

stigde zich ten tijde van die maatregelen bevond, die maatregelen zo nauw met elkaar zijn verbonden dat zij onmogelijk afzonderlijk kunnen worden gezien.¹³ Deze benadering volgt ons inziens logischerwijze uit artikel 107, lid 1, VWEU, daar dit artikel ziet op maatregelen van de overheid waarmee bepaalde niet-markconforme voordelen worden behaald en niet tot uitgangspunt neemt dat steeds één individuele maatregel een dergelijk voordeel met zich moet brengen. In die optiek is het ook terecht dat het Hof erop wijst dat maatregelen van de overheid op hun gevolgen moeten worden beoordeeld.¹⁴ Naast het feit dat dit vaste rechtspraak is,¹⁵ wordt hiermee duidelijk dat ook verschillende maatregelen in samenhang gezien tot gevolg kunnen hebben dat een niet-markconform voordeel wordt verschaft.

Om vervolgens van staatssteun te kunnen spreken moet een voldoende direct verband kunnen worden aangetoond tussen het voordeel aan de begunstigde en de vermindering van de overheidsbegroting of een voldoende concreet economisch risico op belasting van die begroting.¹⁶ De vermindering of belasting van de overheidsbegroting hoeft echter niet overeen te stemmen of gelijkwaardig te zijn aan het door de begunstigde genoten voordeel. Deze benadering van het Hof wijkt af van de visie die het Gerecht had op de samenhang tussen het voordeel en de staatsmiddelen.¹⁷ Het Gerecht had namelijk overwogen dat geen sprake was van staatssteun nu de omstandigheid dat de uitlatingen een voordeel hebben opgeleverd voor France Télécom doordat zij het vertrouwen van de financiële markten hebben hersteld en de voorwaarden voor de herfinanciering van France Télécom hebben verbeterd, niet als tegenhanger heeft een overeenkomstige vermindering van de overheidsbegroting of een voldoende economisch risico dat die begroting zal worden belast.¹⁸

Uit het laatste deel van het arrest blijkt dat door het Hof al met al geen grote waarde wordt gehecht aan de uitlatingen van de Franse overheid in de pers als zodanig, in die zin dat op zichzelf gezien het geen maatregelen zijn waar een niet-markconform voordeel als bedoeld in artikel 107, lid 1, VWEU uit volgt.¹⁹ Het Hof onderstreepte met name de rol die de aankondiging van het aandeelhoudersvoorschot heeft gespeeld bij de verbetering van de financiële positie van France Télécom.²⁰ Dit aanbod van een aandeelhoudersvoorschot wordt als niet-markconform voordeel bestempeld voor France Télécom, aangezien zij daardoor haar financiële middelen kon uitbreiden en de markt

kon geruiststellen ten aanzien van haar vermogen om haar verplichtingen na te komen.²¹ Zoals in het voorgaande is gebleken dient in het kader van artikel 107, lid 1, VWEU ook sprake te zijn de betrokkenheid van 'staatsmiddelen' om van staatssteun te kunnen spreken. De link naar 'staatsmiddelen' maakt het Hof door erop te wijzen dat France Télécom de ontwerpovereenkomst betreffende het aandeelhoudersvoorschot op elk moment kon ondertekenen, waardoor zij onmiddellijk recht zou hebben op € 9 miljard. Dit bracht mee dat de staatsbegroting te maken kreeg met een potentiële extra last van € 9 miljard. Het feit dat France Télécom niet daadwerkelijk de overeenkomst had ondertekend, was niet relevant. Het feit dus dat France Télécom mogelijk de overeenkomst had kunnen ondertekenen en dus recht zou hebben op uitkering van de € 9 miljard, was genoeg om van 'staatsmiddelen' te kunnen spreken. Het Hof wees er daarbij ook expliciet op dat garanties die door de overheid verleend worden, eveneens een extra last voor de overheid inhouden²² (en daarmee steun kunnen opleveren). In wezen is bij het aanbod van een aandeelhoudersvoorschot de situatie niet anders dan bij een garantie. In beide gevallen bestaat aanspraak op een betaling van de overheid, zij het dat bij het aanbod van een aandeelhoudersvoorschot rechtens pas aanspraak bestaat op betaling na ondertekening van de overeenkomst. Het feit dat door ondertekening die aanspraak een aanvang neemt betekent feitelijk dat zolang het aanbod geldig is de overheid een reservering moet maken op de begroting en in die zin daadwerkelijk een potentiële last van de overheidsbegroting aan de orde is. De wijze waarop de betrokkenheid van staatsmiddelen wordt ingekleed is dan ook niet opmerkelijk.

Conclusie

Het Hof maakt in dit arrest duidelijk dat er een relatie moet zijn tussen uitlatingen van de overheid, de verbetering van de positie van een onderneming en de overheidsbegroting. Deze aanwezigheid van deze relatie ligt ook in de rede, daar bij loutere uitlatingen van de overheid in de media dat een bedrijf van de ondergang zal worden gered of soortgelijke uitlatingen waarmee op geen enkele wijze de overheidsbegroting wordt belast, geen overheidsmiddelen betrokken worden. Daar waar geen overheidsmiddelen betrokken zijn wordt ook niet voldaan aan één van de cumulatieve criteria van artikel 107, lid 1, VWEU, waardoor ook niet van staatssteun kan worden gesproken.

¹³ R.o. 103 en 104.

¹⁴ Zie r.o. 103.

¹⁵ Vgl. ook HvJ EG 22 december 2008, zaak C-487/06 P, *British Aggregates/Commissie*, Jur. 2008, p. I-10505, r.o. 89 en HvJ EU 8 september 2011, zaak C-279/08 P, *Commissie/Nederland*, n.n.g., r.o. 51.

¹⁶ R.o. 109.

¹⁷ R.o. 105 en 110.

¹⁸ Zie r.o. 309 van het arrest van het Gerecht (gevoegde zaken T-425/04, T-444/04, T-450/04 en T-456/04, *Frankrijk/Commissie*, Jur. 2010, p. II-02099).

¹⁹ Dat heeft ook te maken met het feit dat in de beschikking van de Commissie in deze zaak de uitlatingen in de pers vanaf juli 2002 niet als staatssteun had bestempeld. Zie r.o. 67-79 van het arrest. Het Hof refereert desalniettemin in r.o. 133 wel aan de omstandigheid dat de uitlatingen in de pers van de minister in 2002 reden waren voor de ratingbureaus om de rating niet verder te verlagen.

²⁰ R.o. 134-135.

²¹ R.o. 136.

²² R.o. 139 j^o 107.

Nr. 20 Four One Media en OTP/Staat en Instituut Fysieke Veiligheid

Rechtbank Amsterdam 27 maart 2013 en 10 april 2013

Vonnis in kort geding in de zaak van

1. de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid Four One Media BV, gevestigd te Amsterdam,
2. de vereniging Vereniging van Onafhankelijke Televisieproducenten (OTP), gevestigd te Hilversum, eiseressen bij gelijkkluidende dagvaarding van 22 maart 2013, advocaat mr. R. S. Le Poole te Amsterdam,

tegen

1. de publiekrechtelijke rechtspersoon de Staat der Nederlanden, meer speciaal het Ministerie van Veiligheid en Justitie, zetelend te Den Haag,
2. de publiekrechtelijke rechtspersoon Het Instituut Fysieke Veiligheid, gevestigd te Zoetermeer, gedaagden, advocaat mr. drs. S. M. Kingma te Den Haag.

Eiseressen zullen hierna ook Four One Media en OTP worden genoemd. Gedaagden zullen hierna ook de Staat en het IFV worden genoemd.

1. De procedure

Ter terechtzitting van 27 maart 2013 hebben Four One Media en OTP gesteld en gevorderd overeenkomstig de in fotokopie aan dit vonnis gehechte dagvaarding. De Staat heeft verweer gevoerd met conclusie tot weigering van de gevraagde voorzieningen. Beide partijen hebben producties en pleitnota's in het geding gebracht.

Ter zitting waren aanwezig: aan de zijde van Four One Media en OTP: [A], [B] en [C] met mr. Le Poole en zijn kantoorgenote mr. A. Bekema. Aan de zijde van de Staat en het IFV: [D], [E] en [F] met mr. Kingma en zijn kantoorgenote mr. R. S. I. Lawant.

