

Beslissing op bezwaar

Kenmerk: 633609/664732

Betreft: Beslissing op bezwaar inzake Omroep MAX - Heel Holland Bakt

Het Commissariaat voor de Media,

gezien het besluit van 17 maart 2015, waarbij het Commissariaat voor de Media aan Omroep MAX een boete van 162.000 Euro heeft opgelegd wegens overtreding van artikel 2.141 eerste lid van de Mediawet 2008 (het dienstbaarheidsverbod),

gezien het daartegen op 29 april 2015 door Omroep MAX ingediende bezwaarschrift,

gelet op het bepaalde in artikel 2.141 eerste lid van de Mediawet 2008,

gelet op het bepaalde in de Algemene wet bestuursrecht,

Overweegt als volgt:

A. Verloop van de procedure

1. Bij besluit van 17 maart 2015 (kenmerk 633609/641543) heeft het Commissariaat voor de Media (hierna: het Commissariaat) aan Omroep MAX (hierna: MAX) een boete van 162.000 Euro opgelegd wegens overtreding van het dienstbaarheidsverbod zoals opgenomen in artikel 2.141 eerste lid van de Mediawet 2008 (hierna: het bestreden besluit).
2. Bij brief van 29 april 2015 heeft MAX bezwaar gemaakt tegen het bestreden besluit. Op 14 juli 2015 heeft MAX de gronden van het bezwaar aangevuld.
3. Bij brief van 20 juli 2015 heeft het Commissariaat MAX meegedeeld dat het de Adviescommissie Bezwaarschriften van het Commissariaat voor de Media (hierna: Adviescommissie) om advies zal vragen.
4. Op 2 november 2015 heeft het Commissariaat zijn reactie op het bezwaarschrift van MAX aan de Adviescommissie gezonden.
5. Op 13 november 2015 zijn MAX en het Commissariaat door de Adviescommissie gehoord.
6. Op 18 januari 2016 heeft de Adviescommissie haar advies uitgebracht. Het advies is als **Bijlage 1** bij deze beslissing op bezwaar gevoegd.

Opbouw beslissing op bezwaar

7. Deze beslissing op bezwaar heeft de volgende opbouw. Hierboven is al ingegaan op het verloop van de procedure (A). Hieronder wordt eerst ingegaan de ontvankelijkheid van het bezwaar (B), het juridisch kader (C) en het bestreden besluit (D). Vervolgens worden de bezwaren van MAX (E) en de overwegingen van het Commissariaat (F) weergegeven en wordt ingegaan op de openbaarmaking van de beslissing op bezwaar (G). Ten slotte volgt de beslissing op bezwaar (H).

B. Ontvankelijkheid

8. Het Commissariaat constateert dat het bezwaarschrift van MAX tijdig is ingediend en voldoet aan de overige eisen die de Algemene wet bestuursrecht hieraan stelt. Het bezwaarschrift is daarom ontvankelijk. Nu het bezwaarschrift ontvankelijk is, vindt op grondslag daarvan een volledige heroverweging van het bestreden besluit plaats.

C. Juridisch kader

Het dienstbaarheidsverbod

9. Het beginsel van non-commercialiteit is een van de belangrijkste pijlers onder het Nederlandse publieke bestel. Het beginsel van non-commercialiteit is onder meer tot uitdrukking gebracht in het dienstbaarheidsverbod dat is neergelegd in artikel 2.141, eerste lid van de Mediawet 2008. Artikel 2.141 van de Mediawet 2008 luidt als volgt:
 1. *De NPO en de publieke media-instellingen zijn met al hun activiteiten niet dienstbaar aan het maken van winst door derden en tonen dat desgevraagd naar genoegen van het Commissariaat aan.*
 2. (...)
10. Het dienstbaarheidsverbod staat niet in de weg aan marktconform en normaal economisch handelen. Het gaat erom dat derden uit de samenwerking met een publieke media-instelling niet een meer dan normale winst of andere concurrentievoordelen behalen.¹
11. Dit was onder de werking van de Omroepwet, de voorloper van de Mediawet, niet anders. De toenmalige minister van Cultuur, Recreatie en Maatschappelijk Werk, Van Doorn, heeft destijds in de Tweede Kamer uitleg gegeven over wat de achterliggende gedachte is van het dienstbaarheidsverbod (Handelingen II, 14 351, 15 september 1977, p. 524). Daaruit volgt dat het behalen van winst door derden is toegestaan, mits het streven van de omroep daar niet op is gericht en hij zich dus niet voor het karretje van derden laat spannen.
12. Dit is ook de standaardoverweging in de rechtspraak. Zie laatstelijk ABRvS 9 juli 2014, nr. 201212030/1/A3, rov. 7.3²:

