

Vzr Rechtbank Amsterdam
Mr A.J. Beukenhorst
Zitting van 22 mei 2007
13.30 uur

PLEITNOTITIES MRS ALBERDINGK THIJM en
HYLKEMA

Inzake

de stichting

WIJ VERTROUWEN STEMCOMPUTERS NIET

gevestigd te Amsterdam;
gedaagde,

Procureur: Mr Chr.A. Alberdingk Thijm

Advocaat: Mrs Chr.A. Alberdingk Thijm en T.T. Hylkema

tegen

de besloten vennootschap

BUREAU VOOR VERKIEZINGSUITSLAGEN J.W.

GROENENDAAL B.V.

gevestigd te Noordwijkerhout
eiseres

Procureur: Mr F.B. Falkena

Advocaat: Mr A.G. Moeijes

INDELING

Inleiding	3
Feitelijk kader	5
Juridisch kader	15
Vorderingen.....	30
Conclusie	32

INLEIDING

1. Een “verweesd dossier”. Zo noemt de commissie Hermans het dossier rondom stemcomputers [productie 2]. Verweesd, omdat het dossier al veertig jaar bestaat, maar dat door niemand wordt geclaimd. Al jaren realiseert de politiek zich dat de huidige situatie, waarin elementaire delen van de stemcomputer niet gecontroleerd worden en waarvan de geheime werking in handen is van een driemanschap te Noordwijkerhout, uiterst onwenselijk is. In 1998 noemt staatssecretaris Kohnstamm deze situatie “doodeng”.¹ Toch gebeurt er weinig tot niets om in deze doodenge situatie verandering te brengen.
2. Het is de verdienste van de Stichting en het onderzoek dat zij heeft verricht dat nu eindelijk een maatschappelijk en politiek debat is ontstaan over de importantie en de urgentie van dit verweesde dossier. Anderen hebben kunnen voortbouwen op het onderzoek van de Stichting: de AIVD, de OVSE, de commissie Hermans en straks de commissie Korthals Altes. Iedereen die voortborduurde op de inspanningen van de Stichting roemt het feit dat zij het debat heeft aangewakkerd en het zorgvuldige onderzoek dat zij heeft verricht.
3. Iedereen, behalve één belangrijke speler in het debat: Groenendaal. Oprichter en directeur van Groenendaal, de heer Groenendaal, noemt de initiatiefnemer van de Stichting, de heer Rop Gonggrijp consequent de “hacker”. Gelet op hetgeen de Stichting in korte tijd heeft bereikt, verdient men meer respect. Groenendaal is dan ook altijd gekant geweest tegen iedere vorm van onderzoek. “Bij het woord commissie (...) gaan mijn nekharen overeind staan.” schrijft de heer Groenendaal op 10 november 2006 aan de heer Heida [productie 10a].
4. Groenendaal vervloekt de overheidscommissie die is ingesteld na het debacle in Ierland met het stelsysteem van Nedap/Groenendaal. Twee jaar en 365 pagina’s had die commissie volgens Groenendaal nodig om “haar incompetentie te verhullen”. Ook

¹ Hermans, p.19.

de overheid krijgt er in de bewuste e-mail van langs: Het Expertise centrum (HEC) dat in 1999 een rapport schreef, had nooit mogen worden ingeschakeld.

5. Het spreekt voor zich dat de Stichting haar onderzoek nooit had kunnen verrichten zonder te beschikken over een Nedap stemcomputer en de daarmee geïntegreerde en verweven software van Groenendaal. Dat onderzoek, aanvullend onderzoek en de mogelijke kritiek die dat tot gevolg heeft op Groenendaal is precies wat hij door dit kort geding wil verhinderen. Groenendaal wil de waarheidsvinding en het publieke en politieke debat over stemcomputers en de software van Groenendaal in de kiem smoren. Er is Groenendaal alles aan gelegen dat dit een verweesd dossier blijft.
6. Dat het verhinderen van kritiek de werkelijke reden is van dit kort geding blijkt ook wel uit het feit dat Groenendaal in de dagvaarding zich er uitvoerig over beklaagt dat zijn software door de Stichting in diskrediet wordt gebracht. Ook blijkt dit uit de door Groenendaal als productie 3 overgelegde sommatiebrief, waarin de Stichting onder meer wordt gesommeerd de software niet meer te gebruiken en “al het commentaar van de website www.wijvertrouwenstemcomputersniet.nl te verwijderen t.a.v. deze software”.
7. Dit is zowel feitelijk als juridisch een complexe zaak. De Stichting is van mening dat deze zaak ongeschikt is om in kort geding behandeld te worden. Dat blijkt onder meer uit het feit dat de Stichting genoodzaakt is geweest een omvangrijke conclusie van antwoord (CvA) te nemen, hetgeen in kort geding bepaald ongebruikelijk is. De litigieuze software staat al een half jaar online. Indien Groenendaal een goed debat wenste over de geoorloofdheid daarvan, was een bodemprocedure passend geweest. Voor alle overige weren stelt de Stichting zich op het standpunt dat ieder spoedeisend belang in deze zaak ontbreekt.
8. In het navolgende zal eerst een beknopt resumé worden gegeven van hetgeen in de CvA is opgenomen. Aansluitend zal ik nog het één en ander over Groenendaal opmerken en de (mogelijke) gebreken die aan diens software kleven. Vervolgens zal het juridisch kader worden geschetst.

FEITELIJK KADER

RESUMÉ CONCLUSIE VAN ANTWOORD

9. In de CvA is een uitvoerige inleiding gegeven op het debat dat vandaag plaatsvindt. Alles wat daar gesteld is, dient als hier herhaald en ingelast te worden beschouwd. Puntsgewijs stip ik nog enige conclusies van de CvA aan.

- Verkiezingen dienen transparant en controleerbaar te zijn. Dit volgt niet alleen uit de Kieswet, maar ook uit internationale verdragen en richtlijnen;
- De onderhavige software genaamd "Integraal Stemsysteem" of "ISS", is vergroeid met de Nedap stemcomputer die in 95% van de gevallen wordt gebruikt;
- ISS vervult diverse taken, onder meer het schrijven van de kandidatenlijsten op de Nedap en het berekenen van de uitslag van de verkiezingen;
- ISS moet geïnstalleerd worden op een aparte PC;
- ISS wordt door niemand, buiten Groenendaal, getest en beoordeeld;
- ISS bevat regelmatig fouten;
- De broncode van ISS is geheim;
- Voor iedere verkiezing wordt een nieuwe versie van ISS gemaakt;
- De versie die op de website van de Stichting is gepubliceerd is de versie van voor de gemeenteraadsverkiezingen van 2006 en is niet bruikbaar voor andere verkiezingen;
- De stichting heeft vele gebreken aangetoond in ISS, die door Groenendaal worden gebagatelliseerd.

GROENENDAAL

10. Groenendaal Bureau voor Verkiezingsuitslagen speelt de hoofdrol wat betreft het elektronisch stemmen tijdens de verkiezingen. Het is Groenendaal die de Nedap stemcomputers en ISS software aan de gemeenten levert. De samenwerking tussen Groenendaal en Nedap moet volgens HEC getypeerd worden als een joint venture.

"Nedap is van origine leverancier van stemmachines, en heeft voor de (ontwikkeling van) software in dit kader een joint venture gesloten met

Groenendaal. Daarbij levert Nedap de stemb machines en de ondersteuning, Groenendaal de verwerkingssoftware en de joint venture het totale systeem; inclusief onderhoud van machines en ondersteunende diensten tijdens verkiezingen."

11. Feitelijk moet Groenendaal aangemerkt worden als een exclusief distributeur. Hij heeft van Nedap het alleenrecht gekregen om de computers met toebehoren te leveren. In het tijdschrift Burgerzaken en Recht schrijft Groenendaal:

*"We hebben bedrijfsmatig kunnen overleven doordat we de verkooprechten hadden van de Nedap machines."*²

12. Groenendaal opereert dikwijls onder de naam Nedap/Groenendaal. Die naam is opgenomen in zijn briefpapier. Volgens Groenendaal betreft het een merknaam van Nedap en Groenendaal gezamenlijk. Feit is dat Groenendaal alle contacten met de gemeenten onderhoudt en dat de gemeenten enkel Groenendaal kennen als leverancier van het stelsysteem.
13. Groenendaal levert met zijn stelsysteem in de woorden van Het Expertise Centrum (HEC) een "totaal oplossing", namelijk een totale automatiseringsondersteuning van het gehele kiesproces, van stembureau tot centraal stembureau. Hierdoor is in de woorden van de commissie Hermans ook sprake van "ketenafhankelijkheid".³ Het centraal stembureau is afhankelijk van de gegevens die het krijgt aangeleverd van de decentrale stembureaus, die ook allen met de software van Groenendaal werken.⁴ Volgens de commissie Hermans bevindt de Kiesraad zich mede hierdoor in een "omhelzing" met Groenendaal.⁵
14. Groenendaal heeft met de individuele gemeenten begin jaren 90 een (summiere) onderhoudsovereenkomst gesloten. Als productie 5 heeft Groenendaal hier een groot aantal voorbeelden van overgelegd. In de beknopte overeenkomst wordt niet over de vereiste werking van de software bepaald, laat staan over de beveiliging daarvan. De

² Het artikel is gepubliceerd op de website van de Stichting:
<http://www.wijvertrouwenstemcomputersniet.nl/images/5/5c/20060200-NVVB.pdf>

³ HEC, p.6.

