

taking into account the powerful and pervasive impact of television. It thus transpires that the prohibition was meant to secure pluralism and quality in the political debate. Another important consideration was to prevent financially powerful groups from dominating the political forum, by being able to buy advertisement time on television which other, less powerful groups, could not afford. Furthermore, and in line with this, the prohibition was aimed at securing the political independence of the television broadcasters.

5. The reasons outlined above are in my view clearly relevant with respect to Article 10 § 2. Bearing in mind that the Contracting States should have a certain margin of appreciation when balancing the right to freedom of expression against the need to secure free elections, the prohibition on political advertising could not in itself be said to create a violation of Article 10 of the Convention.

6. However, when assessing whether the above restriction met the requirement of being necessary in a democratic society in the sense of Article 10 § 2, a broader evaluation is called for. It should be noted in this respect that Norway, according to the survey by ERPA (see paragraph 24 of the judgment) had failed to regulate party political broadcast, unlike the majority of the European states. As a consequence, it was for the broadcasters' editorial staff to decide whether to give political parties a possibility to present themselves for the electorate. I agree with the applicants that the lack of rules which could have secured political parties access to television is highly relevant when determining the scope of the State's margin of appreciation.

7. Turning to the Pensioners Party's situation, it is important to note that, according to information provided after the public hearing, it was granted very sparse coverage on television prior to the local and regional elections in 2003. It is illustrating that while the Pensioners Party was mentioned several times on Norwegian television channels in connection with the legal action brought by *TV Vest* on the legality of the imposed fine due to the breach of the ban on advertising, the party was given no coverage at all with respect to its politics. Nor were any of its members invited to political debates on television. Thus, the prohibition on political advertising on television prevented the Pensioners Party from its only possibility to have access to the most important forum for communication of ideas, and placed the party at a disadvantage, compared with the established political parties in Norway.

8. This furthermore shows that the restriction on advertising not only interfered with the right to freedom of expression, but was also not in harmony with the need to secure pluralism in editorial coverage of political campaigns. I refer in this connection to "the obligation to cover electoral campaigns in a fair, balanced and impartial manner in the overall programme services of broadcasters" (see Appendix to Recommendation No. R(99) 15 of the Committee of Ministers to member states on measures concerning media coverage of election campaigns).

9. For the reasons explained above, I conclude that the restriction of the right to freedom of expression in the actual case was not proportionate to the aims pursued. The interference was therefore not necessary in a democratic society, for which reason there has been a violation of Article 10.

## Noot

Jan Kabel

Prof. mr. J.J.C. Kabel is emeritus hoogleraar informatierecht aan de Universiteit van Amsterdam (IViR) en of counsel, DLA Piper Advocaten te Amsterdam.

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 zes 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 AOV-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.

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*.

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 contro-versialiteit 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. Veel West-Europese landen kennen 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, Straatsburg 2004, eerder genoemde annotatie van Broeksteeg en hierna onder punt 7. Een aantal landen kent de ook bij ons bekende zendtijd voor politieke partijen, maar daar hoort Noorwegen niet bij. Televisiereclame is dus geen optie voor een politieke partij in Noorwegen. Je moet maar afwachten of de redactie van een televisierubriek je interessant genoeg vindt om je voor de camera te vragen en dan nog is het de vraag hoe je boodschap dan overkomt.

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 twijfelen 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.

Bij absolute publiciteitsverboden zet het Hof doorgaans al zijn steek 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 mediaspecifiek 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.*

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 bekijken 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.

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 het 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 partijen als 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/Ierland*, niet om gevoelige (religieuze) informatie gaat.

Er is 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 vergte 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.

Op 11 maart 2009 is de termijn van drie maanden verstreken waarop Noorwegen nog in beroep kon gaan bij de Grande Chamber.

## Nr. 7 Strafzaak poster Gezwel Islam

Hoge Raad 10 maart 2009

Arrest

op het beroep in cassatie tegen een arrest van het Gerechtshof te 's-Hertogenbosch van 10 november 2006, nummer 20/010210-05, in de strafzaak tegen:

[Verdachte], geboren op [geboortedatum] 1986 te [geboorteplaats], wonende te [woonplaats].