“In de geschiedenis van de totstandkoming van het in artikel 2.141, eerste lid, van de Mediawet 2008 neergelegde dienstbaarheidsverbod (Kamerstukken II 1984/85, 19 136, nrs. 1-3, p. 116 en Kamerstukken II 2007/08, 31 356, nr. 3, p. 57) is met betrekking tot het niet dienstbaar zijn aan het maken van winst door derden opgemerkt, dat het verbod nog wel eens de indruk wekt dat voor de publieke omroep nauwelijks ruimte is voor relaties met derden, hetgeen niet het geval is. Het dienstbaarheidsverbod staat namelijk niet in de weg aan marktconform en normaal economisch handelen. Het gaat erom dat derden uit de samenwerking met de publieke omroep niet een meer dan normale winst of andere concurrentievoordelen behalen. Uit de totstandkomingsgeschiedenis van de voorloper van de Mediawet 2008, de Mediawet (Kamerstukken II 1984/85, 19 136, nrs. 1-3, p. 116), volgt dat normaal economisch handelen, ook als dat winst voor derden ten gevolge heeft, in beginsel is toegestaan.

Het Commissariaat kan volgens de wetgever ingrijpen indien naar zijn oordeel geen normaal economisch handelen plaatsvindt en meer dan normale winst wordt gemaakt. Dit was onder de werking van de Omroepwet, de voorloper van de Mediawet, niet anders. De toenmalige minister van Cultuur, Recreatie en Maatschappelijk Werk, Van Doorn, heeft destijds in de Tweede Kamer uitleg gegeven over wat de achterliggende

¹ Zoals bevestigd door de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State in haar uitspraak van 9 juli 2014, nr. 201212030/1/A3 rov. 7.3.

² Zie verder ook ABRvS 27 juni 2012, UN: BW9561, rov. 2.10.1, ABRvS 22 december 2010, UN: B08329, rov. 2.4.2, ARRS 2 september 1991, O&C, p. 155-157.

gedachte is van het dienstbaarheidsverbod (Handelingen II, 14 351, 15 september 1977, p. 524). Daaruit volgt dat het behalen van winst door derden is toegestaan, mits het streven van de omroep daar niet op is gericht en hij zich dus niet voor het karretje van derden laat spannen."

13. Een publieke media-instelling is dienstbaar, wanneer kan worden aangenomen dat door zijn doen of nalaten derden meer dan normale winst of andere concurrentievoordelen hebben behaald, dan dat zij anders zouden hebben behaald. Met de term 'normale winst' wordt dus bedoeld op de winst of voordelen die de derde behaald zou hebben wanneer het doen of nalaten van de publieke media-instelling wordt weggedacht.³
14. Opzet of schuld vormt geen bestanddeel van het dienstbaarheidsverbod. Zodoende staat overtreding van het dienstbaarheidsverbod vast, als aan de materiële vereisten is voldaan. In beginsel mag dan van de verwijtbaarheid van de overtreding worden uitgegaan. De Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State heeft eerder overwogen (uitspraak van 28 oktober 2009 in zaak nr. 200901144/1/V6, en recentelijk bevestigd in de uitspraak van 9 juli 2014, nr. 201212030/1/A3) dat dit niet in strijd is met de onschuldpresumptie, neergelegd in artikel 6, tweede lid, van het EVRM, ook als het weerleggen van de verwijtbaarheid niet eenvoudig is.
15. Het Commissariaat heeft aan de op hem rustende bewijslast voldaan, wanneer hij ten minste een gegrond vermoeden kon hebben dat een publieke media-instelling zich dienstbaar heeft gemaakt aan het maken van meer dan normale winst of behalen van ander concurrentievoordeel door een derde.⁴ Gezien de redactie van artikel 2.141, eerste lid van de Mediawet 2008 ligt het vervolgens op de weg van de publieke media-instelling om aannemelijk te maken dat dat vermoeden onjuist is.
16. Uit de geschiedenis van de totstandkoming van het dienstbaarheidsverbod kan worden afgeleid dat met deze bewijsconstructie en met name met de bewoordingen "*tonen dat desgevraagd naar genoeg van het Commissariaat aan*" tot uitdrukking wordt gebracht, dat op publieke media-instellingen een zware verantwoordelijkheid rust als het gaat om de handhaving van het niet-commerciële karakter van het publieke bestel en dat de wet daarvoor zoveel mogelijk waarborgen wil bieden.
17. Dit blijkt onder meer uit de parlementaire geschiedenis van artikel 55 Mediawet (oud). Zie Handelingen Tweede Kamer 1985/86, 2 september 1986, p. 89-5542:

