

Noot bij EHRM 11 december 2008 (TV Vest As en Rogaland Pensjonistparti tegen Noorwegen)

Jan Kabel (IViR/DLA Piper Advocaten)

1. De redactie heeft me natuurlijk gevraagd deze uitspraak te annoteren, omdat ik sinds eind vorig jaar met emeritaat ben gegaan. Het gaat in dit geval namelijk om een politieke partij die voor de belangen van gepensioneerden op wil komen. Wij hebben in Nederland ook zo'n partij: de Verenigde Senioren Partij (VSP), de opvolger van het Algemeen Ouderen Verbond (AOV). Dat Verbond had van 1994 tot 1998 6 zetels in de Tweede Kamer, maar de fractie zelf viel al spoedig uiteen. De partij heeft nooit deelgenomen aan de regering. Dat gaat vast veranderen in deze voor AOW-ers en andere gepensioneerden barre tijden. Het Hof geeft een oordeel over de vraag wat de publicitaire ruimte is die lidstaten moeten laten aan dergelijke politieke partijen, meer in het bijzonder of zij ook gebruik mogen maken van betaalde televisiereclamezendtijd voor hun partij.

2. Laat ik al dadelijk zeggen dat ik het een fraaie en tegelijkertijd ietwat onbevredigende uitspraak vind. Fraai omdat het Hof een volkomen op het individuele geval toegespitste uitspraak geeft, onbevredigend omdat het Hof daarmee zijn taak om een duidelijke Europese leidraad te geven lijkt te miskennen. Ik deel niet de kritiek van annotator Broeksteeg (*European Human Rights Cases* 2009/29) die uit de uitspraak afleidt dat het Hof het Noorse verbod van politieke televisiereclame in zijn geheel heeft weggeschreven. Juist de individuele aanpak van het Hof laat ruimte voor een zeer genuanceerde aanpak die misschien niet zoveel rechtszekerheid biedt in de zin van zekerheid maar des te meer in de zin van *rechtszekerheid*.

3. Art. 3, lid 1 sub (3) van de Noorse Mediawet bepaalt: "Broadcasters may not broadcast advertisements to promote belief systems or political ends on television. This also applies to teletext services." Het verbod is niet beperkt tot de verkiezingstijd, maar het is algemeen. Wij kenden vroeger ook zo'n bepaling die er voornamelijk toe strekte om de commerciële STER-reclame geloofwaardig te houden, d.w.z. vrij van de controversialiteit die nu eenmaal per definitie aan politieke reclame eigen is. Dat argument komt in deze zaak weer terug: toestaan van politieke reclame zou de onpartijdigheid van de omroep schaden (zie o.a. punt 55). Het STER-verbod geldt niet meer: het is ook voor politieke partijen mogelijk om STER-zendtijd te kopen en datzelfde geldt voor politieke reclame bij commerciële omroepen. Het beeld in Europa is wisselend. De meerderheid van Westeuropese landen kent aanzienlijke beperkingen op politieke radio- en televisiereclame, maar er zijn ook landen die deze vorm van reclame vrij laten. Zie nader de IRIS Special *Political Debate and the Role of the Media*, een publicatie van het European Audiovisual Observatory, Strassbourg 2004 en eerder genoemde annotatie van Broeksteeg. Een aantal landen kent de ook bij ons bekende zendtijd voor politieke partijen, maar daar hoort Noorwegen niet bij. Televisie-reclame is dus geen optie voor een politieke partij in Noorwegen. Je moet maar afwachten of de redactie van een televisierubriek je interessant genoeg bent om je voor de camera te vragen en dan nog is het de vraag hoe je boodschap dan overkomt.

4. De redenen voor dit publiciteitsverbod zijn verschillend van aard. In de procedure voor het Hof worden er zoveel aangevoerd door de Noorse regering, dat men alleen daarom al gaat twifelen aan de gerechtvaardigheid van het verbod. Het zou bij het verbod niet gaan om de vrijheid van meningsuiting, maar om een eerlijke verkiezingsprocedure waarbij geen van de deelnemende partijen een oneerlijk of onwenselijk (de terminologie wisselt) voordeel mag verkrijgen in de vorm van televisiereclame. Van een inbreuk op de vrijheid van meningsuiting zou bovendien geen sprake zijn, omdat het verbod alleen maar televisiereclame treft: allerlei andere media (krant, internet, radio, buitenreclame) kunnen desondanks worden ingezet in de politieke strijd. Televisiereclame zou bovendien geen geschikt medium zijn voor politieke boodschappen: van een weerwoord kan geen sprake zijn, de boodschap is nooit objectief, er zijn geen redactionele filters, kortom, zo staat het er letterlijk:

televisiereclame voor politieke partijen is te vergelijken met politieke propaganda in een totalitaire staat. Het belangrijkste argument is tegelijkertijd in deze zaak het zwakste argument: toestaan van televisiereclame bevoordeelt partijen met de diepste zakken en benadeelt partijen met minder financiële middelen. In dit geval gaat het om een partij die tot de laatste groep behoort en op dat feitelijke gegeven sneuvelt de zaak van de Noorse regering dan ook, zoals wij zullen zien.