Na verder debat hebben partijen verzocht vonnis te wijzen. In verband met de spoedeisendheid van vordering 1, zoals opgenomen in het petitum van de dagvaarding, heeft de voorzieningenrechter op 27 maart 2013 mondeling vonnis gewezen, waarin deze vordering is toegewezen, met uitzondering van de gevorderde dwangsom (zie hierna onder 5.1 van dit vonnis). De voorzieningenrechter heeft tevens medegedeeld dat bij vonnis van 10 april 2013 wordt beslist over de overige vorderingen (zie hierna onder 5.2 tot en met 5.5 van dit vonnis). In dit vonnis zal tevens de motivering worden opgenomen voor de toewijzing van vordering 1.

2. De feiten

2.1. Four One Media is een televisieproducent. OTP is blijkens haar statuten een vereniging die de belangen behartigt van televisieprodu-

centen in Nederland. Het merendeel van de Nederlandse televisieproducenten, waaronder Four One Media, is aangesloten bij OTP.

2.2. Blijkens productie 1 van Four One Media en OTP is de Staat houder van twee Benelux-beeldmerken (het politielogo en het politielogo vormgegeven in het woord 'politie') met de inschrijvingsnummers 0536012 en 0536011. De Staat is tevens auteursrechthebbende ten aanzien van de politiehuisstijl. Onder die huisstijl kan worden begrepen de zogenaamde 'striping' op onder meer politieauto's. Tijdens het pleidooi van de raadsman van de Staat is naar voren gebracht dat de Staat tevens houder is van het Benelux-beeldmerk dat bestaat uit de 'striping' (met inschrijvingsnummer 0929424). Een kopie van het inschrijvingsbewijs van dit beeldmerk is niet in het geding gebracht.

2.3. Het IFV is een bij wet van 27 september 2012 opgericht zelfstandig bestuursorgaan. Met ingang van 1 januari 2013 draagt het IFV in opdracht van de Staat zorg voor de handhaving van de onder 2.2 genoemde intellectuele eigendomsrechten. Op de website www.politie.nl is over het IFV onder meer het volgende opgenomen:

Toestemming vragen

Om toestemming te krijgen voor het gebruik van het politielogo en/of de politiestriping kunt u terecht bij het IFV. Het IFV vraagt vervolgens aan de Directie Communicatie van de politie advies over het wel of niet instemmen met het verzoek. Hierbij kijkt de politie naar drie aspecten:

- worden haar taak en bevoegdheden waarheidsgetrouw in beeld gebracht?
- draagt de productie bij aan het imago van de politie?
- bestaat er risico voor de veiligheid van de burger?

Wat heeft u nodig om toestemming te verkrijgen?

Stuur een e-mail met een toelichting op het gewenste gebruik van het politielogo en/of striping aan [...]. Voeg hierbij de verhaallijn, het script of andere informatie over de productie, met de nadruk op het aandeel van de politie in de productie [...].

Bericht binnen twee weken

Normaal gesproken laat het IFV u binnen twee weken schriftelijk weten of u wel of geen toestemming krijgt. De toestemming geldt voor een bepaalde periode, met een maximum van een jaar. Bij misbruik van de politiemiddelen en/of imagoschade voor de Nederlandse politie kan het IFV de toestemming met onmiddellijke ingang intrekken. Indien gewenst neemt de politie contact op met de producent om tekst en uitleg te geven over het afwijzen van het verzoek. Vanzelfsprekend kunt u, na het aanbrenge van de nodige aanpassingen, altijd een nieuw verzoek indienen om alsnog toestemming te krijgen.

2.4. Four One Media produceert in opdracht van SBS Broadcasting BV de televisieserie Dokter Tinus. De eerste serie is uitgezonden in het seizoen 2012/2013. Bij de opnames van de eerste serie van Dokter Tinus heeft Four One Media gebruik gemaakt van politie-uniformen en politieauto's die zijn voorzien van het politielogo en van de 'striping' (overeenkomstig de onder 2.2 genoemde beeldmerken).

2.5. Bij e-mail van 27 februari 2013 heeft Four One Media ten behoeve van de tweede serie van Dokter Tinus, die zal worden uitgezonden in het seizoen 2013/2014, toestemming gevraagd aan het IFV voor het gebruik van het politielogo en de politiehuisstijl. Bij brief van 7 maart 2013 heeft het IFV deze toestemming geweigerd. In deze brief is onder meer het volgende opgenomen:

Algemeen.

De politiehuisstijl (waaronder vallen de politiestriping en het politie woord-/beeldmerk) heeft ten doel een optimale herkenbaarheid van de Nederlandse politie te creëren. Gelet op de bijzondere taken en bevoegdheden van de politie is het van groot belang dat het publiek in een oogopslag weet dat men in een voorkomend geval met een politie-uiting van doen heeft. De ontwerper van de huisstijl heeft zijn auteursrecht overgedragen aan de Nederlandse Staat. Het IFV (Instituut Fysieke Veiligheid) draagt er in opdracht van de Nederlandse Staat zorg voor dat ongeautoriseerd gebruik van de politiehuisstijl zo veel mogelijk voorkomen wordt.

[...]

Na afstemming met de Stafafdeling Communicatie van de Nationale Politie bevestig ik u hierbij formeel dat de Nationale Politie niet instemt met het verlenen van toestemming aan de tv-serie 'Dokter Tinus' van Four One Media BV om gebruik te maken van de politiehuisstijl (zoals uniformen en auto's).

[...]

Deze brief dient als formele bevestiging van dit besluit. Reden van de politie

om niet in te stemmen zijn dat de uitstraling, handelswijze en werkwijze van de politiemanager in de serie, zoals die naar voren komt in het script, niet overeenkomt met de wijze waarop de politie in de huidige tijd dient te functioneren en zich dient te profileren.

[...]

2.6. De raadsman van Four One Media en OTP heeft het IFV bij brief van 22 maart 2013 onder meer gesommeerd Four One Media toestemming te verlenen voor het gebruik van de politiehuisstijl in de serie Dokter Tinus.

2.7. Vanaf 3 april 2013 staan de opnames gepland voor de tweede serie van Dokter Tinus.

2.8. Als productie 6 hebben Four One Media en OTP een brief in het geding gebracht van 5 maart 2013 van het IFV die is gericht aan producent IDTV Drama. Deze brief heeft betrekking op het televisieprogramma 'Beschuldigd'. Uit de brief blijkt dat ook IDTV Drama geen toestemming heeft verkregen voor het gebruik van de politiehuisstijl. In de brief is onder meer het volgende opgenomen:

Inmiddels hebben wij meldingen ontvangen dat tijdens deze dagelijks uit te zenden serie met grote regelmaat, ondanks het feit dat u geen toestemming daartoe is verleend, toch gebruik maakt van (onderdelen van) de politiehuisstijl. [...]

Ik verzoek u dringend, met klem, en voor zover nodig sommeer ik u, het gebruik van (onderdelen van de) politiehuisstijl met onmiddellijke ingang te staken en gestaakt te houden.

Dit geldt tevens voor het gebruik van (onderdelen van de) huisstijlen van de overige door de Staat aangewezen hulpverleningsdiensten in het kader van de rampenbestrijding die gebruik maken van de voor hen bepaalde huisstijlen. [...]

Indien mij blijkt dat u niet aan mijn verzoek heeft voldaan, zie ik mij genoodzaakt de Landsadvocaat te verzoeken deze kwestie op zo kort mogelijke termijn tot civielrechtelijke toetsing te brengen. Bij een dergelijke (kortgeding) procedure zal in beginsel (onder bepaling van een dwangsom) een verbod worden gevraagd om (verder) inbreuk te maken op het auteursrecht van de Staat. Als de Staat in het gelijk wordt gesteld, zullen de proceskosten ook voor uw rekening komen. De Staat is bevoegd daarenboven een (voorschot op de) schadevergoeding te vorderen. Gerechtelijke procedures met betrekking tot inbreuk op de rechten op de striping en het logo zoals bij de politie in gebruik, zijn tot op heden steeds in het voordeel van de Staat uitgevallen. [...]