"Met de voorgestelde bepaling wordt tot uitdrukking gebracht dat op de instellingen die zendtijd hebben verkregen een zware verantwoordelijkheid rust als het gaat om de handhaving van het niet-commerciële karakter van het publieke bestel en dat de wet daarvoor zoveel mogelijk waarborgen wil bieden."
18. Uit deze zware verantwoordelijkheid die op de publieke media-instelling rust om te zorgen dat hij niet dienstbaar is of wordt, vloeit een zorgplicht voor de publieke media-instelling voort om dienstbaarheid aan het maken van meer dan normale winst of behalen van ander concurrentievoordeel door derden te voorkomen.
19. Die zorgplicht kan onder meer inhouden dat een publieke media-instelling gehouden is om voorafgaand aan de uitzending van een programma onderzoek te doen naar eventuele commerciële exploitatie door of via haar contractspartners van merken die door of in het

³ ABRvS 22 december 2010, LJN:B08329, (NPO – Commissariaat Simpsons) rov. 2.4.2. "*Hieruit volgt immers niet dat de film 'The Simpsons Movie' hetzelfde aantal bezoekers in Nederland zou hebben gehad en met de film dezelfde omzet zou zijn behaald als de actieweek niet zou zijn georganiseerd.*"

⁴ Dit volgt uit de uitspraken van de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State van 9 juli 2014, nr. 201212030/1/A3 en van 27 juni 2012 (in zaak nr. 201108858/1/A3)

programma onder de aandacht van het publiek worden gebracht en daarover zo nodig beperkende afspraken te maken.

20. Dat is ook bevestigd in door de Raad van State van 9 juli 2014, nr. 201212030/1/A3 (Sprookjesboomfeest):

“Het Commissariaat heeft zich op het standpunt gesteld dat de TROS dienstbaar is geweest aan het maken van winst door de Efteling, omdat zij door de uitzendingen van het kinderprogramma de Efteling, en in het bijzonder de attractie, onder de aandacht heeft gebracht. De TROS heeft zich volgens het Commissariaat onnodig en willens en wetens blootgesteld aan de geenszins te verwaarlozen kans dat zij zich aan verboden dienstbaarheid schuldig zou maken door na te laten voorafgaand aan de uitzending afspraken te maken over de exploitatie door de Efteling van haar merk „Sprookjesboom“, onder meer in de vorm van de attractie. De rechtbank heeft terecht overwogen dat het Commissariaat zich op het standpunt mocht stellen dat dit niet kan worden gezien als normaal economisch handelen.” (10.2)

Handhaving

21. Op grond van artikel 7.11, eerste lid van de Mediawet 2008 is het Commissariaat belast met de bestuursrechtelijke handhaving van het dienstbaarheidsverbod. Op grond van artikel 7.12, eerste lid van de Mediawet 2008 is het Commissariaat bevoegd om bij overtreding van het dienstbaarheidsverbod een boete van ten hoogste 225.000 Euro per overtreding op te leggen.
22. Bij de vaststelling van de hoogte van bestuurlijke boetes hanteert het Commissariaat de berekeningsmethodieken zoals opgenomen in de Beleidslijn sanctiemaatregelen 2011. Daarin zijn de te handhaven normen voor het bepalen van de ernst van de overtreding onderverdeeld in drie boetecategorieën met bijbehorende bandbreedtes. Voor wat betreft de impact van een overtreding wordt daarbij een onderscheid gemaakt tussen media-instellingen met landelijk, regionaal of lokaal bereik. De plaatsing van een overtreding binnen de in een boetecategorie aangegeven bandbreedte is afhankelijk van de aard, ernst en voor zover relevant de duur van de overtreding. Aan de hand van boeteverhogende en boeteverlagende omstandigheden wordt vervolgens de hoogte van de boete vastgesteld.