⁴ Hermans, p.35.

aansprakelijkheid van Groenendaal voor gebreken is in de overeenkomst vergaand beperkt (artikel 6). Groenendaal verstrekt de gemeenten geen nadrukkelijke licentie voor het gebruik van de software. Die zal impliciet wel zijn verstrekt, aangezien de gemeenten de software anders niet kunnen gebruiken voor het doel waarvoor hij wordt geleverd. Hoe het ook zij, de Kiesraad heeft in ieder geval geen licentie op het programma. Desgevraagd heeft Groenendaal dat geweigerd.⁶

15. Opvallend is dat in de onderhoudsovereenkomst is opgenomen dat de laatste versie van de broncode van het programma is gedeponneerd bij het secretariaat van de Kiesraad. Artikel 3.3 van de overeenkomst bepaalt verder dat indien gemeenten de overeenkomst door het in gebreke blijven van Groenendaal ontbindt, de afgifte van die broncode aan een “in de plaats tredende leverancier” kan plaatsvinden. Ook artikel 10.2 van de overeenkomst geeft onder bepaalde omstandigheden recht op afgifte van de broncodes.
16. Dat alles is opvallend omdat de Kiesraad helemaal niet beschikt over de broncode van het programma. De commissie Hermans schrijft dat vanaf 1999 de Kiesraad zorgen heeft over het feit dat de broncode van de programmatuur niet bij haar bekend is.⁷ Ook HEC schreef in 1997 dat “niemand” weet wat er in de programmacode staat.⁸ Op 22 november 2006 schrijft de Kiesraad aan de minister voor Bestuurlijke Vernieuwing en Koninkrijksrelaties dat het niet gelukt is met Nedap/Groenendaal tot overeenstemming te komen over een depot van de broncodes, aangezien de software leverancier hechtten aan een “hoogst ongebruikelijk beding”, namelijk dat de Kiesraad aansprakelijkheid zou accepteren tot een bedrag van € 100.000.000. **[productie 11]**. Hoewel in de brief van de Kiesraad steeds gesproken wordt over Nedap wordt hier onmiskenbaar ook Groenendaal mee bedoeld. Wie broncode zegt, zegt immers Groenendaal.
17. Groenendaal kan dergelijke eisen stellen, aangezien hij 95% van de markt bestrijkt en dus een bijna-monopoliepositie inneemt. Vanuit deze positie kan hij de Kiesraad en het ministerie vergaand onder druk zetten.

⁵ Hermans, p.39.

⁶ Hermans, p.37.

⁷ Hermans, p.35.

⁸ HEC, p.21.

18. Op 11 november 2006 stuurt hij de verantwoordelijke ambtenaar van BZK, de heer Heida, een e-mail waarin hij eist dat de overheid “tegen reële vergoeding” de aandelen van het bedrijf Groenendaal overneemt om het vervolgens direct te liquideren. Onder die voorwaarden zal Groenendaal bij de eerst komende Provinciale-Statenvierkiezingen nog zijn medewerking verlenen **[productie 10a]**. In een aansluitende brief van 22 november 2006 aan minister Nicolaï schrijft Groenendaal dat vanwege zijn pensionering het voortbestaan van het bureau “acuut” in het geding is, en daarmee “loopt ook de voorbereiding van de eerst volgende verkiezing gevaar”. Groenendaal geeft aan dat hij niet wil wachten op het rapport van de commissie Hermans. Hij wil zeer snel een reactie op zijn voorstel dat het ministerie zijn bureau overneemt **[productie 10b]**.
19. Groenendaal zendt ook een verklaring aan alle gemeenten die ISS gebruiken, waarin hij aangeeft zich niet te kunnen verenigen met de wijze waarop het ministerie de regie van het kiesproces voert, waarmee hij met name doelt op de beslissing van het ministerie om een onafhankelijke overheidscommissie te benoemen. Om die reden wijst Groenendaal “elke eventuele mede-verantwoordelijkheid nadrukkelijk af” **[productie 10c]**. Ook geeft Groenendaal aan “met onmiddellijke ingang” al zijn activiteiten te staken indien de heer Gonggrijp van de Stichting in deze commissie wordt opgenomen **[productie 10a]**. Nicolaï reageert adequaat en merkt op dat hij geen sonderingen wenst over “wat Groenendaal nu eigenlijk wil”.⁹
20. Door zijn positie kan Groenendaal zich ook inhoudelijk met de verkiezingen bemoeien. Omdat het voor ISS niet mogelijk is om meer dan dertig kandidaten per partij te tonen, krijgen vier grote politieke partijen in september 1997 een brief met het verzoek de kandidatenlijsten tot maximaal dertig te beperken. De Kiesraad moppert dat Groenendaal “zijn plaats niet kent”, maar kan uiteindelijk niet anders dan zich te verenigen met het verzoek van Groenendaal.¹⁰

DE STICHTING

⁹ Hermans, p.37.

¹⁰ Hermans, p.36-37.

21. De Stichting is een coalitie van burgers die ongerust zijn over het huidige gebruik van stemcomputers bij Nederlandse verkiezingen. De Stichting is een initiatief van Rop Gonggrijp, Peter Knoppers, Anne-Marie Oostveen en Barry Wels. Inmiddels zijn er veel meer mensen bij betrokken. De Stichting is van mening dat alle verkiezingen voor gemeenteraad, Provinciale Staten, Tweede Kamer en Europees Parlement zo dienen te verlopen dat iedere burger in principe toezicht kan houden op een eerlijk verloop. Het in de Kieswet vastgelegde recht van iedere kiezer om aanwezig te zijn bij het tellen van de stemmen, is sinds de invoering van de stemcomputer in Nederland een dode letter geworden. De huidige situatie - waarbij zelfs de leden van de stembureaus geen enkel zicht hebben op het feitelijke tellen van de stemmen - is volgens de Stichting onacceptabel.
22. De Stichting is niet tegen ieder gebruik van stemcomputers. Zij vindt wel dat het gebruik daarvan omkleed moet zijn met extra waarborgen. De Stichting vindt onder meer dat van alle software die gebruikt wordt in het verkiezingsproces de broncode gepubliceerd dient te zijn. Bovendien moet er ook altijd een papieren kopie van elke uitgebrachte stem zijn. En die papieren stemmen moeten dan ook regelmatig geteld kunnen worden, zodat een hertelling mogelijk is. Dit kan inmiddels met nieuwe stemcomputers die beschikken over een 'paper-trail'.
23. De politiek is het ondertussen in grote mate eens met de Stichting. Er tekent zich een kamermeerderheid af die de conclusies van de commissie Hermans onderschrijft.
24. Het onderzoek van de Stichting begon met een onschuldige opmerking. Om aan te geven dat een Nedap geen "machine" maar gewoon een computer is, schrijft de Stichting op haar website dat de stemcomputer dus net zo goed geprogrammeerd kan worden om er tegen te schaken of om over de verkiezingsuitslag te liegen¹¹. Groenendaal wil, getuige een stuk op zijn website, wel eens zien dat de Stichting kan schaken tegen zijn stemcomputers:

*"De bewering dat je met onze stemmachine ook kunt schaken zou ik graag eens gedemonstreerd zien."*¹²

¹¹ http://www.wijvertrouwenstemcomputersniet.nl/Stemcomputers_niet_stemmachines

¹² http://www.election.nl/bizx_html/ISS/documents/WIJVERTROUWENSTEMCOMPUTERSNIET.pdf

25. Die uitdaging wordt graag door de Stichting geaccepteerd. Nadat de Stichting delen van ISS en van de ingebouwde software van onze Nedap stemcomputer demonteert, bewijst zij dat je inderdaad schaak kunt spelen tegen een stemcomputer¹³. Overigens speelt de stemcomputer wegens zijn beperkte geheugencapaciteit bepaald geen schaak op grootmeesterniveau.



