

# Een analyse van de preambule van *ACTA*\*

Marco van Hulst†

21 april 2012

## Samenvatting

Het recente verdrag ACTA (*Handelsovereenkomst ter bestrijding van namaak*) heeft veel weerstand en twijfels opgeroepen bij een groot deel van de wereldbevolking en in het bijzonder bij strijders voor vrijheid van informatie en netneutraliteit. Het is een handelsverdrag voor internationale standaarden op het gebied van de handhaving van octrooirecht, auteursrecht, merkrecht e.a. rechten die veelal onder de noemer “intellectueel eigendomsrecht” worden gegoooid. In plaats van in te gaan op het hele verdrag, wordt in dit document alleen een analyse gegeven van de preambule, waarin de overwegingen en de motivaties voor dit verdrag staan beschreven. Door alleen naar de preambule van *ACTA* te kijken, wordt het al snel duidelijk dat ACTA een verdrag is dat de wereldburger niet wil. Wat betreft auteursrecht, waar deze analyse met name op richt, beperkt ACTA de vrijheid van culturele werken en tast het netneutraliteit aan. Wat betreft octrooien, is het verdrag potentieel nog inhumaner. Zo zouden medicijnen veel te duur worden en typisch niet meer beschikbaar zijn in ontwikkelingslanden. Verder is ACTA ondemocratisch tot stand gekomen, uit onderhandelingen tussen een select aantal groepen, met name landen van het noordelijk halfrond en onder invloed van lobbyisten. *ACTA* staat voor *Anti-Counterfeiting Trademark Agreement*, maar een betere naam zou zijn: de *Anti-Culture Totalitarians Agreement*.

## 1 Introductie

Het recente verdrag ACTA (*Handelsovereenkomst ter bestrijding van namaak*) heeft veel weerstand en twijfels opgeroepen bij een groot deel van de wereldbevolking en in het bijzonder bij strijders voor vrijheid van informatie en netneutraliteit. Het is een handelsverdrag voor internationale standaarden op het gebied van de handhaving van octrooirecht, auteursrecht, merkenrecht e.a. rechten. Over dit verdrag is heel veel geschreven, vaak op basis van andere analyses van het verdrag en opiniestukken. Er is ook ingegaan op de inhoud van het verdrag, maar veel van de artikelen in het verdrag zijn relatief vaag geformuleerd. Hierdoor blijft het vaak gissen wat de werkelijke implicaties van het verdrag zijn. Onderhandelingsdocumenten zijn niet beschikbaar, dus het verdrag zelf is de enige feitelijke en originele informatie beschikbaar.

In plaats van in te gaan op het hele verdrag, wordt in dit document alleen een analyse gegeven van de preambule, waarin de overwegingen en de motivaties voor dit verdrag staan beschreven. Elke alinea van de preambule van ACTA is in sectie 2 geciteerd en geanalyseerd.

De gebruikte Nederlandse vertaling van ACTA door de *Council of the European Union* is hier te vinden: <http://register.consilium.europa.eu/pdf/nl/11/st12/st12196.nl11.pdf> en het originele Engelse document hier: [http://www.international.gc.ca/trade-agreements-accords-commerciaux/assets/pdfs/acta-crc\\_apr15-2011\\_eng.pdf](http://www.international.gc.ca/trade-agreements-accords-commerciaux/assets/pdfs/acta-crc_apr15-2011_eng.pdf).

---

\*Dit werk is gepubliceerd onder Creative Commons Naamsvermelding-GelijkDelen (CC BY-SA), versie 3 of hoger. De laatste versie van dit werk is te vinden in <http://blog.hulst.org/essays/>. Hoewel deze beschouwing op zichzelf staat, bevat de elektronische kopie webverwijzingen naar meer informatie.