D. Het bestreden besluit

23. Het Commissariaat heeft MAX in het bestreden besluit een boete van 162.000 Euro opgelegd, vanwege overtreding van het dienstbaarheidsverbod (artikel 2.141, eerste lid van de Mediawet 2008).
24. *Heel Holland Bakt* is gebaseerd op het succesvolle format *The Great British Bake Off* van BBC Worldwide Limited (hierna: BBCW). MAX had met BBCW een formatlicentie-overeenkomst gesloten voor het produceren en uitzenden van het programma *Heel Holland Bakt*. In deze overeenkomst heeft MAX alle controle over de merchandise rond het programma uit handen gegeven en de mogelijkheden daartoe actief bevorderd.
25. Aldus heeft MAX de mogelijkheid gecreëerd dat – zoals ook is gebeurd - rondom én afgestemd op de uitzendingen van zijn programma *Heel Holland Bakt* door Ahold grootschalige *Heel Holland Bakt* merchandise op de markt werd gebracht.
26. Het Commissariaat acht het aannemelijk dat Ahold een meer dan normale winst dan wel ander concurrentievoordeel heeft behaald met de *Heel Holland Bakt* product lijn en dat dit het gevolg is geweest van feit dat MAX tekort is geschoten in zijn zorgplicht om dienstbaarheid aan het maken van meer dan normale winst of behalen van ander concurrentievoordeel door derden te voorkomen.

E. Bezwaren MAX

27. Het Commissariaat heeft kennis genomen van de bezwaren van MAX zoals verwoord in zijn bezwaarschrift en toegelicht tijdens de hoorzitting van 13 november 2015. Het hoorzittingsverslag is als **Bijlage 2** bij dit besluit gevoegd.
28. Hieronder zal achtereenvolgens worden ingegaan op de door de Adviescommissie geadresseerde punten van bezwaar, te weten:
- Het Commissariaat geeft een te ruime uitleg aan het dienstbaarheidsverbod;
 - De uitleg die het Commissariaat aan het dienstbaarheidsverbod geeft, was vooraf niet kenbaar voor MAX;
 - De uitleg die het Commissariaat aan het dienstbaarheidsverbod geeft, is in strijd met Europees recht;
 - Het Commissariaat zou nader moeten toelichten of het dienstbaarheidsverbod betrekking heeft op derde partijen in de gedaante van publieke omroepen;
 - Het Commissariaat geeft een onredelijke uitleg aan het criterium '*meer dan normale winst*';
 - De boete is niet evenredig.

F. Overwegingen Commissariaat

29. Het Commissariaat beoordeelt de door MAX naar voren gebrachte bezwaren als volgt.

Reikwijdte dienstbaarheidsverbod

30. MAX stelt dat het Commissariaat een te ruime uitleg geeft aan het dienstbaarheidsverbod. MAX is van mening dat hij met de aangaan van de formatlicentie-overeenkomst normaal economisch heeft gehandeld.
31. Met de Adviescommissie is het Commissariaat van oordeel dat de uitleg die het heeft gegeven aan het dienstbaarheidsverbod niet te ruim is. Het handelen van MAX kan niet worden aangemerkt als normaal economisch handelen in de zin van artikel 2.141, eerste lid van de Mediawet 2008.
32. Het verkrijgen van een formatlicentie kan in beginsel onder de normale activiteiten van een publieke media-instelling worden geschaard. Echter, het handelen van MAX kan –gelet op de zware verantwoordelijkheid van publieke media-instellingen om het niet-commerciële karakter van het publieke bestel te handhaven - niet worden gezien als normaal economisch handelen.
33. MAX heeft in de formatlicentie- overeenkomst iedere mogelijkheid tot sturing of controle op de merchandising rond *Heel Holland Bakt* uit handen gegeven en de mogelijkheden voor derden om van de uitzendingen te profiteren actief bevordert.
34. Zo is in de formatlicentie-overeenkomst opgenomen dat MAX verplicht is om *Heel Holland Bakt* uit te zenden:

schedule of key terms format license agreement:
[VERTROUWELIJK]