26. Om onderzoek te kunnen doen naar de stelsystemen koopt en leent de Stichting stemcomputers inclusief de software van gemeenten. Opgemerkt zij dat het de Stichting natuurlijk volledig vrij stond de stemcomputers te lenen en aan te schaffen. Er geldt geen verbod voor de aanschaf van stemcomputers en software in Nederland. Overigens hebben ook de gemeenten niet in strijd gehandeld met een wettelijke regel. De wederverkoop van de computers is niet aan beperkingen onderhevig. Voorzover derden rechten kunnen doen gelden terzake de software, is de wederverkoop vanwege

¹³ <http://www.wijvertrouwenstemcomputersniet.nl/images/thumb/f/f8/P1010893.jpg/700px-P1010893.jpg>

het uitputtingsbeginsel geoorloofd. Groenendaal verwijt de Stichting dat zij de computers onder valse voorwendselen heeft gekocht (Dv 4). Dat is onjuist. Wat daar echter ook van zij, voorzover iemand in zijn recht zou zijn aangetast hierdoor zijn dat de gemeenten, niet Groenendaal. Inmiddels zijn de gemeenten verboden nog stemcomputers te verkopen. Groenendaal hoopt dat hiermee ook het onderzoek naar zijn software en het debat daarover verstomt.

GEBREKEN IN DE ISS SOFTWARE

27. De Stichting heeft de software gepubliceerd omdat dit haar constatering dat deze fouten bevat ondersteunt en geloofwaardig maakt. Ook wil zij hiermee derden in staat stellen aanvullend onderzoek te doen.
28. Het staat vast dat de ISS software vele gebreken bevat. Nota bene de Kiesraad vertrouwt de uitslagberekeningssoftware niet. In 2003 schrijft de Kiesraad aan de minister dat “bij bepaalde kandidatenlijsten een detailafwijking in de uitslagberekeningsprogrammatuur is geconstateerd”. Ook HEC rapporteerde in 1999 al over fouten in de programmatuur. Volgens HEC mag er “niet volledig op vertrouwd worden dat de programmatuur correct is”.¹⁴ In het HEC-rapport uit 1999 wordt opgemerkt dat met name in het geval van gecombineerde lijsten en bij de zetelverdeling rekenfouten in de programmatuur worden geconstateerd.¹⁵ Bijna 30% van de door HEC ondervraagde gemeenten hebben te kampen gehad met storingen. Deze hebben betrekking op het inlezen van de stemgeheugens, problemen met de printer en de netwerkversie. Eén van de 24 ondervraagde gemeenten overweegt binnenkort over te stappen naar de stemcomputer van SDU, omdat er “regelmatig” fouten in ISS worden ontdekt.¹⁶ Volgens HEC kunnen deze fouten leiden tot een onjuiste uitslagverwerking en/of zetelverdeling. Met andere woorden, door de fouten in ISS kan een politieke partij ten onrechte zetels winnen of verliezen.
29. In 2004 schrijft het Brits-Ierse bedrijf Zerflow dat het kinderlijk eenvoudig is om de kandidatenlijsten die met behulp van ISS worden ingelezen in het geheugen van de

¹⁴ Hermans, p.35.

¹⁵ HEC, p.18.

Nedap stemcomputer te verwisselen. Ook is het stemgeheugen, waarin de stemmen worden geregistreerd, eenvoudig te verwisselen.¹⁷ Het is verder onmogelijk om met behulp van ISS de uitgebrachte stemmen nog eens te tellen. Dat betekent dat iedere hertelling en controle onmogelijk is.

30. Ook blijkt ISS ongeschikt voor het zogenaamde elektronisch gefaseerd stemmen. Dit is nodig omdat de grote hoeveelheid partijen en de lange kandidatenlijsten niet meer fatsoenlijk op de stempanelen kunnen worden getoond. Elektronisch gefaseerd stemmen houdt in dat eerst aan de kiezer alleen de partijen worden getoond en vervolgens de lijst met kandidaten van de partij naar de keuze van de kiezer zichtbaar wordt. Zoals gezegd, verzet Groenendaal zich tegen de introductie hiervan.¹⁸
31. De beveiliging van ISS is op diverse niveaus zeer gebrekkig. Dat geldt in de eerste plaats voor het gemak waarmee derden zich toegang kunnen verwerven tot de stemcomputers. Het actualiteitenprogramma EénVandaag kwam bijvoorbeeld tot de ontdekking dat in de gemeente Rotterdam alle vierhonderd Nedap stemcomputers in een onbeveiligde loods op een louche industrieterrein zijn opgeslagen. De Stichting heeft verder aangetoond dat de computers eenvoudig van een gemeente geleend of gekocht kunnen worden. Volgens de gemeente Naarden is het bovendien wel vaker voorgekomen dat stemmachines door gemeenten worden uitgeleend (o.a. aan basisscholen en voor voorlichting aan bejaardenhuizen) [productie 1c tijdens Groenendaal]. De Stichting heeft verder aangetoond dat de sleutel waarmee de stemcomputers en de software is beveiligd vergelijkbaar is met een paperclip. Bovendien kunnen de sleutels voor één euro per stuk via het internet worden besteld.¹⁹
32. Daarenboven is de omgeving waarbinnen ISS draait vaak onveilig. Zoals gezegd, moet ISS geïnstalleerd worden op een gewone, standaard PC. Feit is dat PC's in gemeentehuizen vaak ook aan het internet gekoppeld zijn en dat er op het web mee wordt gesurft en mogelijk op andere wijze allerlei onbetrouwbare software wordt geïnstalleerd. Het komt regelmatig voor dat een programma spyware of een virus bevat waarmee de werking van een ander programma eenvoudig kan worden veranderd of

¹⁶ HEC, p.17.

¹⁷ Hermans, p.28.

¹⁸ Hermans, p.14.

¹⁹ Rapport WWSN, p.4.

verhinderd. Opvallend is dat Groenendaal zelf het belang onderstreept dat een computer geen verbinding maakt met het internet. Om die reden heeft Groenendaal “er altijd voor gewaakt dat de stemmachines ‘stand alone’ blijven werken, d.w.z. geen enkele vorm van connectie in een netwerk om beïnvloeding van buitenaf uit te sluiten”. Groenendaal geeft aan dat hij begrip heeft voor de bezwaren die er zijn tegen de inzet van op normale PC’s gebaseerde stemmachines. “Onze stemmachine,” zo schrijft Groenendaal, “is echter een zgn. Dedicated Special Purpose Machine, d.w.z. uitsluitend gemaakt om mee te stemmen en verder niets” **[productie 13]**. Het is duidelijk dat Groenendaal het hier heeft over de stemcomputer van Nedap, waarmee ISS is geïntegreerd. Het is opmerkelijk dat deze terechte bezwaren opeens niet meer van toepassing zijn indien het gaat om de PC’s waar ISS op draait. En dat terwijl één enkele PC met ISS doorgaans de stemmen van een groot aantal stemcomputers verwerkt.

33. In de derde plaats is de gegevensoverdracht tussen de stemcomputer en de PC met ISS in het geheel niet beveiligd. De kandidatenlijsten worden met behulp van een inleesapparaat gekopieerd op een blauwe module, een soort memory stick uit begin jaren 80. Dit is het stemgeheugen. Die blauwe module wordt vervolgens in de Nedap computer gestoken tijdens de verkiezingen. Hier worden de stemmen op weggeschreven. Aan het einde van de dag wordt de blauwe module weer in het inleesapparaat gestoken en wordt de uitslag via de gewone PC met ISS berekend. Wie toegang heeft tot de blauwe module, heeft de verkiezingen dus in handen.
34. Er wordt geen digitale handtekening geplaatst bij de kandidatenlijsten of bij het stemmentotaal. Ook de opslag van de stemmen in de stemgeheugenmodules is onbeveiligd. Men heeft niet eens een wachtwoord nodig om het programma op te starten. Het enige wachtwoord in de software beschermt functies waar niet iedereen bij zou moeten kunnen, maar dit wachtwoord lijkt kinderlijk eenvoudig te achterhalen. De Stichting heeft aangetoond dat dit wachtwoord luidt: GEHEIM, in kapitalen.
35. Zoals gezegd, maakt Groenendaal voor iedere nieuwe verkiezing een nieuwe versie van de software, waarin ondermeer eerdere gebreken zijn hersteld. Vergelijk het met Microsoft die steeds een nieuwe versie van het programma Windows uitbrengt, waarvan laatstelijk het programma Vista. Voor buitenstaanders is het volstrekt

onduidelijk welke wijzigingen Groenendaal in het programma heeft doorgevoerd. Bij iedere nieuwe versie kunnen zich vanzelfsprekend weer nieuwe gebreken voordoen, zoals ook bij Vista het geval was. Aangezien in het programma geen zogenoemde audit-informatie wordt bijgehouden, is ook voor Groenendaal zelf niet duidelijk indien een ander iets wijzigt aan de gegevens die met ISS worden overgedragen.

