



Noot bij [EHRM 28 juni 2001, zaak VGT Verein/Zwitserland](#)
NJ 2002, 181

E.J. Dommering

1. De Zwitserse vereniging tegen massale dierenfokkerijen ('gegen Tierfabriken') biedt aan de Zwitserse publieke televisie een commerciële boodschap aan waarin het vredige gezinsleven van zeugen in de natuur wordt gecontrasteerd met een lawaaige varkensstal vol biggen die vechten voor een plaatsje voor de tralies van het hok om er hun snuit door te steken. De stem bij het televisiespotje maakt bij dat tweede beeld (het eerste in de natuur ging gepaard met zachte orkestmuziek) de vergelijking met concentratiekampen. De Zwitserse televisie weigert de boodschap uit te zenden, welke beslissing wordt gesanctioneerd door de Zwitserse rechters. Zo komt de zaak op het bord van de Straatsburgse rechter wegens vermeende schending van artikel 10 EVRM. Een kamer van het Hof bestaande uit zeven rechters geeft daarover een belangrijke beslissing, zonder dat het nodig wordt gevonden de zaak naar een grote kamer van het Hof te verwijzen. Het is een voor Nederland interessante beslissing omdat ook hier veel te doen is over de dieronwaardige toestanden op de massale varkensfokkerijen. Robert Long werd in 2000 voor een vergelijking tussen varkensstallen en concentratiekampen voor de Amsterdamse President gedaagd, die echter vond dat een dergelijke forse uitspraak gedaan mocht worden (zie *Onrechtmatige Daad VII* ([G.A.I. Schuijt](#)), nr. 72).

2. De weigering de boodschap uit te zenden wordt gegeven door de AG für das Werbefernsehen (in het arrest aangeduid als de 'Commercial Television Company') aan wie de exploitatie van landelijke televisiereclameboodschappen is gedelegeerd. De rechtsgang die daarop volgt is ingewikkeld, vooral omdat er geen duidelijke klachtinstantie blijkt te bestaan voor geschillen over de (niet) uitzending van reclameboodschappen. Het Bundesgericht constateert dat dit een rechtvacuum is, maar vult dit zelf op door de klacht inhoudelijk te beoordelen. Het wijst deze af op het argument dat het hier niet gaat om een beoordeling van de programmatische verantwoordelijkheid van de Zwitserse omroeporganisatie, maar om een beslissing in het wettelijk kader dat de Zwitserse Mediawet schetst voor reclame. Het draait dan om de regel dat het uitzenden van politieke reclame verboden is. Deze regel acht het Bundesgericht niet in strijd met artikel 10 EVRM, omdat zij dient ter bescherming van de onafhankelijkheid van omroepinstellingen waar zij beoogt te voorkomen dat deze afhankelijk worden van financieel kapitaalkrachtige politieke sponsors. Zij strekt dus tot bescherming van een evenwichtig pluralisme in de samenleving. Het oordeelt dat er alternatieven voor handen waren, omdat het verbod niet geldt voor de geschreven pers, de film en de buitenlandse omroep die te ontvangen is in Zwitserland. Bovendien had de Commercial Television Company aangeboden over alternatieven te praten.

3. Het Hof moest eerst over een preliminaire vraag beslissen, namelijk of de Staat Zwitserland verantwoordelijk kan worden gesteld voor de interne gang van zaken. Zwitserland had zich er op beroepen dat het niet ging om de uitoefening van de publieke taak van de omroep, maar om de contractuele vrijheid om commerciële boodschappen uit te zenden. Het Hof gaat hier in de overwegingen 46 en 47 handig omheen. 'Handig' omdat het geen uitspraak doet over de horizontale werking van grondrechten. Opmerkelijk is dat het Hof dat niet alleen niet nodig

vindt, maar ook niet wenselijk. Waarom het dat niet wenselijk vindt, motiveert het niet. Betekent deze opmerking dat deze kwestie binnen het Hof in discussie is? In andere zaken heeft het die horizontale werking geconstrueerd via de positieve verdragsverplichting in artikel 1 van het Verdrag die een Staat opdraagt om de naleving van de grondrechten op zijn grondgebied te waarborgen (de zaak Fuentes Bobo, *NJ* 2001, 73 mnt EJD, zie m.n. onder 3 van deze annotatie). Het is in elk geval niet nodig, omdat het gaat om de toepassing van een (van de Zwitserse Staat afkomstige) publiekrechtelijke regel die het uitzenden van politieke reclameboodschappen verbiedt.

