

De Deense cartoonkwestie

De nuance tussen kunnen en mogen en de rechterlijke toets ex post

344

Wir alle sind kinder der Aufklärung stelde Günter Grass eens. Dit citaat zou de prelude kunnen vormen van een vurig betoog voor het recht op vrije meningsuiting zoals sommige politici de afgelopen weken hebben gehouden naar aanleiding van de publicatie van cartoons over de profeet Mohammed in de Deense krant *Jyllands-Posten*. Zo stelde bijvoorbeeld het Europarlementslid Jeanine Jennis-Plasschaert (VVD) dat het absoluut absurd is als de vrijheid van pers en meningsuiting moet buigen voor de opvattingen van radicale moslims met een fundamentalistische uitleg van de Koran. Ook in Nederland leidde de 'Deense affaire' tot heftige reacties. Sommige Tweede Kamerleden wierpen zich op als de beschermer van het recht op vrije meningsuiting (Hans van Baalen, 'Wij zijn allen Denen'), gaven persconferenties voor de verzamelde wereldpers (Ayaan Hirsi Ali) of plaatsden de omstreden cartoons op hun website als adhesiebetuiging (Geert Wilders). Ook diverse media lieten zich niet onbetuigd. Zo schreef de hoofdredacteur van het NRC Handelsblad dat het 'natuurlijk vervelend is als mensen zich gekwetst voelen, maar dat hoort er in onze liberaal-democratische samenleving af ten toe ook bij. Vrijheid van meningsuiting moet ook in deze vooropstaan'. Grote woorden, maar deze opvattingen getuigen eerder van een overspannen beeld van het recht op vrijheid van meningsuiting dan van een coherent inhoudelijk inzicht in de materie.

In mijn optiek doet in de 'Deense kwestie' het recht op vrijheid van meningsuiting niet terzake. De juridisch (en politiek) relevante vraag is niet of de publicatie van de cartoons is toegestaan op grond van het recht op vrije meningsuiting, maar of de publicatie van de cartoons strafbaar is gesteld in de relevante wetgeving of niet. Een casus om de merkwaardigheid van het huidige debat aan te tonen: iemand pleegt valsheid in geschrifte en wordt vervolgd op grond van artikel 225 Sr. De meeste juristen zullen het vreemd vinden indien de advocaat zijn pleidooi zou baseren op het recht op vrije meningsuiting van zijn cliënt.

Een dergelijk betoog zal gekwalificeerd worden als niet terzake dienend. Waar het immers om gaat is of de desbetreffende handeling strafbaar is of niet. Mutatis mutandis geldt dit voor de cartoons waarin de holocaust wordt ontkend die momenteel op de website van de AEL zijn gepubliceerd. De vraag is niet of dit *mag* gepubliceerd worden *vanwege* het recht op vrije meningsuiting, immers iedereen *kan* alles te allen tijde openbaren, maar *of* de desbetreffende wetgeving dit toestaat of niet. Deze toets dient door de rechter plaats te vinden.

De bevestiging van bovenstaande stelling lees ik terug in artikel 7 van de Grondwet. In artikel 7 lid 1 Grondwet staat dat niemand voorafgaand verlot nodig heeft om door de drukpers gedachten of gevoelens te openbaren, behoudens ieders verantwoordelijkheid volgens de wet. De eerste zinsnede 'zonder voorafgaand verlot' geeft een verbod op censuur weer, dus geen ex ante toezicht op het geopenbaarde. Dit zogenaamde kernrecht mag alleen beperkt worden door de wet in formele zin dat blijkt uit de tweede zin van het artikel '*behoudens ieders verantwoordelijkheid volgens de wet*' (zie ook: art. 10 lid 2 EVRM en art. 19 lid 3 IVBPR). Deze laatste zin geeft het ex post karakter van het systeem weer: iedereen *kan* alles openbaren, achteraf vindt de rechterlijke toets plaats of de publicatie *mag*.