36. Goede beveiliging is doorgaans ook niet zonder meer aan een bestaand stuk software toe te voegen. Goede beveiliging is een aspect dat reeds in de ontwerpfase van software een centrale rol hoort te spelen. Het probleem met ISS is dat het als gevolg van een jarenlang proces is gegroeid. Een klein aantal programmeurs plakt er steeds een stukje aan vast. Na al die jaren is het dan lastig om dingen helemaal om te gooien als dat voor een betere beveiliging wel nodig zou zijn.
37. Bij de keuzes die vastgebakken zitten in het ontwerp van ISS is ook de keuze voor de programmeertaal Delphi. Het keuringsinstituut TNO keurt wel de software in stemcomputers (weliswaar aan de hand van volstrekt ontoereikende eisen), maar niet de uitslagberekeningssoftware. Deden zij dit wel dan is de kans groot dat men voor ISS tot dezelfde aanbeveling zou komen als destijds voor het (ook in Delphi geschreven) stemcomputerprogramma "RS-Vote"²⁰. Op 3 december 1998 doen de opstellers van het keuringsrapport van RS-Vote 2.3 de volgende aanbeveling²¹:

"Vervangen van het gebruikte Pascal dialect (Delphi) door een meer standaard programmeertaal zoals C maakt het gebruik van geautomatiseerde hulpmiddelen mogelijk bij het uitvoeren van reviews."

38. Al in 1998 is de enige Nederlandse keuringsinstantie die nog iets van stemcomputers weet dus over het gebruik van Delphi voor verkiezingssystemen niet te spreken omdat de broncode dan niet eenvoudig met geautomatiseerd gereedschap op fouten is te controleren.

²⁰ RS-Vote was een voorloper van de Sdu NewVote stemcomputer waarvan de goedkeuring voor gebruik bij verkiezingen in oktober 2006 na activiteiten van de Stichting door de minister werd geschorst.

²¹ TNO-EIB, Keuring van het RS-Vote stelsysteem V2.3, 3 december 1998, http://www.wijvertrouwenstemcomputersniet.nl/images/1/1c/19981203_TNO_keuring_RS-vote_2.3.pdf

39. Hoewel niemand precies weet welke procedures Groenendaal er intern op na houdt om de kwaliteit van de software te garanderen kan gesteld worden dat het voor een bedrijfje dat in totaal uit drie mensen bestaat hoe dan ook een enorme uitdaging is om een organisch gegroeid, groot en complex programma als ISS te onderhouden. Bij gebrek aan echte technische documentatie, 'release notes' of ander houvast blijft het tot de dag van vandaag een open vraag of Groenendaal beschikt over een revisiesysteem, een bug-database en de testprocedures die onlosmakelijk horen bij het ontwerpen van veilige software. Onderzoek aan het programma zelf geeft een heel beperkt eerste beeld, maar alleen een blik in de broncode en een audit van de procedures binnen het bedrijf kunnen echte duidelijkheid scheppen. En daarvoor is het hoog tijd.

JURIDISCH KADER

AUTEURSRECHT

40. Deze zaak gaat over de reikwijdte van het auteursrecht. Gaat het auteursrecht zover dat onderzoek en kritiek door de uitoefening van het recht kan worden verhinderd? De Stichting beantwoordt die vraag met overtuiging ontkennend. Het kan niet zo zijn dat het auteursrecht wetenschappelijk onderzoek en innovatie op het gebied van stelsystemen verhindert. Het doel van het auteursrecht is nu juist dat een auteur zijn vormgegeven ideeën prijsgeeft aan de maatschappij. In ruil daarvoor krijgt hij een tijdelijk monopolie op de exploitatie van het werk.
41. Het auteursrecht is echter volstrekt niet onbeperkt. Beperkingen schuilen in de eerste plaats in de beschermingsomvang: een werk moet een eigen oorspronkelijk karakter hebben en het persoonlijk stempel van de maker dragen om voor bescherming in aanmerking te komen. De ideeën die ten grondslag liggen aan een werk zijn niet beschermd, een werk dat functioneel bepaald is, is niet beschermd. De Stichting betwist dat de onderhavige software voldoende oorspronkelijk is.
42. De Auteurswet zelf bevat vele wettelijke beperkingen, bijvoorbeeld voor onderwijs, het gebruik van overheidsinformatie, de pers, wetenschappelijk onderzoek en onderzoek

naar de werking van computerprogramma's. De Stichting beroept zich in deze zaak op de toepasselijkheid van vele wettelijke beperkingen, direct of naar analogie.

43. In de derde plaats wordt (de uitoefening van) het auteursrecht beperkt door wetten en regels buiten het kader van de Auteurswet. Voor dergelijke exogene toetsing is natuurlijk altijd ruimte. Het gebeurt ook regelmatig dat de uitoefening van het auteursrecht zich niet verenigt met andere wettelijke bepalingen, bijvoorbeeld op het gebied van het mededingingsrecht of het verbintenissenrecht. Artikel 9 van de Europese Auteursrecht richtlijn, ook wel de Infosoc-richtlijn genoemd, laat om die reden die buitenwettelijke regels nadrukkelijk onverlet.

“Deze richtlijn doet geen afbreuk aan bepalingen betreffende met name octrooirechten, handelsmerken, rechten inzake tekeningen of modellen, gebruiksmodellen, topografieën van halfgeleiderproducten, lettertypes, voorwaardelijke toegang, toegang tot de kabel van omroepdiensten, de bescherming van nationaal bezit, vereisten inzake wettelijk depot, beperkende praktijken en oneerlijke concurrentie, handelsgeheimen, veiligheid, vertrouwelijkheid, gegevensbescherming en persoonlijke levenssfeer, toegang tot overheidsdocumenten en het overeenkomstenrecht.”

44. In deze zaak dient de uitoefening van het auteursrecht door Groenendaal ook aan dergelijke beperkingen onderhevig te zijn, namelijk de informatievrijheid en het leerstuk misbruik van recht. In het navolgende zal ik voornamelijk spreken over de publicatie van de software. Voor zover niet anders aangegeven kan hier mede de publicatie van de handleiding bij de software worden gelezen.

AUTEURSRECHT

45. Computerprogramma's kunnen op zichzelf auteursrechtelijk beschermd zijn. In 1994 zijn computerprogramma's opgenomen in het werkbegrip van artikel 12 van de Auteurswet ter implementatie van de Richtlijn bescherming computerprogramma's. Indertijd was er veel te doen over de auteursrechtelijke status van software. Velen betwijfelden of computerprogramma's gezien hun sterk technische en functionele karakter als werken met een eigen persoonlijk karakter beschouwd zouden kunnen

worden. In deze zaak mogen we ervan uitgaan dat de functionaliteit van de ISS software uitsluitend het naleven van de Kieswet betreft. Aangezien niemand over de broncode beschikt is het niet na te gaan of de software voldoende eigen karakter bezit. Bij gebreke van inzicht in de broncode, wordt betwist dat deze een oorspronkelijke karakter heeft en het persoonlijk stempel van de maker draagt.

46. Ook als dit anders zou zijn, komt de software, naar analogie met artikel 11 van de Auteurswet, niet in aanmerking voor auteursrechtelijke bescherming. De ratio van artikel 11, waarin onder meer wetten en besluiten van auteursrechtelijke bescherming zijn uitgezonderd, is immers dat de openbaarheid van overheidsinformatie zo belangrijk is in een democratie dat deze niet aan enige beperkingen onderhevig mag zijn. Uit de Kieswet volgt bovendien dat alle informatie met betrekking tot het verkiezingsproces openbaar moet zijn. Dat geldt dus ook voor de software van Groenendaal.
47. Voor zover de software wel beschermd zou zijn, komt het auteursrecht overigens toe aan Groenendaal en Nedap gezamenlijk. Dit volgt onder meer uit het copyright symbool dat bij het opstarten van het programma in beeld verschijnt [**productie 7**]. Het is de Stichting onbekend of Nedap instemt met de handhaving van haar rechten door Groenendaal. In het volgende zullen we daarvan uitgaan.
48. Veronderstellend dat de software bescherming geniet van het auteursrecht, is het gebruik daarvan door de Stichting geoorloofd op grond van de wettelijke beperkingen op het auteursrecht.

Artikel 15a

49. Het gebruik van de Stichting is geoorloofd omdat dit voldoet aan de vereisten van artikel 15a Aw. De Stichting maakt gebruik van de software bij wijze van citaat in haar verhandelingen en rapporten over de betrouwbaarheid van de software. Artikel 15a Aw stelt 5 vereisten aan een toegestaan citaat, waarvan de belangrijkste is – kortweg -- dat het citaat in overeenstemming is met de redelijkheid en billijkheid en proportioneel is (sub iii).