35. En blijkt uit de formatlicentie-overeenkomst dat BBCW wist wanneer het programma werd uitgezonden omdat MAX zich had verplicht om datum en tijd van de uitzendingen door te geven aan BBCW:

3.6 en 3.7 terms of business format license agreement:

[VERTROUWELIJK]

36. Verder is in de formatlicentie-overeenkomst opgenomen dat de merchandiserechten zijn voorbehouden aan BBCW:

Article 2.5 business terms format license agreement:
[VERTROUWELIJK]

37. Dat de merkrechten op de titel 'Heel Holland Bakt' geen onderdeel uitmaken van de licentie:

Article 2.5 jo 7.7 terms of business format license agreement:
[VERTROUWELIJK]

38. En dat MAX verplicht is om de titel van het programma 'Heel Holland Bakt' als woord/beeldmerk te registreren en deze merkregistratie aan BBCW over te dragen.

article 8.2 special terms format licence agreement:
[VERTROUWELIJK]

39. Aldus heeft MAX derden in staat gesteld om meer dan normale winst of ander concurrentievoordeel te behalen met merchandise rondom en afgestemd op zijn programma *Heel Holland Bakt*.
40. Het Commissariaat wijst dit bezwaar dan ook af en verwijst voor nadere motivering naar het advies van de Adviescommissie terzake (p. 6 en 7) dat hier als overgenomen en ingelast dient te worden beschouwd.

Kenbaarheid uitleg dienstbaarheidsverbod

41. MAX stelt dat de uitleg die het Commissariaat aan het dienstbaarheidsverbod heeft gegeven voor MAX niet kenbaar was.
42. Met de Adviescommissie is het Commissariaat van oordeel dat de uitleg die het Commissariaat aan het dienstbaarheidsverbod heeft gegeven voor MAX vooraf wel kenbaar was. Gelet op de zware verantwoordelijkheid van publieke-media instellingen waar het gaat om het handhaven van de non-commercialiteit van het publieke bestel, had MAX moeten begrijpen dat zijn handelen in strijd zou zijn met het dienstbaarheidsverbod.
43. De strekking van deze bepaling is sinds 1977 niet veranderd. Behalve in diverse besluiten heeft het Commissariaat het dienstbaarheidsverbod de afgelopen jaren verder toegelicht. Dat hetgeen al dan niet is verboden, gelet op de meermaals gegeven uitleg van het dienstbaarheidsverbod, voldoende is afgebakend, is ook bevestigd door de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State in haar uitspraak van 9 juli 2014, nr. 201212030/1/A3.
44. Het Commissariaat wijst dit bezwaar dan ook af en verwijst voor nadere motivering naar het advies van de Adviescommissie terzake (p. 7 en 8) dat hier als overgenomen en ingelast dient te worden beschouwd.

Europees recht

45. MAX stelt dat de uitleg die het Commissariaat heeft gegeven aan het dienstbaarheidsverbod in strijd is met het vrij verkeer van diensten zoals dat is vastgelegd in artikel 56 en verder van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (hierna: VWEU). Nederlandse publieke media-instellingen zouden volgens MAX ernstig worden beperkt in het verkrijgen van internationaal aangeboden diensten, wanneer zij internationale formatrechten alleen zouden mogen verkrijgen als daarbij ook andere rechten worden verkregen.

