

Boete Heel Holland Bakt: een misbaksel?

Opinie

Machteld Robichon*

Heel Holland Bakt is al vier seizoenen een zeer succesvol televisieprogramma op de publieke omroep. Het programma is gebaseerd op de Britse kijkcijferhit The Great British Bake Off. Omroep Max heeft het televisieformat van de BBC gekocht en daarbij de rechten op het woordbeeldmerk 'Heel Holland Bakt' overgedragen aan de Engelse omroep. Daarna heeft de BBC een overeenkomst met Ahold gesloten om een uitgebreide lijn van Heel Holland Bakt-producten op de markt te brengen. Tijdens het tweede seizoen van Heel Holland Bakt in 2014, is deze productlijn via Albert Heijn en bol.com te koop gekomen. De BBC ontvangt een percentage van de netto-opbrengst.

Handelt Omroep Max in strijd met het dienstbaarheidsverbod uit de Mediawet door het Heel Holland Bakt woord- en beeldmerkrecht ongeclausuleerd aan de BBC over te dragen? Het Commissariaat voor de Media meent van wel, omdat Omroep Max aan de overdracht geen beperkende voorwaarden heeft verbonden over merchandising. Volgens het Commissariaat profiteert Ahold van het succes van het programma en had Omroep Max dat moeten voorkomen. Daarom legt het Commissariaat in maart 2015 aan Omroep Max een boete van €162.000 op. Dit boetebesluit vernietigt de rechtbank Midden-Nederland bij uitspraak van 17 januari 2017, omdat het voor Omroep Max redelijkerwijs niet voorzienbaar was dat zij zich schuldig zou maken aan verboden dienstbaarheid.¹

Is hiermee de rek uit de uitleg van het verbod op dienstbaarheid? Artikel 2.141 Mediawet bepaalt dat publieke media-instellingen met al hun activiteiten niet dienstbaar mogen zijn aan het maken van winst door derden. Volgens de memorie van toelichting mogen derden uit de samenwerking met de publieke omroep niet meer dan normale winst of andere concurrentievoordelen behalen.² Dit betekent dat de publieke omroep voor haar producten en diensten marktconforme tarieven moet rekenen. Daarnaast mag de publieke omroep niet als springplank fungeren voor de promotie van producten en diensten van derden. De vraag is hoever deze zorgplicht reikt.

De beslissingen van het Commissariaat geven enige duiding, maar zijn vaak erg casuïstisch. Beleidsregels van het Commissariaat die invulling geven aan de zorgplicht, ontbreken. Helder is wel dat het toezicht op het verbod is verscherpt. Naast een striktere toepassing zijn de boetes de afgelopen jaren enorm gestegen. In 2008 schrok de NPO op van een boete van € 20.000,- voor het uitzenden van de *Simpsons Movie Actieweek*.³ Ook de TROS ging verschillende keren voor de bijl. Zo ontving de TROS hoge boetes voor het uitzenden van de series

Bibaboerderij en de *Sprookjesboom*.⁴ In beide gevallen bestond er een duidelijke samenwerking tussen de omroep en de leverancier. Zo was er afstemming over de uitzending van de Bibaboerderij en de lancering van Bibaproducten in de winkels van C1000.

Omroep Max ontving voor haar eerste overtreding van het verbod op dienstbaarheid de hoogste boete ooit. Tussen Omroep Max en Ahold was geen directe (contractuele) relatie aanwezig. Omroep Max was niet betrokken bij de afspraken tussen BBC en Ahold. Zij hoefde er volgens de rechtbank niet op bedacht te zijn dat een derde een productlijn op de markt zou brengen die bij het programma aanhaakt. Een dergelijke lijn was alleen in het Verenigd Koninkrijk gelanceerd. Het ontbreken van beperkende voorwaarden over merchandise kon Omroep Max dus niet worden verweten.

Sinds de Bibaboerderij- en Sprookjesboomcasussen verwacht het Commissariaat dat echter wel van de publieke omroep. Merchandise rondom programma's bestaat sinds Sesamstraat. Het belang daarvan is sindsdien zeker toegenomen. Het Commissariaat waarborgt zodoende terecht dat de publieke omroep geen springplank vormt voor producten en diensten van derden. Niet iedere ongeclausuleerde licentie moet echter op het verbod op dienstbaarheid stranden.

De wetgever gebruikt regelmatig open normen als in artikel 2.141 Mediawet. Denk aan de zorgplicht voor de beveiliging van gegevens in de Wet bescherming persoonsgegevens en de Telecommunicatiewet, maar ook aan de zorgplicht voor aanbieders van financiële diensten in de Wet op het financieel toezicht. Dergelijke normen bieden flexibiliteit met het oog op (technologische) ontwikkelingen. Open normen betekenen voor marktpartijen echter meer rechtsonzekerheid, in het bijzonder als er hoge boetes of publiciteit dreigen. Deze hebben zodoende baat bij duiding door de toezichthouder in de vorm van beleid of richtsnoeren. In het opstellen van beleid schuilt ook een risico, namelijk van een strikte invulling door een behoedzame toezichthouder.

Manco vormt dat de bestuursrechter de rechtmatigheid van de invulling van de norm door de toezichthouder slechts sporadisch toetst. De overtreder ziet namelijk vaak van (hoger) beroep af. De Heel Holland Bakt-uitspraak toont het belang van de rechterlijke toets aan. Naar verwacht volgt hoger beroep.⁵ Media-instellingen hebben intussen belang bij duidelijkheid over de reikwijdte van het verbod op dienstbaarheid. Aan het Commissariaat de uitdaging te komen met beleid, zonder door te schieten.

* Mr. M.I. Robichon is advocaat bij bureau Brandeis.

1 Rb. Midden-Nederland 17 januari 2017, ECLI:NL:RBMNE:2017:178.

2 *Kamerstukken II 2007/08*, 31 356, nr. 3, p. 57.

3 ABRvS 22 december 2010, *Mediaforum* 2011-3, nr. 8, p. 86-90, m. nt. M.I. Robichon.

4 ABRvS 27 juni 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BW9516 en ABRvS 9 juli 2014, ECLI:NL:RVS:2014:2493.

5 Reactie Commissariaat op uitspraak Heel Holland Bakt, donderdag 19 januari 2017 website.