4. Het Hof oordeelt (overweging 60 –61 en ook 73) dat het wettelijk verbod om politieke reclameboodschappen om de redenen door het Bundes Gerichtshof aangegeven, een door artikel 10 EVRM beschermd doel kan dienen. Een soortgelijke beperking bij de sponsering van verkiezingscampagnes heeft het ooit eens geaccepteerd (de zaak Bowman, *NJ* 2000, 338, mnt EJD). De toepassing van het verbod kan echter de noodzakelijkheidstest niet doorstaan. Het Hof past het in navolging van de zaak Barthold (*NJ* 1987, 900, mnt EAA) en in de zaak Hertel (*NJ* 1999, 712, mnt EJD) herhaalde criterium toe dat de reclame boodschap inhoudelijk beoordeeld moet worden. Er moet dus door de commerciële vorm (een betaalde boodschap) heen worden gekeken. Als het in feite gaat om een politieke boodschap, beoordeelt het de opgelegde beperking integraal (ro 69-72). Deze zaak verschilt in zoverre van Barthold en Hertel dat het hier duidelijk gaat om een betaalde boodschap: het kopen van zendtijd voor het uitzenden van het anti varkensfok spotje. Beslissend is echter dat het niet ging om 'inciting the public to purchase a particular product.., rather it reflected controversial opinions pertaining to modern society in general.' Die integrale beoordeling houdt in dat het de door Zwitserland gegeven argumenten om deze boodschap niet uit te zenden niet toereikend vindt. Beslissend acht het dat de alternatieven voor de verspreiding van de boodschap niet gelijkwaardig zijn aan de reclame op de nationale televisie met nationale dekking (77).

5. Aandacht verdient nog overweging 78 waar het Hof ingaat op de vraag of het gevolg van zijn uitspraak is dat er een 'uitzendrecht' (een 'right to an antenna') van een derde partij ontstaat dat inbreuk maakt op het recht van de Commercial Television Company om zelf te bepalen welke boodschappen worden uitgezonden. Het Hof zegt dat er verschillende mogelijkheden zijn om de uitzending van reclameboodschappen nationaal te organiseren. Zwitserland heeft er voor gekozen daarmee een onderneming met exclusieve rechten te belasten. Het had het ook anders kunnen doen. Het Hof indiceert hiermee dat de zaak anders ligt wanneer er ook andere bedrijven werkzaam zijn op de landelijke reclamemarkt. Wat het geval is bij een collectieve weigering van alle landelijk opererende omroepen die landelijke reclame uitzenden, zegt het Hof niet.

6. De politieke reclameboodschap heeft in juridisch Nederland vooral de aandacht getrokken door de Boycot Outspan actie, gericht tegen het apartheidsregime in Zuid Afrika waar deze sinaasappelen vandaan komen De door de Anti Apartheidsbeweging in Nederland aangeboden reclameboodschap liet het hoofd zien van een zwarte Zuid-Afrikaan dat als een sinaasappel op de pers werd gelegd, met de begeleidende tekst: Pers geen Zuid-Afrikaan uit. Het betrof een reclameboodschap voor de geschreven pers die beoordeeld werd door de Reclame Code Commissie. Deze achtte haar in strijd met de goede smaak, een norm waaraan de Commissie ingevolge de Reclamecode ook mag toetsen. Dat resulteerde in een collectieve weigering (de aanbevelingen van de Code Commissie zijn bindend voor de bij de Code aangesloten) die de aanbieders aanvochten bij de rechter. Het Hof Amsterdam oordeelde dat de reclame alleen had mogen worden verboden 'indien zij naar de in ons land, althans bij de overgrote meerderheid van de bevolking levende opvattingen, in ernstige mate wansmakelijk of onfatsoenlijk zou zijn, en de lezers afkerig zou maken van het blad of het tijdschrift waarin zij is geplaatst.' (Hof Amsterdam 30 oktober 1981, *NJ* 1981, 422). De toetsing van de Codecommissie was dus te vergaand

geweest. Het gevolg van deze uitspraak was dat de Codecommissie er aanvankelijk van afzag om politieke reclames nog te toetsen aan de goede smaak, maar dat zij dat later, zij het niet bindend, toch weer is gaan doen (Vgl. [E.J. Dommering](#) e.a. *Informatierecht*, Amsterdam: Otto Cramwinckel 2000, p. 390).

7. De Reclamecode Commissie gaat tegenwoordig ook over televisiereclame, omdat de Ster en commerciële omroepinstellingen op grond van de wet verplicht zijn zich bij de stichting Reclamecode aan te sluiten (artikelen 61 a Mediawet en 52 b Mediabesluit). Het toezicht van de Codecommissie is repressief; zij beoordeelt dus alleen reclameboodschappen die al eens zijn uitgezonden, maar kan deze dan wel verbieden. Voor de politieke reclame geldt de regel dat de Codecommissie daarover vrijblijvend kan adviseren. De weigering vooraf is niet in de Mediawet geregeld, zodat daarvoor de burgerlijke rechter in kort geding bevoegd blijft. Daarvan zijn ook wel voorbeelden te vinden. Zo vond de President van de Rechtbank Amsterdam dat de Ster ten onrechte een commerciële boodschap van de Volkskrant had geweigerd waarin bekende politici voorkwamen. De President meende dat de preventieve toetsing van een in dit geval commerciële boodschap (het betrof reclame voor *de Volkskrant*) uiterst terughoudend diende te gebeuren (Pr. Amsterdam 8 mei 1985 *BIE* 1985, 434; bevestigd door Hof Amsterdam 28 november 1985 *IER* 1986, 12). SBS weigerde in 1998 een politieke reclame van de Centruumpartij uit te zenden. De weigering werd door de President in Amsterdam gesanctioneerd (Pr. Amsterdam 1 mei 1998 *KG* 1998, 171).