46. Met de Adviescommissie is het Commissariaat van oordeel dat geen sprake is van strijd met het vrij verkeer van diensten. Het dienstbaarheidsverbod vereist niet dat publieke media-instellingen bij het verwerven van internationale formatrechten ook andere rechten moeten verkrijgen. Wel zullen publieke media-instellingen bij het verwerven van formatrechten op enige wijze moeten voorkomen dat zij dienstbaar worden.
47. Indien en voor zover de invulling van het dienstbaarheidsverbod wel zou kunnen worden aangemerkt als een beperking van het vrij verkeer van diensten zoals opgenomen in artikel 56 EU Werkingsverdrag, is deze beperking naar het oordeel van het Commissariaat toegestaan, omdat het dienstbaarheidsverbod zijn rechtvaardiging vindt in dwingende redenen van algemeen belang: de bescherming van de non-commercialiteit van het publieke bestel en het voorkomen van oneerlijke concurrentie.
48. Het dienstbaarheidsverbod is geschikt om het nagestreefde doel te verwezenlijken en gaat niet verder dan nodig is voor het bereiken van dat doel. Immers, het dienstbaarheidsverbod geldt alleen voor publieke media-instellingen en zonder deze bepaling zou niet kunnen worden voorkomen dat derden in staat worden gesteld te profiteren van activiteiten van met publiek geld gefinancierde publieke media-instellingen.
49. Het Commissariaat wijst dit bezwaar dan ook af en verwijst voor nadere motivering naar het advies van de Adviescommissie terzake (p. 9 en 10) dat hier als overgenomen en ingelast dient te worden beschouwd.

Publieke omroep als derde partij

50. MAX stelt dat het Commissariaat nader zou moeten toelichten of het dienstbaarheidsverbod ziet op derde partijen in de gedaante van publieke omroepen, omdat een deel van de winst van winst van BBCW ten goed zou komen aan BBC UK die daarmee haar publieke taak financiert.
51. Met de Adviescommissie is het Commissariaat van oordeel dat het niet nodig is om in de beslissing op bezwaar nader in te gaan op de vraag of het dienstbaarheidsverbod ziet op derde partijen in de gedaante van publieke omroepen, omdat niet alleen BBCW maar ook Ahold heeft kunnen profiteren van de uitzendingen van *Heel Holland Bakt*.
52. Het Commissariaat wijst dit bezwaar dan ook af en verwijst voor nadere motivering naar het advies van de Adviescommissie terzake (p. 10) dat hier als overgenomen en ingelast dient te worden beschouwd.

Meer dan normale winst

53. MAX stelt dat het Commissariaat een onredelijke uitleg geeft aan het begrip '*meer dan normale winst*'. Volgens MAX zou het Commissariaat nader moeten motiveren waarom er sprake is van meer dan normale winst voor Ahold.
54. Het Commissariaat is van oordeel dat het voldoende aannemelijk heeft gemaakt dat Ahold als gevolg van het handelen van MAX meer dan normale winst en/of ander concurrentievoordeel heeft kunnen behalen. Zoals hiervoor in randnummer 15 aangegeven, is voldoende dat het Commissariaat ten minste een gegrond vermoeden kon hebben dat de publieke media-instelling zich dienstbaar heeft gemaakt aan het maken van winst door een derde.
55. Met de Adviescommissie is het Commissariaat van oordeel dat het alleen al met de constatering in het bestreden besluit dat Ahold ten tijde van de uitzendingen van het tweede seizoen van *Heel Holland Bakt* een groot aantal *Heel Holland Bakt* producten op de markt heeft gebracht, aannemelijk heeft gemaakt dat Ahold meer dan normale winst en/of concurrentievoordeel heeft behaald. MAX heeft op zijn beurt onvoldoende aangevoerd om dit vermoeden te weerleggen.

56. Het Commissariaat is met de Adviescommissie van oordeel dat dit in de beslissing op bezwaar niet nader hoeft te worden gemotiveerd.
57. Het Commissariaat wijst dit bezwaar dan ook af en verwijst voor nadere motivering naar het advies van de Adviescommissie terzake (p. 10, 11 en 12) dat hier als overgenomen en ingelast dient te worden beschouwd, met uitzondering van de voorlaatste alinea van onderdeel 5.5. op pagina 12 van haar advies: "Zonder de uitzendingen [...] mag de Adviescommissie aannemen".
58. In plaats daarvan overweegt het Commissariaat dat het het niet aannemelijk acht dat Ahold tenminste een zelfde aantal producten zou verkopen indien MAX in de licentieovereenkomst met BBCW beperkende voorwaarden met betrekking tot merchandise had opgenomen en/of MAX het programma *Heel Holland Bakt* niet (op dat moment) had uitgezonden.