3. Het geschil

3.1. Four One Media en OTP vorderen – kort gezegd – het volgende:

- (1) de Staat en het IFV te gebieden Four One Media toestemming te verlenen voor het gebruik van de politiehuisstijl in de televisieserie Dokter Tinus, op straffe van een dwangsom van € 10.000,- per dag;
- (2) de Staat en het IFV te gebieden geen voorafgaande inhoudelijke toetsing uit te voeren ten behoeve van een besluit tot het al dan niet verlenen van toestemming voor het gebruik van de politiehuisstijl in filmwerken geproduceerd door leden van OTP;
- (3) de Staat en het IFV te verbieden toestemming voor het gebruik van de politiehuisstijl door leden van OTP te onthouden op grond van redenen die zijn gebaseerd op de intellectuele eigendomsrechten van de Staat, meer in het bijzonder met als reden dat de taak en de bevoegdheden van de politie niet waarheidsgetrouw in beeld worden gebracht en/of de productie niet bijdraagt aan het imago van de politie;
- (4) de Staat en het IFV te verbieden de handhaving van intellectuele eigendomsrechten ten detrimente van leden van OTP uit te voeren op een wijze die niet overeenstemt met de algemene beginselen van behoorlijk bestuur;
- (5) de termijn als bedoeld in artikel 1019i Rv te bepalen op zes maanden;
- (6) de Staat en het IFV te veroordelen in de proceskosten als bedoeld in artikel 1019h Rv (in dit geval € 25.000,- exclusief BTW), te vermeerderen met de nakosten en te vermeerderen met de wettelijke rente.

3.2. Four One Media en OTP voeren hiertoe – samengevat weergegeven – het volgende aan. De regeling zoals hiervoor geciteerd onder 2.3 is in strijd met artikel 7 van de Grondwet (de vrijheid van meningsuiting en het verbod op censuur). Uit dit artikel volgt dat geen voorafgaand toezicht mag plaatsvinden op de inhoud van een radio- of televisie-uitzending. Met name de toetsing door het IFV of de taken en bevoegdheden van de politie waarheidsgetrouw in beeld worden

gebracht en of de productie bijdraagt aan het imago van de politie, komt neer op censuur. De politie gaat hierbij op de stoel van de programmamaker zitten. In dit geval geldt dat de vrijheid van meningsuiting (zoals neergelegd in artikel 10 EVRM) als een geldige reden kan worden aangemerkt in de zin van artikel 2.20 lid 1 sub d BVIE, zodat geen sprake is van een merkinbreuk. Ook het auteursrecht waarop de Staat zich beroept, dient in dit geval te wijken voor de vrijheid van meningsuiting. Het IFV misbruikt de intellectuele eigendomsrechten van de Staat. Dit brengt naar de mening van Four One Media en OTP tevens mee dat de handelwijze van het IFV in strijd is met de algemene beginselen van behoorlijk bestuur.

3.3. De Staat heeft – samengevat weergegeven – het volgende verweer gevoerd. De Staat werkt niet mee aan het gebruik van onderdelen van de politiehuisstijl waarop intellectuele eigendomsrechten rusten, indien de politie op een manier wordt uitgebeeld waarin de Staat zich niet kan vinden. De Staat hoeft daaraan ook niet mee te werken; als merkhouders en auteursrechthebbers staat het de Staat vrij om al dan niet toestemming te verlenen of aan een eventuele toestemming voorwaarden te verbinden. Indien een televisieproducent de politie op neutrale wijze portretteert, geen afbreuk doet aan het imago van de politie en geen verkeerd beeld geeft van de taken en bevoegdheden van de politie, zal tegen het verlenen van toestemming geen bezwaar bestaan. Indien echter een televisieproducent zijn fictieve agenten (bijvoorbeeld) dronken achter het stuur laat zitten, joints laat roken, verdachten laat mishandelen of anderszins de wet laat overtreden, is er voor de Staat geen enkele reden (en ook geen verplichting) om daaraan mee te werken. Onjuist is dat hierdoor sprake zou zijn van censuur als bedoeld in artikel 7 van de Grondwet. Er is immers geen sprake van een verplichte voorafgaande toestemming. Er zijn ook producenten die de huisstijl van de politie gebruiken zonder hiervoor toestemming te vragen (omdat het gebruik naar hun mening valt onder de wettelijke exceptie op IE-rechten of omdat de uitingenvrijheid klaarblijkelijk zwaarder weegt). Het staat producenten voorts geheel vrij om de politie te portretteren hoe zij willen (positief, neutraal, negatief); producenten kunnen de Staat hierbij echter niet verplichten hen altijd gebruik te laten maken van de politiehuisstijl. Iedere televisieproducent heeft een (weinig bezwarend) alternatief om de politie te portretteren, te weten zonder gebruik van de politiehuisstijl. Artikel 2.20 lid 1 sub d BVIE geeft de merkhouders uitdrukkelijk het recht op te komen tegen gebruik dat afbreuk doet aan de reputatie van het merk. De vrijheid van meningsuiting prevaleert niet altijd boven het auteursrecht en het merkenrecht.

3.4. Over de televisieserie *Dokter Tinus* voert de Staat aan dat het onmiskenbaar een commerciële productie is. *Dokter Tinus* is enkel gericht op entertainment en draagt niet bij aan een debat van algemeen maatschappelijk belang. Artikel 10 EVRM biedt dan een beperkte bescherming. Ook Four One Media heeft een weinig bezwarend alternatief; te weten het gebruik van politie-uniformen en politieauto's waarop geen IE-rechten van de Staat rusten. De Staat heeft voor het gebruik van de politiehuisstijl in *Dokter Tinus* geen toestemming verleend omdat Ken (het personage dat een agent speelt) niet waarheidsgetrouw een agent in beeld brengt. Hij komt sullig over, heeft vaak weinig te doen, is weinig doortastend en bang om actie te ondernemen. Hij drinkt een biertje op een terras, terwijl hij gekleed is in een politie-uniform, het maakt hem niet uit als hij een verkeerde persoon aanhoudt op verdenking van diefstal en hij probeert indruk te maken op een meisje door haar rijles te geven in zijn dienstauto. Verder worden bepaalde procedures niet juist in beeld gebracht en wordt gebruik gemaakt van verouderde blaastests. De eerste verordening dient dan ook te worden afgewezen. De vorderingen 2 en 3 – die niet direct zien op *Dokter Tinus* – kunnen niet worden toegewezen omdat die veel te algemeen van aard zijn. Het hangt steeds van de concrete omstandigheden van het geval af of een IE-recht van de Staat prevaleert boven de vrijheid van meningsuiting. De Staat bestrijdt dat het IFV handelt in strijd met de algemene beginselen van behoorlijk bestuur. Ook vordering 4 is daarom niet toewijsbaar.

3.5. Op de stellingen van partijen wordt hierna, voor zover van belang, nader ingegaan.

4. De beoordeling

4.1. Omdat in dit geval sprake is van een procedure waarin een voorlopige voorziening wordt gevorderd, zal de voorzieningenrechter artikel 127a lid 1 en lid 2 Rv – waarin is bepaald dat aan het niet tijdig betalen van het griffierecht consequenties worden verbonden – buiten beschouwing laten. Toepassing van deze bepaling zou immers, gelet op het belang van één of beide partijen bij de toegang tot de rechter, leiden tot een onbillijkheid van overwegende aard.

4.2. Four One Media en OTP hebben een spoedeisend belang bij het instellen van hun vorderingen. Niet bestreden is dat Four One Media vanaf 3 april 2013 een aanvang neemt met de opnames voor de tweede serie van *Dokter Tinus*. Daarnaast is voldoende aannemelijk geworden dat ook andere televisieproducenten op (redelijk) korte termijn moeten weten waar zij aan toe zijn. Four One Media en OTP zijn dan ook ontvankelijk in dit kort geding.