- i. Het moet gaan om citeren uit een werk in een aankondiging, beoordeling, polemieken of wetenschappelijke verhandeling of voor een uiting met een vergelijkbaar doel;
 - ii. het werk waaruit geciteerd wordt moet rechtmatig openbaar gemaakt zijn;
 - iii. het citeren dient in overeenstemming te zijn met hetgeen naar de regels van het maatschappelijk verkeer redelijkerwijs geoorloofd is en aantal en omvang van de geciteerde gedeelten moeten door het te bereiken doel zijn gerechtvaardigd;
 - iv. de persoonlijkheidsrechten van artikel 25 dienen in acht te zijn genomen.
 - v. het citaat moet ten slotte zijn voorzien van een bronvermelding.
50. Het gebruik dat de Stichting maakt van de ISS software voldoet aan al deze vijf vereisten. Ik zal dit kort uiteenzetten.

Ad i. Context

51. Allereerst is voldaan aan het vereiste dat het citaat gedaan wordt binnen een bepaalde context. De uitingen waarin de Stichting de software citeert, zijn te beschouwen als een beoordeling, een polemieken danwel, gezien het veelal technische karakter, een wetenschappelijke verhandeling.
52. Overigens is het context-vereiste volgens de Minister van Justitie met de implementatie van de Auteursrechtlijn in 2004 komen te vervallen. De aard van het citeren moet echter wel kritieken of recensies en soortgelijke doeleinden betreffen.²² Volgens Spoor/Verkade/Visser kan hierdoor in iedere uiting die inhoudelijk min of meer serieuze informatie beoogt over te brengen gebruik worden gemaakt van het citaatrecht.²³ Dat is hier onmiskenbaar het geval.

Ad ii. Rechtmatig openbaar gemaakt

53. Voorts is de software door Groenendaal rechtmatig openbaar gemaakt. Groenendaal heeft zijn computerprogramma immers onder bijna alle Nederlandse gemeenten verspreid.

²² Kamerstukken I 28.482 E, p. 1.

²³ Spoor/Verkade/Visser p. 244.

54. Voor wat betreft de handleiding geldt bovendien dat deze openbaar is gemaakt door de gemeente Amsterdam in het kader van een verzoek van de Stichting op basis van de Wet Openbaarheid Bestuur. De handleiding van de stemcomputers is dus vrij verkrijgbaar voor een ieder.

Ad iii. Beoordeling citaat naar regels van het maatschappelijk verkeer

55. Tevens is het citaat in overeenstemming met hetgeen naar de regels van het maatschappelijk verkeer redelijkerwijs geoorloofd is en zijn aantal en omvang van de geciteerde gedeelten door het te bereiken doel gerechtvaardigd.
56. De software heeft immers een inhoudelijk dienende functie en vormt een ondergeschikt onderdeel ten opzichte van de context.²⁴ Het online publiceren van de software door de Stichting doet bovendien niet wezenlijk afbreuk aan de door het auteursrecht beschermde belangen van Groenendaal ter zake van de exploitatie van de software.²⁵ De betreffende software was immers uitsluitend bruikbaar voor de gemeenteraadsverkiezingen van maart 2006. Anders dan Groenendaal ons wil doen geloven, is het niet mogelijk om de software door middel van reverse engineering te ontleden en op basis daarvan een nieuw programma te maken dat voor andere verkiezingen gebruikt zou kunnen worden. Er wordt derhalve op geen enkele wijze afbreuk gedaan aan de exploitatie van de software door Groenendaal. Bovendien kan het citaat door de Stichting redelijkerwijs niet meer als een vorm van exploitatie van de software gezien worden.
57. De Stichting heeft de software in zijn geheel online geplaatst. Het was niet mogelijk slechts onderdelen van de software te plaatsen, aangezien het een groot organisch gegroeid programma betreft dat niet uit elkaar gehaald kan worden. Dat het vermeende werk in zijn geheel is geplaatst, doet er niets aan af dat het hier een toegelaten citaat betreft. De eerder aangehaalde Memorie van Toelichting bij de implementatie van de Auteursrechttrichtlijn bevestigt dat een citaat ook een geheel werk kan betreffen, zolang maar aan de overige voorwaarden van art. 15a Aw is voldaan²⁶ Ook in de rechtspraak is dit meermaals bevestigd.²⁷ In casu is het citeren van het volledige werk

²⁴ M.R. de Zwaan: "'Zeer Apart': een beoordeling van 10 jaar citaatrecht", *AMi* 1995-10, p. 183.

²⁵ HR 22 juni 1990, NJ 1991, 268 (Zienderogen kunst).

²⁶ Kamerstukken II 28.482 nr.3, p. 40.

²⁷ HR 26 juni 1992 NJ 1993, 205 (Damave/Trouw).

gerechtvaardigd door het te bereiken doel. Het doel van de uitingen en van het citaat is immers het ondersteunen en geloofwaardig maken van het betoog voor een transparant verkiezingsproces. Het citeren van de software zou geen enkele waarde hebben indien de software niet volledig zou zijn gepubliceerd.

Ad iv en v: Bronvermelding en eerbiediging persoonlijkheidsrechten.

58. Ten slotte is ook aan het vierde en vijfde vereiste voor een toegestaan citaat voldaan. De Stichting heeft bij het online plaatsen van de software immers de bron vermeld (NEDAP/Groenendaal). Bovendien heeft de Stichting de software niet gewijzigd of aangepast voordat zij die online heeft geplaatst. Derhalve kan er geen sprake zijn van een schending van persoonlijkheidsrechten.
59. Zoals uit het voorgaande blijkt, is in deze zaak voldaan aan alle vereisten voor een toegestaan citaat in de zin van artikel 15a van de Auteurswet.

Artikel 15b

60. Het gebruik van de software is niet alleen een toegestaan citaat, het gebruik is eveneens toegestaan onder artikel 15b van de Auteurswet. Dit artikel bepaalt dat het openbaar maken van een door of vanwege de overheid reeds openbaar gemaakt werk niet als inbreuk op het auteursrecht wordt beschouwd. Dit is ook het geval indien het auteursrecht bij een derde ligt.
61. Artikel 15b vormt een onlosmakelijke eenheid met het eerder aangehaalde artikel 11. Ratio van deze bepalingen is het belang bij openbaarheid van bestuur.
62. De software is door de openbare macht openbaar gemaakt aan de Stichting. Eerst toen een gemeente in juli 2006 een stemcomputer met daarop de software aan de Stichting uitleende. Enige tijd later toen een andere gemeente een stemcomputer met software verkocht aan de Stichting. Eenieder was destijds dus in staat om een stemcomputer van de gemeente te kopen danwel te lenen. Deze situatie is feitelijk dezelfde als die in de Scientology-zaak. Advocaat-generaal Verkade concludeerde in deze zaak in paragraaf 5.65 dat de terinzagelegging gedurende enige periode van een werk door een rechtbank in Californië en de daarmee gepaard gaande vrije verkrijgbaarheid voor derden, een rechtmatige (voorafgaande) openbaarmaking in de zin van artikel 15a en

15b oplevert. Hierbij is het niet relevant of de auteursrechthebbende toestemming heeft verleend voor deze openbaarmaking.

63. Het auteursrecht op de software is niet bij wet, besluit of verordening voorbehouden. Bij de openbaarmaking van de software aan de Stichting is destijds evenmin blijkens enige mededeling een uitdrukkelijk voorbehoud ten aanzien van het auteursrecht gemaakt. Derhalve is de verdere openbaarmaking van de software toegestaan onder artikel 15b. Opgemerkt zij dat een enkele copyright notice bij het opstarten van de software in dit opzicht niet te gelden heeft als een uitdrukkelijk voorbehoud in de zin van artikel 15b.

Dior/Evora

64. Voor zover de openbaarmaking overigens niet reeds zou zijn uitgezonderd onder de wettelijke beperkingen van artikel 15a en 15b, doet de Stichting een beroep op hetgeen bepaald is in het Dior/Evora arrest van de Hoge Raad.²⁸ In dit arrest heeft de Hoge Raad besloten dat ook in andere gevallen de grenzen van het auteursrecht aan de hand van een vergelijkbare afweging nader moeten worden bepaald. Dit kan in het bijzonder zo zijn, wanneer de behoefte aan de desbetreffende begrenzing door de wetgever niet is onderkend en zij past in het stelsel van de wet. Bij deze afweging kan volgens de Hoge Raad aansluiting gezocht worden bij één of meer in de wet opgenomen beperkingen.
65. Het gaat in Dior/Evora dus om de belangenafweging die ten grondslag ligt aan het stelsel der beperkingen. Dat is de afweging tussen de belangen van de rechthebbende op zijn auteursrecht tegenover de maatschappelijke of economische belangen van anderen of tegen het algemeen belang.
66. De afweging die in deze zaak moet worden gemaakt is tussen het belang van Groenendaal bij handhaving van zijn auteursrecht, en het algemeen belang bij democratische openbaarheidsbeginselen, transparantie van het verkiezingsproces, het doen van onderzoek naar de werking van software en de vrijheid van meningsuiting.