Hoogte van de boete

59. MAX stelt dat de boete onevenredig is. Volgens MAX is het Commissariaat er bij het bepalen van de boete ten onrechte vanuit gegaan dat de overtreding kan worden aangemerkt als 'zeer ernstig'.
60. De Adviescommissie is met MAX van oordeel dat de kwalificatie van de overtreding als 'zeer ernstig' heroverweging behoeft. Het Commissariaat heeft de overtreding in het bestreden besluit als zeer ernstig aangemerkt vanwege het aanzienlijke belang van Ahold bij het gebruik van de naam en beeldmerk *Heel Holland Bakt*. Het Commissariaat heeft volgens de Adviescommissie bij zijn afweging omstandigheden betrokken die – nadat MAX de controle over commerciële activiteiten rondom het programma eenmaal uit handen had gegeven – in feite buiten de invloedssfeer van MAX lagen.
61. Verder is de Adviescommissie van oordeel dat het Commissariaat de hoogte van de boete nader zou moeten onderbouwen.
62. Het Commissariaat heeft heroverwogen of de overtreding kan worden aangemerkt als 'zeer ernstig' en of er aanleiding is de hoogte van de boete naar beneden bij te stellen.
63. Het Commissariaat heeft daarbij in aanmerking genomen dat op grond van artikel 5:46, tweede lid van de Algemene wet bestuursrecht bij het bepalen van de hoogte van de boete dient te worden gelet op de ernst van de gedraging en de mate waarin zij MAX kan worden verweten. Zo nodig dient daarbij rekening te worden gehouden met de omstandigheden waaronder de overtreding is gepleegd.
64. Na heroverweging is het Commissariaat van oordeel dat de overtreding dient te worden aangemerkt als 'zeer ernstig', omdat het beginsel van non-commercialiteit – één van de belangrijkste pijlers onder het publieke bestel - in aanzienlijke mate is geschonden, doordat MAX met BBCW een formatlicentie-overeenkomst heeft gesloten op grond waarvan MAX geen enkele zeggenschap of invloed heeft als het gaat om merchandise rondom, en afgestemd op, het programma *Heel Holland Bakt*. En, MAX zich in diezelfde overeenkomst heeft verplicht tot handelen waarmee MAX de mogelijkheden voor derden om van de merchandise te profiteren actief bevorderde. MAX had zich immers verplicht om het programma *Heel Holland Bakt* uit te zenden en de uitzenddata's aan BBCW door te geven en om *Heel Holland Bakt* als Benelux merk te registreren en deze merkregistratie over te dragen aan BBCW.
65. Door het achterwege laten van iedere mogelijkheid tot sturing of controle op merchandise rondom het programma *Heel Holland Bakt* en het actief bevorderen van de mogelijkheden daartoe, heeft MAX derden in staat gesteld om maximaal te kunnen profiteren van de uitzendingen van het met publiek geld gefinancierde programma.