4.3. Four One Media en OTP beroepen zich op het recht op vrijheid van meningsuiting van artikel 10 lid 1 EVRM en op het grondrecht dat is neergelegd in artikel 7 van de Grondwet (het verbod op censuur). De Staat en het IFV beroepen zich op hun intellectuele eigendomsrechten, meer in het bijzonder op hun merkenrechten en op hun auteursrecht. De rechten waarop partijen zich in dit geding beroepen, zijn niet absoluut. Ingevolge artikel 10 lid 2 EVRM kan een inbreuk op de vrijheid van meningsuiting gerechtvaardigd zijn, indien die bij wet is voorzien en noodzakelijk is in een democratische samenleving, bijvoorbeeld ter bescherming van de goede naam of de rechten van anderen. Ook het grondrecht van artikel 7 Grondwet is niet absoluut, doch 'behoudens ieders verantwoordelijkheid voor de wet'. Onder meer uit artikel 2.20 lid 1 sub d BVIE volgt dat het recht op een merk evenmin absoluut is. Het gebruik van een merk door een ander dan de merkhouders is immers toegestaan, mits hij hiervoor een geldige reden heeft en mits dit gebruik geen afbreuk doet aan het onderscheidend vermogen of de reputatie van het merk. Uit verschillende artikelen in de Auteurswet volgt eveneens dat onder bepaalde omstandigheden een ander dan de auteursrechthebbers (onderdelen van) een auteursrechtelijk beschermd werk mag openbaren. Een voorbeeld hiervan is het citaatrecht genoemd in artikel 15a Aw.

4.4. Er bestaat geen rangorde in de hiervoor genoemde – in beginsel gelijkwaardige – rechten. Naar het oordeel van de voorzieningenrechter komt het er in dit geding dan ook op neer dat op grond van alle relevante omstandigheden van het geval een belangenafweging moet worden gemaakt.

4.5. Het belang van Four One Media en OTP is erin gelegen dat zij, ook als het gaat om een entertainmentprogramma, de vrijheid moeten hebben de werkelijkheid na te bootsen om geloofwaardig en 'echt' bij de televisiekijker over te komen en dat zij om die reden gebruik moeten kunnen maken van echte politie-uniformen en echte politieauto's. Daar tegenover staat het belang dat de Staat en het IFV hebben bij een positief imago van de politie en het belang dat de politie niet wordt blootgesteld aan reputatie- of imagoschade, zonder dat hiermee een maatschappelijk doel is gediend. De Staat heeft er verder een belang bij dat het publiek niet in verwarring wordt gebracht door personen of organisaties die zich als politie presenteren (of zich presenteren op een wijze die doet denken aan de politie), terwijl zij dat niet zijn.

4.6. Waar het de televisieserie *Dokter Tinus* betreft, overweegt de voorzieningenrechter het volgende. Ook entertainmentprogramma's (waaronder dramaserie) vallen onder de werking van artikel 10 EVRM. Het televisiekijkend publiek is eraan gewend dat de politie er in dramaserie precies zo uitziet als de echte politie. Dit heeft tot gevolg dat een producent van een dramaserie een geldige reden heeft om gebruik te maken van politie-uniformen en politieauto's die zijn voorzien van de 'echte' beeldmerken van de Staat. Het verweer van de Staat dat iedere producent over een weinig bezwarend alternatief beschikt (nepuniformen, nepauto's), gaat daarmee niet op. De kijker zal dat als niet echt ervaren en raar, amateuristisch of zelfs belachelijk vinden. De facto heeft de Staat bij deze stand van zaken (als monopolist van politiediensten) een machtsmiddel in handen, te meer daar ter zitting is gebleken dat een televisieproducent de desbetreffende uniformen en auto's alleen kan huren bij bepaalde verhuurbedrijven die hiervoor een vergunning hebben van de Staat en te meer daar een dergelijk verhuurbedrijf pas overgaat tot verhuur aan een individuele televisieproducent indien die producent kan aantonen dat hij voor zijn dramaserie toestemming van het IFV heeft verkregen. Er is dan ook sprake van een gesloten systeem. Tezamen met de actieve rol die de Staat en het IFV zichzelf toekennen, welke rol neerkomt op een verregaande bemoeienis vooraf met de inhoud van het script van een nog uit te zenden dramaserie, komt dit op gespannen voet te staan met artikel 7 van de Grondwet (het verbod op censuur). Dat het televisieproducenten niet verplicht wordt gesteld voorafgaande toestemming te vragen en zij ook zonder die toestemming tot uitzending kunnen overgaan, zoals de Staat en het IFV hebben betoogd, doet aan dit oordeel niet af. In de eerste plaats zal dit vanwege de voornoemde rol van de verhuurbedrijven betekenen dat zij de benodigde materialen niet kunnen huren, maar die tegen hoge(re) kosten zelf moeten laten (na)maken. Verder wordt verwezen naar de onder 2.8 van dit vonnis

weergegeven sommatie van het IFV aan IDTV Drama. Het achteraf dreigen met juridische procedures en de daarmee verband houdende kosten, kan televisieproducenten in de toekomst dwingen vooraf toestemming te vragen.

4.7. De voorzieningenrechter acht het verder van belang dat verwarringsgevaar (nagenoeg) kan worden uitgesloten omdat Dokter Tinus een dramaserie is voor televisie en iedere kijker weet dat de politieagent die in die serie voorkomt niet echt is maar gespeeld. Ook gebeurtenissen zijn niet echt maar gespeeld. Er is sprake van fictie. Het publiek zal zich hiervan in het algemeen bewust zijn. Imago- of reputatieschade bij de politie kan om dezelfde redenen evenmin snel worden aangenomen. Het gedrag (of eventueel wangedrag) van 'de politie' in een televisieserie zal niet op het conto van de 'echte' politie worden geschreven. Weliswaar kan niet geheel worden uitgesloten dat de beeldvorming in een dramaserie (enige) invloed kan hebben op het imago of de reputatie van de 'echte' politie, maar nu sprake is van fictie is voorhands niet aannemelijk dat die invloed groot is. Aannemelijker is dat voor het imago van de politie haar optreden in de realiteit van veel grotere invloed is. De voorbeelden die de Staat en het IFV hebben aangehaald ten aanzien van Ken, de politieagent uit Dokter Tinus, zullen het imago of de reputatie van de politie bij de gemiddelde televisiekijker geen serieuze schade toebrengen. Het op basis van deze voorbeelden onthouden van toestemming om de politiehuisstijl te mogen gebruiken, acht de voorzieningenrechter niet proportioneel.

4.8. Op grond van alle hiervoor onder 4.6 en 4.7 genoemde omstandigheden van het geval is de voorzieningenrechter over de televisieserie Dokter Tinus van oordeel dat een afweging van belangen in het voordeel van Four One Media dient uit te vallen. Dit leidt tot toewijzing van vordering 1. Een dwangsom zal hieraan niet worden verbonden, nu de Staat geacht wordt zich aan rechterlijke uitspraken te houden. Hetzelfde geldt voor het IFV als 'onderdeel' van de Staat.

4.9. Over de vorderingen 2 en 3 is de voorzieningenrechter het volgende van oordeel. Gevorderd is – kort gezegd – dat de Staat en het IFV nimmer een voorafgaande inhoudelijke toetsing mogen verrichten alsmede de Staat en het IFV te gebieden nimmer toestemming te weigeren op basis van de eerste twee toetsingsgronden, zoals hiervoor weergegeven onder 2.3 (een niet waarheidsgetrouw beeld en afbreuk van het imago). De Staat en het IFV hebben terecht aangevoerd dat deze vorderingen te algemeen van aard zijn om in een kort geding (bij wijze van voorlopige voorziening) te kunnen worden toegewezen. Weliswaar is hiervoor uiteengezet dat er in de regel geen grond zal zijn voor een voorafgaande toetsing van een script van een televisieserie waarin de politiehuisstijl wordt gebruikt, maar dat die regel nooit uitzonderingen zal kennen, kan niet op voorhand worden aangenomen. Gedacht kan worden aan een geval waarin eerder terzake bezwaren (achteraf) zijn gemaakt tegen het gebruik van de politiehuisstijl en de kans op herhaling van onrechtmatig handelen zo groot is dat voorafgaande toetsing van de inhoud van het programma op zijn plaats is. Bij onrechtmatig handelen zoals hiervoor bedoeld kan worden gedacht aan verwarringsgevaar (bijvoorbeeld als niet voldoende duidelijk is dat het om fictie gaat) of van ernstige reputatieschade (bijvoorbeeld indien de politie enkel in beeld wordt gebracht met de opzet haar imago te schaden) of wanneer de veiligheid van de burger in het geding is (zie de derde toetsingsgrond van het IFV, hiervoor onder 2.3 opgenomen). In dergelijke gevallen hoeft ook een toetsing vooraf niet per definitie ongerechtvaardigd te zijn. De voorzieningenrechter kan hierover op voorhand geen uitspraak doen. Mocht zich in de toekomst een nieuw geval voordoen waarin toestemming wordt geweigerd, dan kunnen partijen zich laten leiden door de overwegingen die de voorzieningenrechter in dit vonnis heeft opgenomen. Zo nodig zal de meest gerede partij een nieuw kort geding moeten aanspannen.