²⁸ HR 20 oktober 1995, NJ 1996, 682 (Dior/Evora).

67. Voor zover artikel 15a en 15b niet reeds zouden voorzien in deze situatie, moet worden geconstateerd dat de behoefte aan een dergelijke begrenzing van het auteursrecht door de wetgever niet is onderkend.
68. Bij de belangenafweging kan voorts aansluiting gezocht worden bij de beperkingen van artikel 15a en 15b, alsmede de beperkingen van artikel 45l en 45m Aw. Op grond van artikel 45l is de gebruiker van een computerprogramma bevoegd de werking van het programma waar te nemen, te bestuderen en te testen teneinde de daaraan ten grondslag liggende ideeën en beginselen te achterhalen. Artikel 45m bepaalt voorts dat het decompileren van software toegestaan is indien dat noodzakelijk is voor interoperabiliteit. Het tweede lid voegt hieraan toe dat de software ook aan derden mag worden medegedeeld, indien dit noodzakelijk is voor het tot stand brengen van de interoperabiliteit. Ook in de Europese richtlijn terzake de bescherming van computerprogramma's wordt overwogen dat onderzoek en bestudering niet mag worden belet door de bescherming van software.²⁹
69. Een beroep op een beperking ingevolge Dior/Evora is volgens de Hoge Raad slechts niet mogelijk indien daarbij de bepalingen van artikel 25 Auteurswet niet in acht zijn genomen, of indien anderszins de openbaarmaking plaatsvindt onder zodanige omstandigheden dat de rechthebbende daardoor schade wordt toegebracht. Hiervoor kwam reeds aan de orde dat Groenendaal geen schade lijdt tengevolge van de publicatie, onder meer doordat de software uitsluitend bruikbaar was voor de gemeenteraadsverkiezingen van maart 2006. Overigens mag de factor schade niet worden verabsoluteerd is de afweging.³⁰
70. Volledigheidshalve zij opgemerkt dat een dergelijke beperking van het auteursrecht ook voldoet aan de drie-stappentoets.³¹ De begrenzing is immers beperkt tot een zeer bijzonder geval, er wordt geen afbreuk gedaan aan de normale exploitatie van het werk en de wettige belangen van de auteur worden niet op ongerechtvaardigde wijze geschaad.

²⁹ Artikel 5 lid 3 van de Softwarerichtlijn

³⁰ Spoor in zijn noot bij het arrest Dior/Evora.

³¹ De drie-stappentoets is onder meer opgenomen in artikel 10 WCT, artikel 13 TRIPs en artikel 5 lid 5 van de Auteursrechtlijn.

VRIJHEID VAN MENINGSUITING

71. Voor zover u van mening zou zijn dat het gebruik dat de Stichting maakt van ISS niet is toegestaan op grond van een wettelijke beperking of ingevolge toepassing van het Evora/Dior-arrest geldt dat de uitoefening van het auteursrecht in casu een ongeoorloofde beperking van de vrijheid van meningsuiting of de informatievrijheid is.
72. De vrijheid van meningsuiting is onder meer gegarandeerd in artikel 7 van de Grondwet en artikel 10 van het EVRM. Artikel 10 EVRM luidt:

“1. Een ieder heeft recht op vrijheid van meningsuiting. Dit recht omvat de vrijheid een mening te koesteren en de vrijheid om inlichtingen of denkbeelden te ontvangen of te verstrekken, zonder inmenging van enig openbaar gezag en ongeacht grenzen. [...]

2. Daar de uitoefening van deze vrijheden plichten en verantwoordelijkheden met zich brengt, kan zij worden onderworpen aan bepaalde formaliteiten, voorwaarden, beperkingen of sancties, die bij de wet zijn voorzien en die in een democratische samenleving noodzakelijk zijn in het belang van de nationale veiligheid, territoriale integriteit of openbare veiligheid, het voorkomen van wanordelijkheden en strafbare feiten, de bescherming van de gezondheid of de goede zeden, de bescherming van de goede naam of de rechten van anderen, om de verspreiding van vertrouwelijke mededelingen te voorkomen of om het gezag en de onpartijdigheid van de rechterlijke macht te waarborgen.”

73. Onverminderd de begrenzings in lid 2 van art. 10 EVRM, heeft het Europese Hof voor de rechten van de mens (hierna: EHRM) in een reeks uitspraken, ingezet met het Handyside-arrest, het belang en de strekking van de informatievrijheid benadrukt:

‘The freedom of expression constitutes one of the essential foundations of a democratic society and one of the basic conditions for its progress and each individual's self-fulfilment. Subject to paragraph 2 of Article 10, it is applicable not only to information or ideas that are favourable received or regarded as inoffensive or as a matter of indifference, but also to those that offend, shock or disturb the State or any sector of the population. Such are the demands of that

*pluralism, tolerance and broadmindedness without which there is no democratic society.*³²

74. De informatievrijheid is allereerst van belang voor de waarheidsvinding. Zonder de mogelijkheid om toegang tot informatie te verkrijgen, deze te analyseren en erover te publiceren, zal de waarheid nimmer aan het licht komen. De vrijheid van meningsuiting is verder ook gegrondvest op onze democratische samenleving en de democratische processen die daarmee gepaard gaan. Daar wordt ook nadrukkelijk naar verwezen in het artikel. Parlementsleden zijn onschendbaar voor hetgeen zij in de kamer te berde brengen. In het politieke debat mogen uitingen verder gaan. En ook de toegang tot het stemlokaal en de controle op het tellen van de stemmen is om die reden niet aan beperkingen onderhevig.
75. Artikel 10 lid 2 EVRM bepaalt dat beperkingen van de vrije meningsuiting slechts toegestaan zijn als deze (1) voorzien zijn bij wet, (2) strekken tot bescherming van een van de in artikel 10 lid 2 met name genoemde belangen en (3) noodzakelijk zijn in een democratische samenleving.
76. Het gaat in deze zaak met name om het derde criterium. Een beperking van de vrije meningsuiting, inclusief de vrije nieuwsgaring, kan slechts gekwalificeerd worden als “noodzakelijk in een democratische samenleving”, als deze gerechtvaardigd wordt door een dringende maatschappelijke behoefte (pressing social need). Bovendien moet de beperkende maatregel evenredig zijn aan het doel dat ermee nagestreefd wordt (proportionaliteitsbeginsel) en mag het niet zo zijn dat dat doel ook kan worden bereikt door middel van maatregelen die een minder vergaande beperking van de uitingsvrijheid meebrengen (subsidiariteitsbeginsel).³³ Deze criteria zijn voor het eerst door het EHRM neergelegd in het Sunday Times-arrest (EHRM 26 april 1979, NJ 1980, 146) en daarna vele malen herhaalt. Het EHRM heeft geoordeeld dat de beperkingen op grond van art. 10 lid 2 EVRM 'must [...] be construed strictly, and the need for any restrictions must be established convincingly'.³⁴

³² EHRM 7 december 1976, NJ 1978, 236 (Handyside), rov. 49

³³ J.M. de Meij e.a., “Uitingsvrijheid. De Vrije informatiestroom in grondwettelijk perspectief”, Amsterdam: Otto Cramwinckel 2000.

77. Opgemerkt zij dat Groenendaal in deze zaak dus moet aantonen waarom de uitoefening van het auteursrecht in dit geval noodzakelijk is in een democratische samenleving. Het is dus niet zo dat de Stichting moet aantonen waarom het noodzakelijk is de ISS software te publiceren, zoals Groenendaal lijkt te betogen in zijn dagvaarding.³⁵
78. Een en ander brengt mee dat in een voorliggend geval het EHRM zich niet beperkt tot een onderzoek naar de legitimiteit van de aan de beperking ten grondslag liggende regelgeving, doch de omstandigheden van het concrete geval bij zijn onderzoek betreft³⁶, hetgeen neerkomt op een afweging van het belang dat met de beperking wordt nagestreefd tegen het belang van de informatievrijheid ('balancing the rights in issue').³⁷
79. In de zaak Scientology/XS4ALL kwam het Hof Den Haag bij arrest van 4 september 2003 tot de slotsom dat de handhaving van het auteursrecht in die zaak moest wijken voor de informatievrijheid.³⁸ De uitoefening van het auteursrecht vormde een ongeoorloofde beperking op de vrijheid van meningsuiting ex. art. 10 EVRM.
80. In deze zaak had publiciste Karin Spaink, een abonnee van internetprovider XS4ALL, auteursrechtelijk beschermde werken van Scientology op haar website geplaatst. Haar kwam volgens het Hof geen beroep toe op het citaatrecht. Niettemin was publicatie geoorloofd.
81. De feiten en omstandigheden die het hof in deze zaak relevant achtte zijn dat de publicatie door Spaink de beoogde informatie verstrekking over Scientology "ondersteunen en geloofwaardig maken". Bovendien heeft Spaink hiermee geen commercieel doel beoogt. Als bijkomende omstandigheid gold dat de doorgaans zeer geheime documenten van Scientology tijdelijk beschikbaar waren en in die periode op

³⁴ Zie bijv. EHRM 25 maart 1985, NJ 1987, 900 m.nt. EAA (Barthold), rov. 58 en EHRM 25 november 1999, NJ 2001, 63 m.nt. EJD (Nilsen), rov. 43.