†Web: <http://marcovan.hulst.org/>, e-mail: [marco@hulst.org](mailto:marco@hulst.org)

## 2 Analyse

### I. *De Partijen bij deze Overeenkomst,*

*Overwegende* dat de effectieve handhaving van de intellectuele-eigendomsrechten van cruciaal belang is voor een stabiele economische groei in alle bedrijfstakken en overal ter wereld,

Voordat we kunnen beoordelen of een effectieve handhaving van zeker rechten nodig is, en wat dit precies betekent, moeten eerst enkele gebruikte termen worden gedefinieerd. Er wordt gesproken over *intellectueel eigendom*. Wat wordt met ‘intellectueel eigendom’ bedoeld en bestaat dit eigenlijk wel? Verder wordt gesproken over *economische groei*, wat zacht gezegd een problematisch begrip is. En economische groei voor *wie*?

**Intellectueel eigendom.** Deze term betreft, zo lijkt het, een vorm van *eigendom*. Over het algemeen wordt onder ‘eigendom’ alles verstaan dat bruikbaar is, in beperkte hoeveelheden aanwezig en op een of andere wijze moet het mogelijk zijn er beslag op te nemen.<sup>1</sup> Volgens Pierre Proudhon is een onderscheid te maken tussen *de jure* (wettelijk) en *de facto* (feitelijk) eigendom. Hij concludeert dat het eerste type eigendom niet legitiem is. Volgens artikel 17 van de *Universele verklaring van de rechten van de mens* heeft ieder recht op het bezitten van eigendom, wat niet in overeenstemming is te brengen met de stelling van Proudhon. De boven gegeven eisen voor eigendom komen overeen met het feitelijk eigendom. Voor de argumentatie hier wordt uitgegaan dat artikel 17 tenminste voor sommige eigendommen legitiem is.

Onder ‘intellectueel eigendom’ wordt ‘eigendom’ of ‘rechten’ op een mentale of intellectuele creatie in een of andere vorm verstaan. Hier gaat het dus niet om een fysiek object dat al dan niet gepaard gaat met de intellectuele creatie, maar om het abstractum. Laten we nagaan in hoeverre dit in overeenstemming is met de definitie van ‘eigendom’. Een dergelijke intellectuele creatie kan al dan niet bruikbaar zijn, het is typisch *niet* in beperkte hoeveelheden aanwezig en het is veelal moeilijk er beslag op te leggen, hoewel niet onmogelijk. Gezien tenminste niet aan de middelste eis wordt voldaan, is ‘intellectueel eigendom’

niet te beschouwen als eigendom in de gebruikelijke zin.

In artikel 5(h) van *ACTA* (de *algemene definities*) is de term ‘intellectueel eigendom’ genoemd:

*intellectuele eigendom*: alle categorieën intellectuele eigendom die vallen onder deel II, titels 1 tot en met 7, van de TRIPs-Overeenkomst;

Secies 1 t/m 7 van *Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights* (TRIPS) zijn:

1. auteursrecht en gerelateerde rechten,
2. handelsmerken,
3. geografische indicaties,
4. industriële ontwerpen,
5. octrooien,
6. topografieën van geïntegreerde schakelingen,
7. handelsgeheimen, en [...]

De meeste van deze rechten hebben niets met elkaar te maken, wat discussie over “intellectueel eigendom” onduidelijk maakt. Auteursrecht, octrooirecht en handelsmerkrecht zijn de meest besproken rechten als het gaat om ACTA. Auteursrecht gaat over de rechten op culturele werken (bijv. boeken, films, muziek) en is van oorsprong bedoeld als stimulans voor de auteur om meer werken te produceren, zodat zoveel mogelijk werken beschikbaar komen voor het publiek. Octrooirecht is bedoeld voor nieuwe niet voor de hand liggende uitvindingen die industrieel zijn uit te buiten. Het geeft een uitvinder een tijdelijke monopolie hierop van maximaal twintig jaar. Handelsmerken zijn bedoeld om duidelijkheid te verschaffen aan de consument.

Laten we auteursrecht nader bekijken.<sup>2</sup> Als we terugrijpen op onze definitie van eigendom, is het duidelijk dat aan de eerste eis, de bruikbaarheid, vaak wordt voldaan: verhalen zijn leuk of leerzaam en programmatuur, waar ook auteursrecht op rust, is meestal zeer bruikbaar. Aan de tweede eis, de schaarste, wordt niet voldaan. Immers, een boek of een film is, zeker in digitale vorm, eenvoudig te kopiëren – voor elk cultureel werk geldt dat er zeker

<sup>1</sup>Typisch vallen hieronder fysieke aardse objecten, vastgoed en land.