### 1. Geding in cassatie

Het beroep is ingesteld door de verdachte. Namens deze heeft mr. A.A. Franken, advocaat te Amsterdam, bij schriftuur een middel van cassatie voorgesteld. De schriftuur is aan dit arrest gehecht en maakt daarvan deel uit.

De Advocaat-Generaal Machielse heeft geconcludeerd tot vernietiging van het bestreden arrest en tot terugwijzing van de zaak naar het Gerechtshof te 's-Hertogenbosch teneinde op het bestaande beroep opnieuw te worden berecht en afgedaan.

### 2. Beoordeling van het middel

2.1. Het middel bevat de klacht dat het Hof ten onrechte heeft geoordeeld dat het bewezenverklaarde feit het misdrijf van art. 137c, eerste lid, Sr oplevert.

2.2.1. Aan de verdachte is primair opruiing (art. 131 Sr) tenlastegelegd. Daarvan is hij vrijgesproken.

2.2.2. Aan de verdachte is subsidiair tenlastegelegd dat:

'hij op of omstreeks 7 november 2004 te Valkenswaard, zich in het openbaar, bij geschrift of afbeelding, opzettelijk beledigend heeft uitgelaten over een groep mensen, te weten aanhangers van de Islam, wegens hun godsdienst, door opzettelijk beledigend zichtbaar ter plaatse op een raam aan de straatzijde van een woning gelegen aan de [a-straat 1] een poster van A3 formaat met de tekst: 'Stop het gezwel dat Islam heet. Theo is voor ons gestorven, wie wordt nu de volgende? Kom in verzet NU. Nationale Alliantie, wij buigen niet voor Allah. Word lid! N.A. Postbus [001], [plaats], [Http://www.nationalealliantie.com](http://www.nationalealliantie.com)' op te hangen, in elk geval voorhanden te hebben.'

2.2.3. Daarvan heeft het Hof bewezenverklaard dat:

'hij op 7 november 2004 te Valkenswaard, zich in het openbaar, bij geschrift, opzettelijk beledigend heeft uitgelaten over een groep mensen, te weten aanhangers van de Islam, wegens hun godsdienst, door opzettelijk beledigend zichtbaar ter plaatse op een raam aan de straatzijde van een woning gelegen aan de [a-straat 1] een poster van A3 formaat met in de tekst onder meer: 'Stop het gezwel dat Islam heet' op te hangen.'

2.2.4. Onder 'Bijzondere overwegingen omtrent het bewijs' houdt 's-Hofs arrest het volgende in:

*De beslissing dat het bewezen verklaarde door de verdachte is begaan berust op de feiten en omstandigheden als verrat in de hierboven bedoelde bewijsmiddelen, in onderlinge samenhang beschouwd.*

*De raadsman van de verdachte heeft ter zitting in hoger beroep betoogd dat de verdachte moet worden vrijgesproken van het subsidiair ten laste gelegde feit. De raadsman heeft daartoe, zakelijk weergegeven, aangevoerd dat de verdachte met de uiting in het pamflet 'Stop het gezwel dat Islam heet', het oog heeft gehad op de Islam als maatschappelijke misstand en niet op de belijders daarvan c.q. de leden van die geloofsgemeenschap, hetgeen ook zou blijken uit de toevoeging in het pamflet 'Wij buigen niet voor Allah!'. Volgens de raadsman volgt hieruit dat niet bewezen kan worden dat verdachte zich beledigend heeft uitgelaten over een groep mensen wegens hun godsdienst, te weten de aanhangers van de Islam.*

*Subsidiair, voor het geval het hof op dat punt anders zou oordelen, heeft de raadsman van de verdachte, zakelijk weergegeven, aangevoerd dat de uitlating 'Stop het gezwel dat Islam heet' door de verdachte werd gedaan vanuit een politieke overtuiging, te weten het verzet tegen de multiculturele samenleving. In het licht van die maatschappelijke context komt, aldus de raadsman, het strafwaardig beledigend karakter aan de uitlating te ontvallen. Bovendien is, aldus de raadsman, in het kader van die maatschappelijke context tevens van belang dat in de tijd dat de verdachte de*