4.10. Aan vordering 4 hebben Four One Media en OTP de algemene beginselen van behoorlijk bestuur ten grondslag gelegd. Gelet op hetgeen hiervoor is overwogen komt hieraan echter voor de beoordeling van dit geschil geen zelfstandige aanvullende betekenis toe. Vordering 4 zal derhalve niet worden toegewezen.

4.11. Aangezien de vorderingen van Four One Media gedeeltelijk worden toegewezen, terwijl hetgeen OTP vorderde in veel individuele gevallen toewijsbaar zou kunnen zijn, maar in dit geding niet kan worden toegewezen omdat de vordering daarvoor te algemeen is, ziet de voorzieningenrechter aanleiding de proceskosten tussen partijen te compenseren als na te melden.

5. De beslissing

De voorzieningenrechter

5.1. gebiedt de Staat en het IFV om Four One Media schriftelijk toestemming te verlenen voor het gebruik van de politiehuisstijl (waaronder beeldmerken en 'striping') in de tweede televisieserie Dokter Tinus,

5.2. verklaart dit vonnis tot zover uitvoerbaar bij voorraad,

5.3. compenseert de proceskosten aldus, dat iedere partij de eigen kosten draagt,

5.4. bepaalt de termijn als bedoeld in artikel 1019i Rv op zes maanden, gerekend vanaf 10 april 2013,

5.5. wijst het meer of anders gevorderde af.

Dit vonnis is gewezen door mr. R.H.C. Jongeneel en in het openbaar uitgesproken in tegenwoordigheid van de griffier mr. M. Veraart op 27 maart 2013 en 10 april 2013.

Noot

Remy Chavannes

Mr. R.D. Chavannes is advocaat te Amsterdam (Brinkhof).

Politie staat tevergeefs op haar strepen, uitingvrijheid gaat voor

Mag de Staat met een beroep op zijn auteurs- en merkenrechten op de politiehuisstijl voorkomen dat politieauto's en -uniformen worden gebruikt in een tv-serie waarin een 'onwenselijk' beeld van de politie wordt neergezet? De Amsterdamse rechtbank oordeelt van niet, in een illustratieve toepassing van de door Luxemburgse en Straatsburgse rechters bevolen horizontale integratie van het intellectuele eigendomsrecht.

Achtergrond: regulering van gebruik politiehuisstijl

Gelet op de bijzondere taken en bevoegdheden van de politie is het van groot belang dat het publiek de politie meteen als zodanig herkent. Het is in ieders belang dat de Staat effectief optreedt tegen misleidend gebruik van de politiehuisstijl, met name wanneer daarmee ten onrechte politiegaz wordt gepretendeerd. In dat kader heeft de Staat het logo en het kenmerkende rood-blauwe strepenmotief (de zogenoemde politie-'striping') als merk gedeponeerd en het auteursrecht daarop voorbehouden.¹



De Staat beroept zich in de praktijk op deze IE-rechten om op te treden tegen bijvoorbeeld beveiligingsbedrijven op hun auto's striping aanbrengen die verwarringwekkend veel lijkt op de officiële politie-striping. In zo'n zaak in 2012 voerde de Staat aan dat er op dat moment 140 vergelijkbare zaken in behandeling waren.²

¹ Regeling auteursrecht handboek huisstijl en logo politie, *Stcrt.* 1993, 131.

² Rb. Zutphen 13 maart 2012, LJN BV8590 (*Staat/Globe Holding*).

In maart 2013 heeft de Staat, wellicht geïnspireerd door het voorbeeld van de Mediaproductie van het Koninklijk Huis, een informele regeling gepubliceerd aan de hand waarvan verzoeken om toestemming voor het gebruik van de politiehuisstijl voortaan worden getoetst.³ Die raken niet alleen beveiligingsbedrijven die willen profiteren van de veilige en betrouwbare uitstraling van de politie-stripping, maar expliciet ook theater-, tv- en filmproducties. In dergelijke situaties gaat het niet om het voorkomen van verwarring bij de burger, die in één oogopslag moet weten of hij met het echte gezag van doen heeft, maar om het beschermen van de reputatie van de politie.

Verzoeken om toestemming worden blijkens de regeling beoordeeld door de Directie Communicatie van de politie, die daarbij drie aspecten beoordeelt:

- worden haar taak en bevoegdheden waarheidsgetrouw in beeld gebracht?
- draagt de productie bij aan het imago van de politie?
- bestaat er risico voor de veiligheid van de burger?

Onder het kopje 'Wat heeft u nodig om toestemming te verkrijgen?' bevat de regeling nog de instructie om bij het toestemmingsverzoek de verhaallijn, het script of andere informatie over de productie bij te voegen, met de nadruk op het aandeel van de politie in de productie.

Deze nadrukkelijk inhoudelijke beoordeling van gebruiksverzoeken ten behoeve van rtv-producties oogstte meteen de nodige kritiek in de algemene⁴ en gespecialiseerde⁵ media. Daarbij werd een politiewoordvoerder geciteerd die het beleid verdedigde met argumenten die inderdaad niets te maken hebben met de bestrijding van misleiding en alles met communicatie en beeldvorming:

De beroepsgroep moet beschermd worden als deze op een onrealistische manier in beeld wordt gebracht. Het is niet de bedoeling dat wij in producties onderuit worden gehaald. Wij zijn te vergelijken met een A-merk.

Dokter Tinus: casus en standpunten van partijen

Een van de eerste slachtoffers van de nieuwe regeling voor het gebruik van de politiehuisstijl was Four One Media, de producent van de door SBS uitgezonden tv-serie 'Dokter Tinus'. Daarin figureert een gemoeidelijke dorpsagent Ken, gespeeld door Tygo Gerandt, die vanwege zijn sullige voorkomen en losse omgang met procedures bepaald niet voldoet aan het ideaalbeeld van de politie dat de Directie Communicatie nastreeft. Hoewel voor het eerste seizoen van *Dokter Tinus* nog toestemming was verleend voor het gebruik van de politiehuisstijl, werd het verzoek voor het tweede seizoen geweigerd onder verwijzing naar de criteria in de inmiddels gepubliceerde regeling:

Reden van de politie om niet in te stemmen zijn dat de uitstraling, handelswijze en werkwijze van de politiemanager in de serie, zoals die naar voren komen in het script, niet overeenkomt met de wijze waarop de politie in de huidige tijd dient te functioneren en zich dient te profileren.⁶

Vlak voordat de opnames voor het tweede seizoen zouden beginnen zag de producent zich dus geconfronteerd met het juridische risico van een inbreukzaak als hij zonder toestemming de politiehuisstijl zou gebruiken, maar ook met het praktische probleem dat hij überhaupt niet aan politieauto's en -uniformen kon komen: er zijn slechts enkele verhuurbedrijven die geautoriseerd zijn om politiehuisstijl-dragers te verhuren en die verhuren alleen aan partijen die beschikken over toestemming om de politiehuisstijl te gebruiken.