Dit wettelijke systeem waarin de inhoudelijke toets ex post aan de rechter is overgelaten werkt in Nederland prima. In dit kader is het befaamde 'ezelsproces' (1968) tegen Gerard Reve interessant. Reve had in een brief vanuit Spanje aan een zakelijke relatie de volgende – volgens sommigen – kwetsende passage opgenomen: 'Maar het liefste hier zijn de ezels. Dat zijn zulke schatten! Maar ze hebben het heel hard. Ik geef ze altijd mijn suiker, want die gebruik ik niet als ik op de terrassen koffie drink. Als God zich opnieuw in het Levende Stof gevangen geeft, zal Hij als Ezel terugkeren, hoogstens in staat een paar lettergrepen te formuleren, miskend en verguisd en

geranseld, maar ik zal Hem begrijpen en meteen met Hem naar bed gaan, maar ik doe zwachtels om zijn hoefjes, dat ik niet te veel schrammen krijg als hij spartelt bij het klaarkomen. Ach, soms smelt je hart, als je een ezel ziet met een ezelsveulen – wie dat ziet en dan nog God zou kunnen loochenen, dat is mij onbegrijpelijk.'

De arrondissementsrechtbank in Amsterdam vond dat godslastering bewezen was, maar 'smaling' niet. Opvallend was dat de rechter toetste aan 'het in brede kringen van de Nederlandse samenleving aanvaardde godsbeeld' waarbij de mening van de lezer als bepalend werd genomen om vast te stellen of de opmerkingen van Reve godslasterlijk waren. In hoger beroep voert Reve zijn eigen succesvolle verweer. De rechter oordeelde dat niet de opvatting van de lezer, maar de bedoeling van de schrijver beslissend is om te bepalen of de passage godslasterlijk was. Het recht op vrijheid van meningsuiting werd in dit proces niet ten tonele gevoerd omdat dit niet terzake deed. De centrale vraag was of de passage van Reve strafbaar was op grond van artikel 147 Sr.

Andere voorbeelden zijn de tevergeefse poging van de Bond tegen het vloeken om in 1995 Theo van Gogh veroordeeld te krijgen op grond van artikel 147 Sr, nadat hij christenen voor 'christenhonden' en 'supportersvereniging van die rotte vis van Nazareth' had uitgemaakt. Het Hof Amsterdam besloot geen vervolging in te zetten en het Europese Hof voor de rechten van de mens verklaarde de klacht van de Bond in 1999 zonder opgaaf van redenen niet ontvankelijk. In deze zaak stond het recht van vrije meningsuiting niet ter discussie. In andere uitspraken van de Rechtbank 's-Gravenhage 15 maart 2005 (Hirsi Ali, Submission II), van de Hoge Raad 14 januari 2003 (*NJ* 2003, 261), Hof 's-Gravenhage 18 november 2002 (El Mounni, *NJ* 2003, 24), Hoge Raad 2001 (Van Dijke, *NJ* 2001, 203) werd door de rechter slechts een inhoudelijke toets aan het materiële recht uitgevoerd (*mogen*) zonder dat inhoudelijk het recht van vrije meningsuiting

ter discussie werd gesteld (*kunnen*). Besluit de rechter dat de uiting niet is toegestaan op grond van de wet, dan volgt een sanctie. Wordt geen inbreuk vastgesteld, dan is de uiting dus toegestaan en dient de gekwetste zich daarbij neer te leggen. Geen misverstand: iedere vorm van eigenrichting is ontoelaatbaar.