8. Wat betekent deze uitspraak nu voor de weigering van een omroepinstelling een politieke reclameboodschap uit te zenden? De positie van de Ster is vergelijkbaar met die van de Zwitserse 'Commercial Company', omdat de Ster het alleenrecht heeft voor het uitzenden van reclameboodschappen voor de publieke omroep. De wettelijke taak van de Ster is beperkt tot het uitzenden van commerciële reclameboodschappen (art. 1 kk in samenhang met art. 26 Mediawet; volgens [J.J.C. Kabel](#) in zijn [noot bij dit arrest](#) in *Mediaforum* 2002-2, p. 58 onder 7 is het beleid van de Ster sedert 1998 echter om ook politieke reclame te accepteren). De Ster heeft echter niet meer het monopolie op televisiereclame nu er vele commerciële landelijke aanbieders bij zijn gekomen. Van een alleenvertoningsrecht zoals in Zwitserland is dus geen sprake. Dit maakt dat ook een weigering pas onrechtmatig kan zijn als er een onderling afgestemd gedrag van de omroepen sprake zou zijn, zodat er geen alternatief is om via landelijke televisie de doelgroep te bereiken. Dit was in de onder 7 genoemde zaak van de Centruumpartij een van de overwegingen om de weigering van SBS niet onrechtmatig te achten.

9. Aan welke norm moet een (collectieve) weigering, vooraf door de rechter of achteraf door de Code Commissie uitgelokt, getoetst worden? Omroepen en Ster hanteren naast de normen van de Reclamecode algemene voorwaarden die hen over het algemeen een discretionaire weigeringsbevoegdheid geven. Daarmee is de vraag van de horizontale werking van het grondrecht van vrijheid van meningsuiting niet uit de weg te gaan. Tegenover elkaar staan immers twee private partijen : de politieke adverteerder en de omroepinstelling. In de literatuur wordt de horizontale werking in zoverre aanvaard dat het belang van de vrijheid van meningsuiting bij een leveringsweigering moet worden meegewogen. De geciteerde Boycot Outspanzaak wordt daarbij als voorbeeld genoemd (Vgl. [J.W. De Meij](#) e.a., *Uitingsvrijheid*, Amsterdam: Otto Cramwinckel 2000, p.81-87). Uitspraken van de HR op dit punt zijn niet bekend. Wel is er de Rostellizaak waarbij de gemeente Rijssen weigerde enige ruimte te verhuren voor een hypnoseshow in de gemeente op grond van de te verwachten inhoud van de voorstelling die niet strookte met de streng calvinistische opvattingen binnen de gemeente. Het beroep op de vrijheid van meningsuiting tegenover de contracteervrijheid van de gemeente slaagde daarbij. Het betrof hier evenwel geen zuiver geval van horizontale werking, omdat het ging om de bijzondere verantwoordelijkheid van de overheid ook in het aangaan van privaatrechtelijke betrekkingen de

grondrechten van de burgers te respecteren (HR 26 april 1996, *NJ* 1996, 728 m.nt EAA).

10. Hoe kan die belangenafweging er uit zien? Noch de goede smaak (ook niet in de beperkte opvatting van het Hof Amsterdam in de *Boycot Outspan* zaak) noch het verwerpen van de mening die de politieke reclameboodschap uitdraagt, zijn op zich zelf genomen toereikend. Het EHRM gaat er consequent vanuit dat een politieke meningsuiting moet kunnen schokken. Goede smaak, moraal en fatsoen zijn geen normen die daarbij als eerste in beeld komen. Ook het hebben van een verwerpelijke mening kan dat niet zijn, omdat het Hof vasthoudt aan het criterium dat het publiek ook moet kunnen kennismaken van een dergelijke mening (zaak *Jersild*, *NJ* 1995, 387, m.nt. EJD). Bij een weigering van een politieke reclameboodschap zal de rechter dus een onderzoek moeten instellen naar de proportionaliteit van die weigering. Factoren die daarbij een rol spelen zijn: het bestaan van alternatieven om de politiek doelgroep via het televisie-medium te bereiken en de overtuigingskracht van de motieven die voor de weigering worden gehanteerd. Wanneer er geen alternatief is om de doelgroep via de televisie te bereiken, is het argument dat de reclameboodschap niet overeenstemt met de eigen mening en de eigen smaak van de omroepinstelling onvoldoende.

EJD