persoon of aan een huishouden?

Mag je je legale mp3-collectie legaal gaan doorverkopen, net als je nu cd's en dvd's doorverkoopt? Maar als je je mp3's mag verkopen, hoe zal dan vastgesteld worden dat je niet toch nog een kopietje op een back-up medium hebt staan? Wie controleert dat? Krijgt de (private) stichting Brein of de overheid soms toegang tot al onze datadragers, ook die niet gemount zijn? Dat is pas een interessante technische uitdaging.

Een legale muziekcollectie zal op enig moment ook deel uitmaken van de erfenis. Tien Terabyte aan muziek heeft volgens de IP-uitbaters een immense waarde, dus daar moeten we niet lichtvoetig mee omgaan. Moeten je erfgenamen daar successierechten over afdragen? En hoe gaat het bij echtscheidingen?

Vragen, vragen en nog meer vragen, waar ook de laatste 'reparatiewet' op de Auteurswet uit 1912 geen antwoord op geeft.

Kortom. Het ACTA verdrag is een weinig samenhangend, incompleet en vrijblijvend geheel en lost met al haar spierballenvertoon de vraagstukken rond muziekpiraterij in het geheel niet op. Het helpt consument noch IP-boer. Alleen juristen en DRM fabrikanten kunnen hier wat aan hebben.

ACTA is in haar huidige koers verspilde moeite. Als de overheid dan toch zo nodig moet bezuinigen op het ambtenarenapparaat, laat ze dan ophouden met het meedoen met dit soort kansloze regelgeving.