Four One Media startte samen met de vereniging van onafhankelijke tv-producenten OTP een kort geding tegen de Staat en het Instituut Fysieke Veiligheid, een door de Wet veiligheidsregio's ingesteld zelfstandig bestuursorgaan dat sinds 1 januari 2013 de hier aan de orde zijnde IE-rechten van de Staat bij volmacht uitoefent. Zij eisten onmiddellijke toestemming voor het gebruik van de politiehuisstijl voor het nieuwe seizoen van 'Dokter Tinus' en, meer in het algemeen, een verbod op voorafgaande inhoudelijke toetsing van voorgenomen rtv-producties in het kader van toestemmingsverzoeken.

Bij pleidooi noemde de advocaat van Four One Media en de OTP andere voorbeelden van de wijze waarop het Instituut voorafgaande inhoudelijke controle tracht uit te oefenen op tv-series waarin de poli-

tie figureert. Aan een producent werd toestemming geweigerd omdat er geen mediacontract was gesloten, 'waardoor de politie geen regie heeft op hoe de acteurs de politie in de serie vertolken en waardoor de politie een groot risico loopt op imagoschade.' Een andere producent kreeg te horen dat het in beeld brengen van een corrupte agent misshien toch wel zou kunnen, 'mits deze aan het einde van de serie gepakt en bestraft zou worden.' Het Instituut zou ontevreden zijn over de serie 'Moordvrouw', omdat de daarin door Renée Soutendijk gespeelde hoofdcommissaris zich teveel zou bemoeien met de dagelijkse gang van zaken.

Four One Media beschuldigde de Staat in de kern van censuur in strijd met artikel 7 Grondwet en van het misbruiken van zijn IE-rechten om op de stoel van regisseur te gaan zitten teneinde het imago van de politie te verbeteren. Zij bepleitte in elk geval een afweging tussen haar vrijheid van meningsuiting en de IE-rechten van de Staat, waarbij haar door de uitingsvrijheid beschermde belangen om de tv-serie op haar manier te maken zwaarder moesten wegen dan de door het auteurs- en merkenrecht beschermde belangen van de Staat om dat te voorkomen.

De Staat heeft in zijn verweer toegelicht dat de handhaving van zijn IE-rechten op de huisstijl van de hulpdiensten ertoe dient een associatie te voorkomen tussen de hulpdiensten enerzijds en derden die daarmee niets van doen hebben anderzijds. Daarbij gaat het in de praktijk meestal om het aanbrengen van strepen op de auto's van de al genoemde beveiligingsbedrijven en door niet erkende EHBO-dienstverleners.

In het geval van fictieve tv-producties spelen volgens de Staat vergelijkbare belangen. De Staat benadrukt dat hij als rechthebbende verbodsrechten heeft die hij vrijelijk kan uitoefenen. Dat raakt niet de vrijheid voor producenten om politieagenten desgewenst op negatieve of diskwalificerende wijze af te beelden, alleen hoeft de Staat daaraan niet actief mee te werken door toestemming te verlenen voor het gebruik van de politiehuisstijl. Wat betreft het beroep op censuur stelt de Staat dat producenten niet verplicht zijn hun scripts vooraf ter goedkeuring voor te leggen: zij kunnen daarvan afzien als zij menen dat zij hun programma kunnen maken zonder schending van de IE-rechten van de Staat, bij voorbeeld omdat zij geen gebruik maken van de politiehuisstijl of omdat dat gebruik valt onder een wettelijke exceptie.

De Staat onderkent dat er bij een botsing tussen IE-rechten en uitingsvrijheid een afweging moet plaatsvinden om te bepalen welk grondrecht in het specifieke geval prevaleert. Hij stelt in dat kader dat de tv-serie 'Dokter Tinus' geen bijdrage levert aan een debat van algemeen maatschappelijk belang en een zuiver commercieel karakter heeft, waardoor zij een meer beperkte bescherming geniet onder artikel 10 EVRM. Hij wijst op het belang van de Staat om de reputatie van de politie te beschermen en op het feit dat Four One Media ook kan beschikken over alternatieve politie-uniformen en logo's die niet onder het IE-recht van de Staat vallen.

Vonnis

Door de opzet van de procedure en de standpunten over en weer lag in zijn algemeenheid de principiële vraag voor, in hoeverre de Staat toestemming voor het gebruik van zijn IE-rechten op de politiehuisstijl mag weigeren in het kader van tv-producties waarin de politie wordt afgebeeld op manier die de Staat niet zint. Of de Staat zich daarmee *de facto* het recht verschafte om onwettelijke producties tegen de honden, is een meer feitelijke vraag naar de onmisbaarheid van de officiële politiehuisstijl voor de geloofwaardige weergave van de politie in een tv-serie, waarover de rechter apart moest oordelen.

De Amsterdamse voorzieningenrechter gaat deze uitdaging niet uit de weg en benadert het geschil als een conflict tussen in beginsel gelijkwaardige grondrechten – uitingsvrijheid en censuurverbod aan de zijde van Four One Media, merkenrecht en auteursrecht aan de zijde van de Staat – die alle hun beperkingen kennen. Hoewel aan het slot van r.o. 4.3 wordt gewezen op de wettelijke beperkingen *binnen* de Auteurswet en het BVIE, blijkt uit de context en de daarop volgende afweging dat de rechter ook de mogelijkheid van buitenwettelijke beperking van deze IE-rechten onderkent.

3 'Gebruik politielogo en stripping', persbericht Nationale Politie 15 maart 2013, <http://bit.ly/15N4l5f>.

4 'Politie herkent zich niet in Tygo Gerandt: dat uniform moet uit', *NRC Handelsblad* 14 maart 2013, <http://bit.ly/WpPbGA>.

5 Christien Wildeman, 'Censuur door de politie', *MR* 2013-14238, <http://bit.ly/11kFMAo>.

6 Zie r.o. 2.5 van het vonnis.

Identificatie van belangen

De concrete belangen van partijen worden in r.o. 4.5 geschetst en vervolgens in r.o. 4.6 en 4.7 afgewogen. Opvallend aan de opsomming van de belangen van de Staat is dat deze weliswaar appelleren aan de (doelstellingen van) de IE-rechten waarop zij worden gebaseerd, maar zijn toegespitst op publiekrechtelijke belangen die daarmee maar zijdelings van doen hebben, in elk geval wat betreft het auteursrecht. 'Het belang dat de Staat en het IFV hebben bij een positief imago van de politie en het belang dat de politie niet wordt blootgesteld aan reputatie- of imagoschade, zonder dat hiermee een maatschappelijk doel is gediend' is inderdaad het belang dat aan het optreden van de Staat ten grondslag ligt, maar is niet helemaal het door de Auteurswet beschermde belang van auteursrechtelijken. De rechter had de beschermde belangen ook enger kunnen definiëren, bijvoorbeeld als het belang van de Staat om zich te verzetten tegen ongeautoriseerde verveelvoudiging en openbaarmaking van zijn werk, of om op te komen voor de morele rechten van de maker van het politielogo. Voor de uitkomst van de afweging had het in dit geval overigens geen verschil gemaakt, omdat ook de breder gedefinieerde belangen van de Staat volgens de rechtbank onvoldoende gewicht in de schaal leggen.

Afweging van belangen

Bij de afweging van belangen stelt de rechter voorop dat dramaserieën worden beschermd door artikel 10 EVRM en dat de kijker verwacht dat de politie er in dramaserieën net zo uitziet als in het echt. Nepuniformen zijn geen alternatief, want komen raar en amateuristisch over. Dat levert meteen een geldige reden op voor het gebruik van de politiebeldmerken – een beperking van het verbodsrecht van de merkhouder waarin artikel 2.20 lid 1 sub c en d BVIE voorziet. De rechter had het, voor wat betreft het merkenrecht, wellicht daarbij kunnen laten. Desalniettemin wijdt hij een uitgebreide overweging aan de door de Staat opgetuigde toestemmingsprocedure, die hij omschrijft als een gesloten systeem dat op gespannen voet staat met het censuurverbod: geen toegang tot echte auto's en uniformen zonder voorafgaande toestemming, geen toestemming zonder voorafgaande inhoudelijke toetsing.