Het CIDI en de Al-Tawheed Moskee respecteren dit systeem en hebben – zoals het hoort – een klacht bij de justitiële autoriteiten ingediend tegen respectievelijk de

cartoons op de website van de AEL en de cartoons op de site van politicus Geert Wilders. Ook het verzoek van verschillende Arabische regeringen aan de Deense regering om de cartoonist en de krant te straffen is in beginsel begrijpelijker (appèl aan de rechter) dan de emotionele verwijzingen naar een vermeend absoluut karakter van het recht op vrije meningsuiting door Plasschaert, Geert Wilders, het NRC Handelsblad en anderen. Ik kan niet anders concluderen dan dat laatstgenoemden het

recht van vrije meningsuiting kennelijk kwalificeren als een vreemdsoortige normatieve rechtvaardiging om ongebreideld bijna alles zonder enige sanctie en/of beperking te *mogen* publiceren en dat is in Nederland – gelukkig – niet toegestaan doordat de rechter – desgevraagd – ex post inhoudelijk toetst aan relevante wetgeving en desnoods sanctioneert. ■

Harry Veenendaal (student Nederlands Recht te Utrecht)



Commissie draagt Microsoft op om **bedrijfsgeheimen** zonder geheimhoudingsbeding aan derden te verschaffen

345

1. Op 24 maart 2004 is Microsoft door de Commissie veroordeeld wegens misbruik van machtspositie tot ondermeer betaling van een boete van bijna een half miljard euro en het beschikbaar stellen aan derden van de specificaties van de interface protocollen van Windows ('Specificaties') om derden in staat te stellen hun software (beter) geschikt te maken om met Windows te werken.¹ Op grond van de Beschikking² dient Microsoft ondermeer de Specificaties aan derden die met Windows concurrerende systeemsoftware willen maken op redelijke en niet discriminerende voorwaarden te licentiëren. De Specificaties zijn inmiddels gemaakt en liggen vast in een elektronisch stuk van zo'n 12 000 pagina's met technische beschrijvingen en broncodes van de interface protocollen van Windows. De Specificaties bevatten veel bedrijfsgeheimen en knowhow van Microsoft, die niet of niet voldoende door rechten van intellectuele eigendom beschermd kunnen worden, maar waarin wel sub-

stantieel is geïnvesteerd. Zoals elke onderneming beschermt Microsoft deze kennis door middel van geheimhoudingsovereenkomsten, vaak in de vorm van speciale technologie- of knowhow overeenkomsten.

2. Om uitvoering te geven aan de Beschikking hebben Microsoft en de Commissie uitgebreid overleg gevoerd, hetgeen er uiteindelijk in resulteerde dat Microsoft vooralsnog alle aanwijzingen van de Commissie op één na accepteerde. De Commissie verlangde van Microsoft dat zij onderscheid zou maken tussen twee vormen van bedrijfsgeheimen en knowhow, die op verschillende manieren aan derden ter beschikking gesteld zou moeten worden. Ten aanzien van de protocollen die niet nieuw en inventief zijn eiste de Commissie dat Microsoft toestaat dat die verder worden verspreid, zonder dat daarvoor de voorwaarde van vertrouwelijkheid mag worden gesteld. Het is de eerste keer dat dergelijke aan het octrooirecht ontleende criteria in

een artikel 82 EG-zaak worden toegepast. Microsoft wordt derhalve gedwongen om een groot deel van de broncode van Windows, waarin zij jarenlang substantieel heeft geïnvesteerd en die zij door middel van geheimhouding beschermt, zonder enige voorwaarde aan het algemene publiek ter beschikking te stellen. Deze eis van de Commissie staat haaks op de rechtspraak van het Hof van Justitie van de EG die zich in vergelijkbare zaken³ juist terughoudend heeft opgesteld en bepaalde dat informatie onder redelijke en niet-discriminerende voorwaar-

1. Zaak COMP/C-3/37 792, <http://europa.eu.int/comm/competition/antitrust/cases/decisions/37792/en.pdf>, ('de Beschikking').

2. Microsoft is hiertegen op 7 juni 2005 in beroep gegaan bij het Gerecht van Eerste Aanleg ('GEA') (zaak T 201/04).

3. Zoals Magill (zaken C-241/91 en C-242/91) en IMS Health (zaak C-418/01).