5. Bij absolute publiciteitsverboden zet het Hof doorgaans al zijn stekels op. Dat is zelfs het geval, indien het om commerciële publiciteit gaat. De zaak Krone/Oostenrijk, een zaak die commerciële vergelijkende reclame betrof, laat zien dat de Oostenrijkse rechtelijke uitspraak die dergelijke vergelijkende reclame in feite onmogelijk maakte door al te zware eisen aan de volledigheid van de prijsvergelijkende reclame te stellen, niet, zoals gewoonlijk bij commerciële reclame, marginaal werd getoetst, maar volledig. Het onderscheid tussen commercial speech (Markt intern/Duitsland), religious (sensitive) speech (Murphy/Ierland), general interest speech (Vgt/Zwitserland) en political speech levert dus niet per definitie een glijdende schaal op van marginale naar volledige toetsing. Dat laatste instrument kan ook worden ingezet indien publiciteit, van welke aard dan ook, volledig wordt verboden, zoals in het geval van toepassing van een algemene, niet-media specifieke regel (misleiding bij vergelijkende reclame). Dat laatste is hier echter niet het geval, omdat het verbod media-specifiek is (alleen televisie) en alleen betaalde publiciteit betreft (reclame). Het Hof transposeert dit specifieke verbod echter tot een algemenere publiciteitsbeperking, omdat het ervan uitgaat dat betaalde televisiereclame voor een partij als de Noorse gepensioneerden partij de enige mogelijkheid is om op het televisiescherm te komen. Ik citeer de desbetreffende passage:

"In contrast to the major political parties, which were given a large amount of attention in the edited television coverage, the Pensioners Party was hardly mentioned. Therefore, paid advertising on television became the only way for the Pensioners Party to get its message across to the public through that type of medium. By being denied this possibility under the law, the Pensioners Party's position was at a disadvantage, compared to that of major parties which had obtained edited broadcasting coverage that could not be offset by the possibility available to it to use other but less potent media".

6. Het is ermee gesteld als met het verbieden van vergelijkende reclame. Een dergelijk verbod werkt ook in het voordeel van bestaande machtsposities, zonder dat daarvoor een te rechtvaardigen reden behoeft te bestaan. Wanneer er dus wel andere mogelijkheden zouden zijn geweest voor de gepensioneerden om op het scherm te komen, dan zou ingevolge deze overweging een verbod van televisiereclame voor politieke partijen in stand kunnen blijven. Ons Nederlandse systeem van zendtijd voor politieke partijen biedt zo'n mogelijkheid en landen met een verbod van televisiereclame voor politieke partijen moeten zulke mogelijkheden dus ernstig in overweging nemen, dan wel afzien van zo'n verbod. Wij van onze kant zouden de toelating van betaalde politieke reclame spotjes weer eens terug kunnen draaien, omdat er toch ook zinnige argumenten voor een dergelijk verbod zijn aan te voeren. Ik voor mij zou die argumenten niet overtuigend vinden, maar ze zijn er wel: het door het Hof belangrijk gevonden argument dat televisiereclame nu eenmaal een grotere impact heeft dan andere vormen van publiciteit, pleit ervoor om het politieke debat niet te laten bederven door politieke reclamespotjes die per definitie een eenzijdig beeld laten bekliven bij de consument. Het is echter de vraag of dergelijke argumenten de toets aan de feitelijke effecten van massacommunicatie in het internettijdperk nog kunnen doorstaan.

7. Nog drie overwegingen tot besluit. Het gegeven dat er in de lidstaten van de Europese Conventie zeer verschillend wordt gedacht over de toelaatbaarheid van politieke reclame op televisie, zou in beginsel een argument voor een zeer afstandelijke beoordeling door het Hof moeten opleveren. Van de 30 lidstaten die het European Platform of Regulatory Authorities (EPRA) heeft onderzocht kennen er 13 een verbod van politieke televisiereclame, is in 10 lidstaten die vorm van reclame toegestaan, kennen er 11 zendtijd voor politieke partijen in

verkiezingstijd, waarvan er vijf tegelijkertijd een verbod kennen van politieke televisiereclame. Dat pleit volgens de Hof inderdaad voor een "somewhat wider margin of appreciation than that normally accorded with respect to restrictions on political speech in relation to Article 10 of the Convention." ""Somewhat wider", maar hoe wijd dan, is men geneigd te vragen. Het antwoord daarop ligt m.i., zoals zo vaak - da mihi factum, dabo tibi ius - in de feiten: ook in een zeer marginale benadering valt niet te ontkennen dat het verbod nu juist de gepensioneerden partij beoogt te beschermen en een verbod voor die partij averechts werkt. Voorts constateert het Hof dat de inhoud van de advertentie zelf de kwaliteit van het publieke debat niet verlaagt en dat het, anders dan bijvoorbeeld in de zaak Murphy tegen Ierland, niet om gevoelige (religieuze) informatie gaat.

8. Er is in dit geval natuurlijk een nauw verband tussen vrije verkiezingen en vrijheid van meningsuiting. Dat verband wordt echter zeer verschillend gezien. Het recht op vrije verkiezingen van artikel 3 van Protocol No. 1 bij de Conventie vergt een vrije opinievorming. De Noorse Regering volgt in dit verband een soort van Habermas redenering: de politieke opinievorming moet vrij blijven van verkeerde invloeden, lees politieke reclame. Het Hof doet het net andersom: voor de vrije opinievorming is nu juist ""free expression of all kinds"" vereist. Ik ben meer voor het laatste.

7. Tenslotte: Dirk Voorhoof wijst er in zijn analyse al op (zie : <http://www.psw.rug.ac.be/dv/> onder recente publicaties): we weten pas echt hoe het afloopt na 11 maart, wanneer de termijn van drie maanden is verstreken waarop Noorwegen nog in beroep kan gaan bij de Grande Chamber. En zo kan ik daar nu aan toevoegen: Noorwegen is niet in beroep gegaan.

Bloemendaal, 3 maart 2009