Een praktisch en verstandig lijkt mij de daarop volgende overweging (r.o. 4.7) dat verwarringsgevaar nagenoeg kan worden uitgesloten omdat 'Dokter Tinus' een dramaserie is en de kijker weet dat (het onvoorbeeldige gedrag van) politieagent Ken niet echt is maar gespeeld. De rechter overweegt dat de specifieke scènes die voor de Staat aanleiding waren geweest toestemming te weigeren het imago of de reputatie van de politie bij de gemiddelde televisiekijker geen serieuze schade zouden toebrengen en vervolgt: 'Het op basis van deze voorbeelden onthouden van toestemming om de politiehuisstijl te mogen gebruiken, acht de voorzieningenrechter niet proportioneel.' Het woord 'proportioneel' is mijns inziens significant, omdat het duidt op een op artikel 10 lid 2 EVRM gegronde en dus buiten Auteurswet en BVIE gelegen beperking van de IE-rechten van de Staat.

In r.o. 4.8 concludeert de rechtbank dat op grond van de in r.o. 4.6 en 4.7 genoemde omstandigheden een afweging van belangen in het voordeel van Four One Media dient uit te vallen, zodat de hoofdvordering van Four One Media wordt toegewezen. Dat is gezien de genoemde omstandigheden en de casus niet verwonderlijk, maar niettemin opmerkelijk. Als de rechter de zaak had benaderd als 'gewone' IE-zaak, had hij vermoedelijk geconstateerd dat sprake is van weigering van een IE-licentie en overwogen dat de houder van zo'n absoluut recht in beginsel het recht heeft een licentie op elke rationale of irrationele grond te weigeren, behoudens misbruik van bevoegdheid of misbruik van machtspositie. In r.o. 4.6 wordt de Staat weliswaar omschreven als monopolist van politiediensten, maar een toepassing van de licentieweigeringsarresten van het Hof van Justitie is dit vonnis daarmee niet te noemen.⁷ De enkele disproportionaliteit

van de licentieweigering is daartoe immers onvoldoende, terwijl ook de criteria van artikel 3:13 BW niet kenbaar worden toegepast.

Een alternatieve IE-benadering zou zijn geweest om te bezien of het voorgenomen gebruik van de politiehuisstijl kwalificeert als gebruik van de merken en c.q. openbaarmaking van de werken van de Staat en, zo ja, in hoeverre dat ongeautoriseerde gebruik gerechtvaardigd zou worden met een beroep op beperkingen waarin het BVIE en de Auteurswet voorzien. De IE-redenering zou dan zijn: ongeautoriseerde exploitatie zonder gegrond beroep op een wettelijke exceptie is inbreuk en inbreuk is verboden. In r.o. 4.6 overweegt de rechtbank weliswaar dat Four One Media beschikt over een geldige reden om de politiehuisstijl te gebruiken, maar over dat communautair geharmoniseerde begrip valt wel iets meer te zeggen, terwijl beperkingen van het auteursrecht verder niet aan de orde komen.

Uit de wijze waarop de belangenafweging in r.o. 4.3 en 4.4 wordt opgezet, de belangen in r.o. 4.5 worden geïdentificeerd en in r.o. 4.6 en 4.7 worden afgewogen, maak ik op dat de rechtbank bewust – van meet af aan – horizontale afweging heeft toegepast. Daarmee bedoel ik dat de rechtbank onderzoekt welke in concreto in het geding zijnde belangen door de ingeroepen grondrechten worden beschermd en die belangen vervolgens afweegt. De slotsom dat het belang van de ene in casu zwaarder weegt, impliceert in een dergelijke afweging het oordeel dat de beperking van de rechten van de ander in casu noodzakelijk is.⁸ Die indruk wordt versterkt doordat de licentieweigering als gezegd niet wordt getoetst aan civiel- of mededingingsrechtelijke misbruikcriteria of IE-wettelijke beperkingen, maar aan proportionaliteit.

Hoewel de beslissing daarmee naar Nederlandse maatstaven misschien bijzonder is, past zij in een ontwikkeling die al langer zichtbaar is in de rechtspraak van zowel het Hof van Justitie als het EHRM. Die ontwikkeling houdt in dat intellectuele eigendomsrechten niet apart worden beoordeeld en beschermd, maar worden beschouwd als grondrechtelijk genormeerde belangen die in botsingssituaties op gelijke voet concurreren met andere grondrechtelijk genormeerde belangen. Daarbij gaat het in de praktijk vooral om vrijheid van meningsuiting, privacy, eigendomsrecht en de door artikel 16 van het EU Handvest beschermde vrijheid van onderneming. Welk recht in een individueel geval de voorrang krijgt, moet worden bepaald aan de hand van een afweging van de door elk recht in concreto beschermde belangen. IE-inbreuk leidt dus niet automatisch tot een inbreukverbod, maar alleen als het IE-belang in dat geval zwaarder weegt dan de andere belangen.⁹ In 'ordinaire commerciële inbreuk' situaties zal die afweging vaak snel gemaakt zijn, maar juist in meer principiële gevallen als deze blijkt dat die afweging ook in het nadeel van het IE-recht kan uitvallen. Dommering heeft deze ontwikkeling beschreven als de horizontale integratie van het auteursrecht, ter onderscheiding van de verticale harmonisatie van de IE-rechten door opeenvolgende Europese richtlijnen.¹⁰

Dit alles gezegd hebbende moet onderkend worden dat dit vonnis geen normaaltypisch voorbeeld is van een horizontale toepassing van IE-rechten. In de eerste plaats is geen sprake van het aan andere grondrechtelijke belangen toetsen van een op zich gegrond IE-inbreukverbod, maar van een IE-licentieweigering door een overheidslichaam. Ten tweede is het vonnis op onderdelen meer absoluut in zijn overwegingen, met name in r.o. 4.6 ten aanzien van de geldige reden voor het gebruik van de politiehuisstijl en het censuurverbod. Een meer zuiver 'horizontale' aanpak zou wellicht zijn geweest om eerst vast te stellen of de voorgenomen handelwijze van Four One Media binnen de grenzen van Auteurswet en BVIE inbreukmakend zou zijn (d.w.z. een exploitatiehandeling die niet gedekt wordt door een IE-wettelijke beperking), om vervolgens – als dat zo is – te beoordelen of een licentieweigering door de Staat een ontoelaatbare inbreuk zou vormen op de grondrechten van Four One Media.

7 Zie S.C. van Loon, 'Licentieweigering als misbruik van machtspositie. De bijzondere status van intellectueel eigendom bij de toepassing van artikel 82 EG', *AMI* 2009-5, p. 173-178. Het is uiteraard de vraag of dit mededingingsrechtelijke beoordelingskader zich leent voor toepassing op de Staat die niet commercieel handelt maar een overheidstaak wil vervullen.

8 Zie bijv. HR 5 oktober 2012, *LJN* BW9230 (*Endemol*, *SBS* en *Peter R. de Vries/X*), r.o. 3.2.5.2.

9 Zie HvJEU 28 januari 2008, zaak C-275/06 (*Promusicae*); HvJEU 24 november 2011, zaak C-70/10 (*Scarlet/Sabam*); HvJEU 16 februari 2012, zaak C-360/10 (*Sabam/Netlog*); EHRM 10 januari 2013, *Mediaforum* 2013-2, nr. 4 m.nt D. Voorhoof (*Ashby Donald e.a./Frankrijk*).

10 E.J. Dommering, 'De zaak Scarlet/Sabam: naar een horizontale integratie van het auteursrecht', *AMI* 2011-2, p. 49-53: 'Het (onbedoelde) effect van de auteursrechtlobby is dus dat van het auteursrecht een 'informatierecht' is gemaakt, dat moet worden beoordeeld als onderdeel van een communautaire informatierechtsorde, waarin andere rechten een gelijk gewicht hebben. Volgens het informatierecht is het goed 'informatie' altijd, maar met name in een elektronische omgeving, onderhevig aan een drievoudige claim: de eigendomsvraag, de free flow of information vraag en de privacyvraag. De onderlinge rangorde van die claims zal altijd in de concrete omstandigheden van het geval moeten worden vastgesteld.'