³⁵ Zie G.A.I. Schuijt, 'Hoge Raad niet meer bang voor de uitingsvrijheid?', *Informatierecht/AMI* 1996-2, p. 23-30. Zie ook noot Visser bij Hof Amsterdam 8 juli 1999 *Mediaforum* 1999-9, nr. 44 (*Anne Frank Fonds/Het Parool*).

³⁶ Zie EHRM 28 juni 2001, NJ 2002, 181 m.nt. EJD (VGT Verein), rov. 75. Zie ook J.M. de Meij e.a., *Uitingsvrijheid, De vrije informatiestroom in grondwettelijk perspectief* (Amsterdam 2000), p. 256.

³⁷ Zie bijv. EHRM 6 mei 2003, nr. 44306/98 (Appleby c.s.), rov. 41-49

het internet zijn geplaatst. Het Hof acht verder relevant dat met de geheimhouding van de werken de Scientology discussie over de leer en de praktijken van haar organisatie trachtte te verhinderen (alles rov 8.4).

82. Ook in de onderhavige zaak geldt dat publicatie van de software de door de Stichting beoogde informatie verstrekking over stemcomputers “ondersteunen en geloofwaardig maken”. Net als Spaink heeft de Stichting geen enkel commercieel doel daarmee. De geheimhouding van de software en de broncode door Groenendaal heeft duidelijk tot doel om een discussie over stemcomputers te verhinderen. Ook in deze zaak geldt dat de software tijdelijk verkrijgbaar was namelijk via een aantal gemeenten.
83. Het belang van de informatievrijheid geldt in deze zaak nog sterker dan in de Scientology-zaak. In deze zaak gaat het immers om software die cruciaal is voor één van de belangrijkste processen van onze democratie, namelijk vrije verkiezingen. Bovendien heeft de Stichting haar onderzoek slechts kunnen verrichten en haar rapport slechts kunnen schrijven doordat zij de beschikking had over de software. Met andere woorden: zonder software geen onderzoek. Het is natuurlijk heel wel mogelijk om kritiek te geven op de Scientology-organisatie zonder bepaalde geheime werken van die organisatie te publiceren.
84. Volgens Prof. De Cock Buning is de strekking van het Scientology-arrest dat het niet de bedoeling is met behulp van het auteursrecht het aan de kaak stellen van misstanden te blokkeren. Juist waar het gaat om geheime werken die slechts toegankelijk zijn voor een enkeling geldt dat er een extra zwaarwegend maatschappelijk belang bestaat bij het openbaar maken daarvan, wanneer men deze werken kritisch bespreekt.³⁹
85. Ook in het buitenland, met name Duitsland, heeft het auteursrecht het dikwijls moeten afleggen tegenover de informatievrijheid. Hugenholtz doet er in zijn lezenswaardige artikel Auteursrecht contra informatievrijheid in Europa verslag van.⁴⁰

³⁸ Hof Den Haag 4 september 2003, *Mediaforum* 2003, p. 340 m.nt. Visser; *AMI* 2003, p. 217 m.nt. Hugenholtz; *Computerrecht* 2003, p. 350 m.nt. Koelman; *JAVI* 2003, p. 193 m.nt. Pors; *IER* 2003, nr. 69, p. 352 m.nt. Grosheide; *BIE* 2004, nr. 57, p. 394 m.nt. Quaedvlieg.

³⁹ M. de Cock Buning, 'Auteursrecht en informatievrijheid: over de beperkte toepassing van artikel 10 EVRM', *Mediaforum* 2005/4, pp. 157-165.

⁴⁰ P.B. Hugenholtz: "Auteursrecht contra informatievrijheid in Europa". verschenen in: A.W. Hins & A.J. Nieuwenhuis (red.), "Van ontvanger naar zender", Amsterdam: Otto Cramwinckel 2003, p. 157-174.

“In 1999 liet het Hamburgse hof van beroep de uitingsvrijheid eveneens prevaleren boven het auteursrecht in een zaak waarin een boek over de voormalige DDR-dissident Prof. Havemann centraal stond. Het boek bevatte uitgebreide citaten uit processtukken die destijds ter verdediging van Havemann aan een DDRrechtbank waren overgelegd. De auteur van deze stukken, de toenmalige advocaat van Havemann (tegenwoordig een prominent politicus), maakte tegen de publicatie principieel bezwaar. Het hof oordeelde echter dat het auteursrecht, ook al zou dit worden opgevat als een recht op constitutionele grondslag, moet worden afgewogen tegen (andere) grondrechten, zoals de vrijheid van meningsuiting. In dit geval gaf volgens het hof het belang van het publiek om volledig over de kwestie-Havemann geïnformeerd te worden de doorslag.

(...)

De zaak Germania 3, beslist in het jaar 2000, betrof een toneelstuk waarin uitgebreid was geciteerd uit een aantal toneelstukken van Berthold Brecht – in totaal vier pagina’s. Ook in dit geval was niet voldaan aan de eisen van het wettelijke citaatrecht. Het hof oordeelde echter dat gezien de vrijheid van artistieke expressie die in artikel 5 lid 3 van de Duitse grondwet is verankerd, het citaatrecht ruime toepassing verdient met betrekking tot artistieke werken. Auteurs moeten tot op zekere hoogte accepteren dat kunstwerken gaandeweg tot het publieke domein gaan behoren. Auteursrechtelijke beperkingen moeten in dit licht worden geïnterpreteerd, en een evenwicht tussen de relevante belangen weerspiegelen. In de onderhavige zaak oordeelde het hof dat de commerciële belangen van de auteursrechthebbende moesten wijken voor het belang van de tweede auteur om artistiek commentaar te leveren.”

MISBRUIK VAN RECHT

86. Voorzover de Voorzieningenrechter van mening zou zijn dat de Stichting zich in casu niet kan beroepen op een wettelijke beperking of dat de uitoefening van het auteursrecht voor Groenendaal niet strijdig is met de vrijheid van meningsuiting geldt het volgende. Groenendaal oefent het auteursrecht uit met een ander doel dan waarvoor het recht is verleend. Hierdoor is sprake van misbruik van recht in de zin van artikel 3:13 lid 2 van het Burgerlijk Wetboek.⁴¹
87. Het auteursrecht verschaft de rechthebbende een middel om zijn creatieve inspanningen te gelde te maken. Het is een beloning voor zijn arbeid en het ter beschikking stellen aan het publiek van zijn werk. In deze zaak doet Groenendaal echter het omgekeerde. Hij tracht zijn vermeende werk geheim te houden en daarmee ook de (onbeschermde) ideeën en de functies die daaraan ten grondslag liggen. Daarvoor is het auteursrecht niet bedoeld.
88. Het auteursrecht verschaft de maker een tweetal rechten waarmee derden kunnen worden verboden om het werk te exploiteren. Groenendaal doelt hier waarschijnlijk ook op, waar hij in alinea 7 van de inleidende dagvaarding opmerkt dat het gevaar van de publicatie door de Stichting eruit bestaat dat dit derden in staat kan stellen om de programmatuur van Groenendaal voor eigen doeleinden aan te passen en te gebruiken. Bedoeld zal hier zijn: voor commerciële doeleinden.
89. Dat een derde dit zou doen is niet aannemelijk. In de eerste plaats is onjuist dat met behulp van de door de Stichting gepubliceerde software de *broncode* van de software kan worden geopenbaard. Het is weliswaar mogelijk om de software te reverse engineeren, maar dit zal nooit leiden tot openbaarmaking van de broncode. Overigens is er al aangevoerd dat het programma dermate omvangrijk is dat reverse engineering van het geheel maanden zou duren. En met het resultaat leert men enkel hoe het programma werkt. Het ligt veel meer voor de hand dat een derde die een concurrerend product zou willen maken van voren af aan begint. De functionaliteit van het

⁴¹ Zie ook A. van Rooijen, 'Liever misbruikt dan misplaatst auteursrecht: Het doelcriterium ingezet tegen oneigenlijk auteursrechtgebruik', *AMI* 2006/2, pp. 45-51.

programma is niet zo ingewikkeld. Uitslagberekening is geen *rocket science*. In een aantal maanden tijd zou een team van drie programmeurs een met ISS vergelijkbaar programma kunnen maken.