<sup>2</sup>In het vervolg van deze analyse zal auteursrecht als voorbeeld worden genomen als ‘intellectueel eigendomsrecht’. Het is niet zinvol om om ongerelateerde ‘intellectuele eigendomsrechten’ als één iets te behandelen, want dat zou problemen opleveren bij het analyseren van het probleem. Op z’n minst is een uitgebreide analyse van de preambule van ACTA op gebied van octrooirecht op z’n plaats, maar daar is de ruimte niet voor in dit essay.

geen schaarste is.<sup>3</sup> De laatste eis, de mogelijkheid er beslag op te nemen, is problematisch wat betreft digitale informatie. Op een boek of een CD kun je beslag leggen, maar daar gaat het nu niet om. Het gaat om wat *in* het boek en *op* de CD staat. De informatie kun je wel tot je beschikking hebben in de vorm van inkt op papier of magnetische ordeningen op een harde schijf, maar als iemand de gegevens van je kopiëert, heb je het nog steeds op dezelfde wijze tot je beschikking. Alleen is het duidelijk dat je niet meer de enige bent die toegang tot het werk heeft. Anderen kunnen het hebben, zonder dat je daar iets van merkt, zonder dat jouw kopie daar minder bruikbaar van wordt.

Vergelijkbare argumenten zijn te maken voor de andere rechten die vallen onder “intellectueel-eigendomsrecht”. Het is duidelijk dat deze rechten moeilijk te verenigen zijn met wat we verstaan onder eigendomsrecht. Nu zou kunnen worden gesuggereerd dat we een bredere definitie van ‘eigendomsrecht’ nodig hebben, maar het is de vraag of een dergelijke uitbreiding gewenst is. Het is helemaal de vraag of een dergelijke nieuwe vorm van eigendomsrecht in artikel 17 van de *Universele verklaring van de rechten van de mens* zou moeten worden gebruikt. Cultuur moet toch vrij zijn voor iedereen (auteursrecht), net als innovatie (octrooirecht). In mijn ogen is eigendom iets dat je kunt hebben op een object dat tenminste in principe onderhevig is aan schaarste. Een televisietoestel is een voorbeeld van zo iets. Als ik een televisie van iemand *steel*, heeft die persoon geen televisie meer. In contrast, als ik een film *kopieer* van een ander, heeft de ander (zijn kopie van) de film nog steeds. Eigendomsrecht is zinvol, maar “intellectueel-eigendomsrecht” is dat niet.

**Economische groei.** In dezelfde overweging wordt gesproken over “een stabiele economische groei in alle bedrijfstakken en overal ter wereld”. Ook hier zijn grote vraagtekens bij te plaatsen. De auteurs van ACTA zijn met name westerse landen en grote bedrijven. Als we iets van de afgelopen jaren hebben kunnen leren is dat zij niets over ‘stabiele economie’ weten. Maar mogelijk lossen zij alle problemen met de wereldeconomie op met een ondemocratisch tot stand gekomen internationaal verdrag over “intellectueel eigendom” op!

<sup>3</sup>Natuurlijk was het vroeger lastiger om culturele werken te kopiëren, en helemaal voor de boekdrukkunst – toen was schaarste van geschreven werken heel normaal. Tegenwoordig is er voor digitale werken DRM (Digital Rights Management) wat restricties oplegt waar je het digitale werk mee bekijkt, afspeelt en of je het kunt kopiëren (al gaat het maar om de thuiskopie waar je wettelijk recht op hebt). DRM is dan ook beter uit te schrijven met *Digital Restrictions Management*. DRM is dus een methode om kunstmatige schaarste te maken.

Eén concreet probleem met dit stukje van deze overweging is dat *economische groei* misschien niet altijd gewenst is. Waarom kunnen we niet een economie hebben waarbinnen geen exponentiële groei nodig is om de exponentiële inflatie te compenseren en we niet steeds meer en meer moeten consumeren, met klimaat- en humanitaire problemen als gevolg. Mogelijk is een economie waarbinnen ecologische en humanitaire overwegingen meetellen veel zinvoller.