Overige vorderingen

Uit de overwegingen over de afweging tussen uitingsvrijheid en IE-rechten volgt min of meer vanzelfsprekend dat de meer abstracte, verstrekkende vordering – een generiek verbod op inhoudelijke toetsing van tv-series in het kader van toestemmingsverzoeken – moest falen. Een afweging op basis van de specifieke omstandigheden van het individuele geval kan immers niet in abstracto worden uitgevoerd voor alle toekomstige gevallen. De voorzieningenrechter maakt in r.o. 4.9 wel van de gelegenheid gebruik om een aantal uitgangspunten te schetsen die hij in toekomstige conflictsituaties zou hanteren: er zal *in de regel* geen grond zijn voor een voorafgaande toetsing van een televisieserie waarin de politiehuisstijl wordt gebruikt. Niet kan echter worden uitgesloten dat daarop uitzonderingen kunnen bestaan, bijvoorbeeld bij dreigende herhaling van eerder onrechtmatig handelen. Hier balanceert de rechtbank voorzichtig tussen enerzijds het zojuist uiteengezette uitgangspunt van individuele beoordeling op basis van specifieke omstandigheden en anderzijds de wens partijen enige houvast te geven.

Conclusie

Dat een A-merkhouders inhoudelijke eisen stelt aan de publicatie waarvoor hij een licentie verschaft is normaal. Uit dit vonnis blijkt dat de Staat geen gewone merkhouders is en dat zijn ruimte om zijn IE-rechten in te zetten om redactionele invloed uit te oefenen op tv-series marginaal is.

Voorafgaand aan deze zaak zou ik gezegd hebben dat de Staat überhaupt zijn IE-rechten niet moet (kunnen) inzetten om ongewenste publiciteit over de politie te voorkomen: als er grenzen moeten worden gesteld aan hoe de politie in een tv-serie mag worden neergezet, moeten die grenzen maar als zodanig in een wet worden vastgelegd. Dat bezwaar verdwijnt echter grotendeels als de rechterlijke macht zo'n zaak niet behandelt als een 'simpele' IE-inbreukzaak maar, zoals hier, bereid is het conflict te beschouwen en beslechten als een botsing tussen in beginsel gelijkwaardige grondrechten. Als men namelijk de belangen vaststelt die door die fundamentele rechten *in concreto* worden beschermd, is de afweging in een zaak als deze snel gemaakt. Daarmee kan dit vonnis worden beschouwd als een volgende stap in de horizontale integratie van het intellectuele eigendomsrecht.

Nr. 21 KPN/OPTA

College van Beroep voor het Bedrijfsleven 25 maart 2013

Uitspraak van de meervoudige kamer in de zaak tussen

Koninklijke KPN NV en KPN BV, te Den Haag (KPN), appellanten (gemachtigden: mr. P.V. Eijsvoogel en mr. L. Haasbeek),

en

de Onafhankelijke Post en Telecommunicatie Autoriteit (OPTA), verweerder (gemachtigde: mr. G.A. van der Veen).

Als derde-partij heeft aan het geding deelgenomen: Telez Nederland B.V., te Diemen (Telez) (gemachtigden: mr. M.J. Geus en mr. D.P. Kuipers).

Procesverloop

Bij besluit van 13 oktober 2010 heeft OPTA in reactie op een verzoek van Telez van 14 september 2010 geweigerd een last onder dwangsom op te leggen voor een overtreding door KPN van verplichtingen die haar zijn opgelegd bij het marktanalysebesluit Vaste Telefonie.

Bij besluit van 16 december 2011 (het bestreden besluit) heeft OPTA het bezwaar van Telez gegrond verklaard en aan KPN alsnog een last onder dwangsom opgelegd.

KPN heeft tegen dit besluit beroep ingesteld.

[...]

Overwegingen*Achtergrond van het geschil*

1.1 Het geschil vindt zijn oorsprong in de aanbesteding van vaste telefoniediensten door de Staat, onder de naam OT2010. Onder meer KPN en Telez hebben hiervoor een aanbieding gedaan. De termijn voor het uitbrengen van een bod sloot op 30 juli 2010 om 12.00 uur.

1.2 In de dagen voor 30 juli 2010 heeft de afdeling Wholesale van KPN een kortingsactie op de zogeheten Wholesale Line Rental tarieven (WLR actietarieven) bekend gemaakt. Die verlaging van de WLR-actietarieven verlaagt voor afnemers de inkoopkosten. Voor KPN zou dit tot gevolg hebben dat zij eenvoudiger zou kunnen voldoen aan gedragsregel 5, welke regel beoogt tegen te gaan dat KPN de mededingingsbeperkende gedraging van marge-uitholling kan realiseren. Aan de afdeling Retail van KPN, is de kortingsactie bekendgemaakt op 27 juli 2010, ongeveer 69 uur voor het sluiten van de biedingstermijn. Aan externe afnemers, waaronder Telez, is de kortingsactie op 30 juli 2010 bekendgemaakt, 1 uur voor de uiterste termijn voor het uitbrengen van een bod.

Het verzoek van Telez en de daaropvolgende besluiten

2.1 Het geschil dat in deze procedure voorligt, is ingezet met het voornoemde verzoek van Telez. Op dat verzoek heeft OPTA op 13 oktober 2010 geweigerd KPN een last onder dwangsom op te leggen.

2.2.1 In het bezwaarschrift van Telez tegen de weigering om een last onder dwangsom op te leggen, heeft OPTA redenen gezien om bij het bestreden besluit alsnog een last onder dwangsom aan KPN op te leggen. De last houdt in dat KPN haar aanbieding dient in te trekken.

2.2.2 KPN heeft aan de last voldaan.

De beoordeling van de last onder dwangsom

3.1.1 Allereerst dient te worden beoordeeld of KPN, zoals OPTA heeft betoogd en KPN bestrijdt, verplichtingen heeft overtreden die haar zijn opgelegd bij het marktanalysebesluit Vaste Telefonie.

3.1.2. Het marktanalysebesluit Vaste Telefonie bevat in onderdeel 15.3 verplichtingen voor de toegang tot de telefonieaansluiting op de residentiële en zakelijke wholesalemarkten, waartoe onder meer behoort onderdeel 15.3.3 met als opschrift 'non discriminatieverplichting'. In dat onderdeel is in dictumpunt xlvii bepaald dat KPN de genoemde vormen van toegang onder gelijke voorwaarden dient te verlenen. Deze verplichting houdt tevens in dat KPN ten opzichte van derden gelijke voorwaarden toepast als die welke onder gelijke omstandigheden gelden voor haarzelf, haar dochterondernemingen of haar partnerondernemingen, aldus dictumpunt xlviii. In dictumpunt xlviii is, voor zover hier van belang, bepaald dat de non discriminatieverplichting in ieder geval betrekking heeft op het proces van informatieverstrekking. Bij uitspraak van 30 september 2011 (LJN: BT6098) heeft het College het marktanalysebesluit Vaste Telefonie gedeeltelijk vernietigd, maar niet wat betreft de hiervoor genoemde twee dictumpunten.

3.1.3 KPN heeft erkend dat haar afdeling Wholesale de WLR-actietarieven op een eerder tijdstip heeft bekendgemaakt aan haar afdeling Retail dan aan haar externe afnemers. Het College is met OPTA van oordeel dat KPN hiermee heeft gehandeld in strijd met de non discriminatieverplichting die haar in het marktanalysebesluit Vaste Telefonie is opgelegd. Of de overtreding gevolgen heeft gehad voor de mededinging, zoals KPN heeft betwist, is voor de vaststelling van de overtreding niet relevant. Ook de omstandigheid dat de afdeling Retail van KPN, naar KPN stelt, op 27 juli 2010 niet op de hoogte was van de precieze voorwaarden van de WLR-actietarieven, kan hieraan niet afdoen, nu tussen partijen in ieder geval niet in geschil is dat de afdeling Retail op die datum kennis kreeg van de hoofdlijnen van de actie. Met haar betoog dat de bekendmaking van de WLR-actietarieven en de daarvoor geldende voorwaarden op 30 juli 2010 tijdig en volledig is geweest en dat de WLR-actietarieven ten tijde van het uitbrengen van het bod nog niet van kracht waren, richt KPN zich tegen een ander geschilpunt tussen Telez en haar, dan de overtreding die OPTA heeft geconstateerd in het besluit dat in deze procedure aan de orde is.