90. Ook om een andere reden is het ondenkbaar dat een derde met de software aan de haal gaat. Het betreft immers software ten behoeve van de gemeenteraadsverkiezingen 2006. De software is slechts voor *die* verkiezingen bruikbaar, niet voor een ander doel. Bovendien is ISS slechts toepasbaar in combinatie met de Nedap stemcomputers. Dat betekent dat een derde een overeenkomst zou moeten sluiten met Nedap om de inbreukmakende software te distribueren. Het is niet aannemelijk dat Nedap dat zou doen. Groenendaal zelf is overigens van mening dat er geen ruimte is voor meerdere leveranciers op de markt voor stemcomputers [productie 13, artikel afpersing en chantage]. Hij hoeft dus niet te duchten voor enige concurrentie.
91. Zoals gezegd gebruikt Groenendaal zijn auteursrechten louter zodat derden, in casu de Stichting, de software niet kritisch kunnen bespreken. Een dergelijk belang wordt niet door het auteursrecht beschermd. Het auteursrecht wordt dus uitgeoefend voor een ander doel dan waarvoor het is verleend.
92. Een soortgelijke afweging maakte de voorzieningenrechter van deze rechtbank in een zaak tussen Phillips en Vomar. Phillips verzette zich tegen het gebruik van de afbeelding van haar Senseo-apparaat op de verpakkingen van concurrerende koffiepads. Daardoor zou sprake zijn van auteursrechtinbreuk. In wezen ging het er natuurlijk om dat Philips niet wilde dat de concurrent koffiepads voor de Senseo verkocht. De voorzieningenrechter overwoog daarover het volgende:

“Dat zij aldus belang erbij hebben de verkoop van de pads van Vomar en Intergro zoveel mogelijk te voorkomen is financieel begrijpelijk, maar is niet een – of slechts een verwijderd – belang dat door het auteursrecht op het apparaat wordt bestreken.”⁴²

⁴² VZR Rb Amsterdam 19 september 2002, *IER* 2003, 5.

93. Ook voor de onderhavige zaak geldt dat het wellicht begrijpelijk is dat Groenendaal wil verhinderen dat er verder onderzoek wordt gedaan naar zijn software en dat deze wordt bekritiseerd, maar dat belang wordt niet door het auteursrecht beschermd.

VORDERINGEN

94. In de CvA is al het één en ander over de vorderingen opgemerkt. In aanvulling daarop dient het volgende. Toewijzing van de vorderingen van Groenendaal heeft zeer verstrekkende gevolgen. In wezen wordt daarmee iedere vorm van onderzoek naar stemcomputers en de software van Groenendaal uitgesloten. De Nedap stemcomputers zijn immers niet te gebruiken zonder de software. Het fnuiken van het onderzoek zal direct gevolgen voor het maatschappelijke debat dat de Stichting heeft aangezwengeld. Dat zal niet meer op basis van feiten plaats kunnen vinden.
95. Mocht u in weerwil van het voorgaande de vordering van Groenendaal, eventueel in gewijzigde vorm, onverhoopt toch toewijzen, dan verzoekt de Stichting u de vordering niet uitvoerbaar bij voorraad te verklaren. De Stichting zal vanwege het principiële karakter van deze zaak zeker tegen een veroordelend vonnis in hoger beroep gaan. Indien het vonnis uitvoerbaar bij voorraad zou worden verklaard, wordt het hoger beroep echter uitgehold. In vergelijkbare zaken is het verzoek om een voorziening niet uitvoerbaar bij voorraad te verklaren eveneens gehonoreerd.
96. Zo verklaarde de voorzieningenrechter van de rechtbank Utrecht een voorziening waarin werd gevraagd om afgifte van bepaalde stukken niet uitvoerbaar bij voorraad, aangezien de gedaagde had aangegeven in beroep te gaan bij een nadelig vonnis.⁴³ Ook weigerde de voorzieningenrechter van de rechtbank Middelburg een voorziening uitvoerbaar bij voorraad te verklaren vanwege het juridisch gecompliceerde karakter van de zaak.⁴⁴
97. De Stichting betwist verder dat zij gehouden zou zijn volledige proceskosten te vergoeden. Groenendaal verzoekt, voor het geval zij in het gelijk gesteld zou worden,

⁴³ President van de Rb. Utrecht 7 september 1999, *KG* 1999, 284, r.o. 4.12. Zie ook Hof 's-Hertogenbosch 13 januari 2004, *NJF* 2004, 278, r.o. 8, Rb. Leeuwarden 10 december 2004, *NJF* 2005, 118, r.o. 15 en Rb. Arnhem 17 december 2003, *NJF* 2004, 255, r.o. 16.

veroordeling van de Stichting en van de bestuursleden tot betaling van de volledige proceskosten op grond van de Handhavingsrichtlijn en inmiddels artikel 1019h Rv. De volledige proceskostenvergoeding is door de Richtlijn geïntroduceerd om grootschalige piraterij efficiënter te kunnen bestrijden. Het spreekt vanzelf dat daarvan in dit geval geen sprake is.

98. Bij de proceskostenveroordeling op grond van 1019h moet het gaan om de gemaakte redelijke en evenredige kosten, te toetsen aan de redelijkheid en billijkheid. Mocht de Stichting in het ongelijk worden gesteld, verzet de billijkheid zich tegen een volledige proceskostenveroordeling. Het gaat hier immers niet om namaak-tasjes of gekopieerde DVD's uit China. Groenendaal roept zijn auteursrecht uitsluitend in om de Stichting monddood te maken en om de gebreken in zijn software te verbergen.
99. Bovendien speelt hier mee dat de Stichting de software al ruim een half jaar online had staan, zonder dat Groenendaal daartegen geageerd had. De Stichting was te goeder trouw bij het gebruik van de software.⁴⁵ Gelet op het voorgaande is een veroordeling van de Stichting in de volledige proceskosten van Groenendaal in dit geval uitgesloten. Een eventuele proceskostenveroordeling van de Stichting dient beperkt te worden tot een forfaitaire kostenveroordeling.
100. Overigens is de Stichting nog niet bekend met de hoogte van de door Groenendaal gemaakte kosten. Gezien de zeer summiere omvang van de dagvaarding zullen deze kosten al snel als onredelijk aangemerkt moeten worden.
101. In het geval de Stichting in het gelijk gesteld wordt, dient Groenendaal evenwel veroordeeld te worden in de volledige en daadwerkelijke kosten van het geding. Immers, in een zaak die wordt aangespannen met een beroep op een auteursrecht kan ook de eiser, indien hij zijn zaak verliest, in de volledige proceskosten veroordeeld worden.⁴⁶ Groenendaal heeft met deze procedure de Stichting onnodig op kosten gejaagd. De Stichting heeft, zoals Groenendaal weet, slechts beperkte financiële voorzieningen. Het kan niet zo zijn dat de Stichting alsnog monddood wordt gemaakt

⁴⁴ President van de Rb. Middelburg 24 mei 1996, KG 1996, 256, r.o. 4.6.

⁴⁵ Rb. Almelo 1 juni 2006, LJN: AX6495, (Nederhose Grolsch).

⁴⁶ Zie bijvoorbeeld Rechtbank 's-Gravenhage 8 augustus 2006, KG ZA 06-619 (Visser/Heto).

doordat zij op hoge kosten wordt gejaagd door Groenendaal. Het karakter van de zaak brengt mee dat Groenendaal in de volledige proceskosten veroordeeld dient te worden.

102. Door de ingewikkelde feitelijke en juridische aard van de zaak heeft de Stichting zich genoodzaakt gezien bovendien een conclusie van antwoord in deze zaak te nemen, hetgeen extra werk met zich heeft meegebracht. De Stichting heeft niet meer kosten gemaakt dan redelijk zijn.

CONCLUSIE

Dat het de voorzieningenrechter behage Groenendaal in zijn vorderingen niet ontvankelijk te verklaren, aan Groenendaal zijn vorderingen als ongegrond te ontfeggen, danwel de vorderingen van Groenendaal af te wijzen, alles met veroordeling, uitvoerbaar bij voorraad, van Groenendaal in de volledige proces- en advocatenkosten van dit geding, zulks ingevolge art. 1019h Rv. De volledige kosten zullen hierbij alsnog in het geding worden gebracht.