Een tweede probleem is het *overal ter wereld*. Het is moeilijk te geloven dat dit verdrag overal ter wereld een stabiele economische groei stimuleert, al is het alleen maar dat het zuidelijk halfrond van de wereld weinig inbreng heeft gehad op de inhoud van het verdrag. Met ‘overal ter wereld’ wordt waarschijnlijk de westerse wereld bedoeld en met name natuurlijk de multinationale ondernemingen.

**De bedoelde overweging.** De overweging stelt dat de “handhaving van de intellectueel-eigendomsrechten van cruciaal belang is voor een stabiele economische groei...”. Als concreet voorbeeld kan wederom *auteursrecht* als ‘intellectueel-eigendomsrecht’ worden genomen en laten we, om aansluiting te vinden bij de auteurs van het verdrag, ecologische en humanitaire aspecten niet mee laten wegen bij economische balansen. Kortom, de engere, ingekorte en meer concrete overweging luidt:

“De effectieve handhaving van auteursrecht is van cruciaal belang voor een stabiele financiële groei in alle bedrijfstakken en overal ter wereld.”

Hier is geen overtuigend bewijs voor te vinden. In de samenleving zijn juist voorbeelden te vinden voor het tegendeel. Een tegenvoorbeeld is dat als een muzikant ervoor kiest haar muziek vrij beschikbaar te stellen, haar muziek bekend wordt bij het publiek. Als haar muziek gewaardeerd wordt, zullen mensen de muziek kopen. Dit gebeurt niet als de muziek onbekend is bij de mensen. Het vrij maken van muziek zou dus goed zijn voor de portemonnee van de artiest of de platenmaatschappij. Er zijn vele tegenstrijdige rapporten te vinden over dit standpunt. Dat is deels omdat het niet duidelijk is binnen welk kader het probleem moet worden behandeld. Zoals nu het grootste

deel van de muziekindustrie werkt, lijdt deze mogelijk onder auteursrechtsschending (hoewel het laatste woord hier niet over is gezegd). Maar het is goed mogelijk dat we naar een andere soort muziekindustrie toe bewegen, en algemener, naar een ander type informatiesamenleving. Binnen een dergelijk nieuw systeem zijn de huidige economische en omgangswetten wellicht niet meer van kracht en slaat de stelling nergens meer op.

**II.** Voorts *overwegende* dat de toename van nagemaakte en door piraterij verkregen goederen alsmede diensten waarbij inbreuk makend materiaal wordt verspreid, het legitieme handelsverkeer en de duurzame ontwikkeling van de wereldeconomie ondermijnt, voor de houders van rechten en voor legitieme ondernemingen tot aanzienlijke financiële verliezen leidt en in sommige gevallen een inkomensbron voor de georganiseerde misdaad vormt en anderszins risico's voor het publiek meebrengt,

Het is niet acceptabel dat in een officieel document het woord *piraterij* wordt gebruikt voor het delen van culturele werken. Het delen van dit soort informatie kan om idealistische redenen worden gedaan, terwijl piraterij het overvallen van een schip op zee is, waarbij het niet ongebruikelijk is de mensen op dat schip gevangen te nemen of te doden. Hiernaast is de term 'piraterij' in het verleden juist door artiesten gebruikt tegen platenmaatschappijen, omdat zij (terecht) vonden dat zij geld stalen van hen. De absurde vergelijking met piraten, dan wel de gierigheid van platenmaatschappijen, heeft er mede toe geleid de term als een geuzennaam te gebruiken, en afgeleid van de term 'piraat' is *The Pirate Bay* en de *Piratenpartij* ontstaan.

Nogmaals, wat weten grote bedrijven van 'duurzame ontwikkeling' en het in stand houden van de wereldeconomie. Van ACTA worden met name bedrijven als de MPAA, RIAA en grote platenmaatschappijen beter op. Dit zijn geen *legitieme ondernemingen*. Het zou juist goed zijn als zij aanzienlijke financiële verliezen lijden in het voordeel van de vrijheid van informatie voor alle burgers. Zoals eerder beargumenteerd, gaat het bij ACTA niet om de auteurs die mogelijk verlies lijden, maar om de rechthebbenden, typisch grote platenmaatschappijen, filmmaatschappijen en uitgeverijen.

De genoemde *georganiseerde misdaad* zou überhaupt niet bestaan als men toestaat dat informatie vrij mag zijn. Dit is een argument voor de legalisatie van 'piraterij' (het delen van auteursrechtelijk beschermde informatie).

**III.** *Geleid* door de wens deze toename te bestrijden door middel van nauwere internationale samenwerking en effectievere internationale handhaving,

Afgezien van dat de hier genoemde wens gebaseerd is op onwaarheden, is de hier beschreven methode een goed streven. Het is goed om internationaal samen te werken en, *in zoverre nodig*, zaken effectief internationaal te handhaven. Al bij het opstellen van ACTA is weliswaar internationaal samengewerkt, maar slechts door een select aantal landen met sterke invloed van grote bedrijven en auteursrechtlobbyisten. Het is duidelijk dat hier geen rekening wordt gehouden met iedereen, in het bijzonder niet met de wereldburger. Bovendien zou het beter zijn als transnationale zaken zoals deze worden overzien door een democratisch supranationaal orgaan. Dit kan een gekozen wereldparlement zijn, bijv. een *United Nations Parliamentary Assembly* (UNPA). Een dergelijk orgaan is essentieel voor een internationale samenwerking waarbinnen de belangen van alle burgers goed worden afgewogen.

**IV.** *Voornemens* om, rekening houdend met de verschillen in hun respectieve rechtssystemen en -praktijken, effectieve en passende middelen ter beschikking te stellen voor de handhaving van de intellectuele-eigendomsrechten in aanvulling op de TRIPs-overeenkomst,

De TRIPs-overeenkomst was al een zwarte bladzij in de geschiedenis van de informatiesamenleving. De beschikbaarstelling van middelen dit verdrag te versterken is dan ook niet gewenst door de samenleving.

**V.** *Geleid* door de wens te verzekeren dat maatregelen en procedures om de intellectuele-eigendomsrechten te handhaven niet zelf hinderpalen voor legitiem handelsverkeer worden,

Dit is een redelijke randvoorwaarde. Als er ergens geen protectionisme voor hoort te bestaan, is dat voor informatie.

**VI.** *Geleid* door de wens het probleem van inbreuken op intellectuele-eigendomsrechten, met inbegrip van inbreuken in de digitale omgeving, met name wat het auteursrecht of naburige rechten aangaat, aan te pakken op een wijze die zorgt voor een evenwicht in de rechten en belangen van de betrokken houders van rechten, dienstverleners en gebruikers,

Historisch en moreel gezien is het niet juist te spreken over “een evenwicht in de rechten en belangen van de betrokken houders van rechten, dienstverleners en gebruikers.” Auteursrecht is bedoeld ten bate van de gebruiker; het is de bedoeling dat de auteur gestimuleerd wordt meer werken te maken zodat er meer informatie beschikbaar komt voor het publiek. Dit is tegenintuïtief, gezien auteursrecht een restrictie oplegt op het werk, zodanig dat het niet vrij beschikbaar is. Een *bepaalde* duur van auteursrecht is dan ook een pragmatisch middel om het idealistische doel (zoveel mogelijk werken vrij beschikbaar stellen) te bereiken. Behalve deze morele overweging is auteursrecht historisch, tenminste volgens de grondwet van de Verenigde Staten, juist voor de burger bedoeld. Het uitgangspunt van een ‘evenwicht’ tussen gebruikers en anderen is dan ook niet goed.

**VII.** *Geleid* door de wens de samenwerking tussen dienstverleners en houders van rechten te bevorderen om de betrokken inbreuken in de digitale omgeving aan te pakken,

Met *dienstverleners* worden hier de internetaanbieders bedoeld (*XS4All*, *Ziggo*, *@Home* enzovoort). De *houders van rechten* zijn soms de auteurs zelf maar typisch bedrijven die beweren de rechten van de auteurs te behartigen. Vaak besteden deze bedrijven (bijv. platenmaatschappijen) de aanpak van auteursrechtsschending (in ACTA ‘piraterij’ genoemd) uit aan grotere organisaties zoals stichting *BREIN*.

Het idee achter deze wens is dat organisaties zoals *BREIN* zouden mogen eisen van internetaanbieders internetgebruikers af te sluiten, andere maatregelen op te leggen of mogelijk de gegevens van de gebruikers door te geven aan *BREIN* of de politie. Een dergelijke regeling is tegenstrijdig met *netneutraliteit*, wat zegt dat internetaanbieders geen invloed mogen hebben op het soort internetverkeer dat door de gebruikers wordt gegenereerd. Het internet moet vrij

zijn en blijven en niet onderhevig zijn aan censuur. Het idee van samenwerking tussen internetaanbieders en houders van rechten is niet a priori verkeerd, maar het gevaar is dat dit al snel naar censuur en het einde van netneutraliteit leidt.

**VIII.** *Geleid* door de wens dat de werking van deze overeenkomst bijdraagt aan wederzijdse ondersteuning bij internationale handhaving en samenwerking binnen de betrokken internationale organisaties,

Zoals eerder besproken is het verdrag zelf niet echt internationaal, gezien dit tot stand is gekomen buiten de Verenigde Naties om. Het is dan ook moeilijk te verwachten dat het verdrag ondersteund wordt door de regeringen van alle naties. En dan heb ik het niet eens over de burgers.

**IX.** *Met erkenning van* de beginselen die in de op 14 november 2001 door de Ministeriële conferentie van de WTO goedgekeurde *Verklaring van Doha inzake de TRIPs-overeenkomst en de volksgezondheid* zijn vervat,

*zijn hierbij het volgende overeengekomen:*  
[...]

Hierop volgen de artikelen van het verdrag.

De verwijzing naar de volksgezondheid is in deze analyse nog niet ter sprake gekomen. Dit komt omdat we hier gekozen hebben voor een analyse waarin onder ‘intellectueel eigendom’ *auteursrecht* wordt verstaan. Wat binnen de geneeskunde een grote rol speelt zijn *octrooien* en dus ook *octrooirecht*. Het uitvoeren van ACTA betekent onder meer dat octrooien op geneesmiddelen streng worden gehandhaafd (zie bijv. de analyse van S. Flynn en B. Madhani). Op dit moment is het in veel ontwikkelingslanden mogelijk om goedkoop medicijnen te kopen. Prijzen zijn typisch vergelijkbaar met de productiekosten van het medicijn, wat een kleine fractie is van waarvoor ze in onze apotheken liggen. Grote farmacieën hebben octrooien op medicijnen en kunnen dus willekeurig hoge prijzen eisen. Als dit ook het geval wordt in armere landen, betekent dit dus dat zij kunnen bepalen wie mag blijven leven en wie niet. Gezien deze bedrijven aandeelhouders hebben waardoor ze bij de wet verplicht zijn zo veel mogelijk winst te maken, ligt het voor de hand dat ze mensen die niet kunnen betalen laten sterven. Winst boven alles.

### 3 Conclusie

Door alleen naar de preambule van *ACTA* te kijken, wordt het al snel duidelijk dat in *ACTA* niet veel goeds kan staan. Het is een verdrag dat negatief uitpakt voor de burger en alleen naar de winst van bestaande grote corporaties kijkt. In deze analyse heb ik mij sterk geconcentreerd op één type intellectueel-eigendomsrecht, namelijk auteursrecht. De laatste paragraaf, waarin ik verwijs naar octrooien geeft aan dat het verdrag potentieel nog inhumanere gevolgen kan hebben. Verder heb ik aangestipt dat *ACTA* ondemocratisch tot stand is gekomen. *ACTA* staat voor *Anti-Counterfeiting Trademark Agreement*, maar een betere naam zou zijn: de *Anti-Culture Totalitarians Agreement*.