66. Hierdoor heeft Ahold de *Heel Holland Bakt* producten in de markt kunnen zetten op het moment van de uitzending van de tweede reeks van *Heel Holland Bakt*: een zeer gunstig moment omdat het programma – dat na het succesvolle eerste seizoen landelijke bekendheid genoot - een groot publiek bereikte. En hierdoor heeft Ahold gedurende lange tijd de *Heel Holland Bakt* producten aan een zeer groot publiek kunnen aanbieden, door deze online en in een groot aantal supermarkten te verkopen. Welke winst Ahold uiteindelijk daadwerkelijk heeft behaald, acht het Commissariaat niet relevant.
67. Vast staat dat indien MAX wel normaal economisch zou hebben gehandeld en aan zijn zorgplicht om dienstbaarheid te voorkomen zou hebben voldaan, Ahold niet in die mate zou hebben kunnen profiteren van de uitzendingen van het met publiek geld gefinancierde programma *Heel Holland Bakt*.
68. Aangezien – zoals hiervoor in randnummers 42 t/m 44 uiteengezet – de uitleg van het dienstbaarheidsverbod vooraf kenbaar was voor MAX, kan de overtreding MAX worden verweten. Er zijn naar het oordeel van het Commissariaat geen omstandigheden waaronder de overtreding is gepleegd gebleken die tot een ander oordeel leiden.
69. Het Commissariaat wijst de bezwaren van MAX tegen de kwalificatie van de overtreding als 'zeer ernstig' dan ook af.
70. Bij een zeer ernstige overtreding van artikel 2.141, eerste lid van de Mediawet 2008 geldt voor MAX als landelijke publieke media-instelling, voor de op te leggen boete in beginsel een bandbreedte van € 135.000 tot € 225.000. Dit volgt uit artikel 7.12, eerste lid, van de Mediawet 2008 in samenhang gelezen met artikel 2.4 van de Beleidslijn sanctiemaatregelen 2011.
71. Bij de vaststelling van de hoogte van de boete gaat het Commissariaat in beginsel uit van het midden van die bandbreedte (€ 180.000), tenzij zich boeteverhogende of boeteverlagende omstandigheden hebben voorgedaan als omschreven in de Beleidslijn sanctiemaatregelen 2011.
72. Het Commissariaat heeft de voorgenomen boete in het bestreden besluit conform artikel 2.12 van de Beleidslijn Sanctiemaatregelen 2011 met 10% gematigd, omdat het niet eerder expliciet heeft geoordeeld dat het dienstbaarheidsverbod ook ziet op situaties zoals de onderhavige, waarbij een publieke media-instelling een samenwerking is aangegaan met een derde ten aanzien van een programma waaruit een andere partij met wie die derde contracteerde, meer dan normale winst of ander concurrentievoordeel heeft weten te behalen.
73. In bezwaar is gebleken dat MAX in een addendum van 13 juli 2015 bij de formatlicentie-overeenkomst met BBCW afspraken heeft gemaakt om toekomstige overtredingen van het dienstbaarheidsverbod te voorkomen. Zo is voor de resterende duur van de formatlicentie-overeenkomst voorafgaande toestemming van MAX vereist voor exploitatie van onder meer de merchandiserechten met betrekking tot *Heel Holland Bakt*.
74. Ook heeft MAX zich uit eigen beweging ingespannen om aanhakende reclame te voorkomen door BBCW, de STER en Ahold te informeren over voorwaarden die gesteld worden in de Mediawet 2008 .
75. Hoewel MAX de overtreding van het dienstbaarheidsverbod niet meer ongedaan kon maken, heeft MAX zich ingespannen om - voorzover dat nog mogelijk was - de mogelijkheden voor derden om meer dan normale winst of ander concurrentievoordeel met de uitzendingen van zijn programma *Heel Holland Bakt* te behalen, te beperken.

76. Het Commissariaat ziet in bovengenoemde inspanningen van MAX - aanleiding om de hoogte van de boete met 10% te matigen.

Conclusie

77. Op grond van het bovenstaande verklaart het Commissariaat het bezwaar van MAX ten aanzien van de hoogte van de boete gegrond. Voor het overige verklaart het Commissariaat de bezwaren van MAX ongegrond.

G. Publicatie

78. Het Commissariaat zal op grond van artikel 8 van de Wet openbaarheid van bestuur de volledige tekst van het besluit, met uitzondering van de daarin vermelde persoonsgegevens en vertrouwelijke bedrijfsgegevens, openbaar maken door publicatie op zijn website. De publicatie vindt plaats veertien dagen nadat het besluit op de in artikel 3:41 van de Algemene wet bestuursrecht voorgeschreven wijze is bekendgemaakt⁵. Het Commissariaat ziet daartoe verder geen belemmering op grond van artikel 10 van de Wet openbaarheid van bestuur.

H. Besluit

Het Commissariaat:

- I. handhaaft het besluit van 17 maart 2015, waarbij aan Omroep MAX een boete is opgelegd wegens overtreding van artikel 2.141 eerste lid van de Mediawet 2008, met dien verstande dat de boete wordt verlaagd tot 145.800 Euro en dat de motivering ten aanzien van zijn oordeel dat sprake is van meer dan normale winst, de kwalificatie van de overtreding als 'zeer ernstig' en de hoogte van de boete op bovenstaande wijze wordt aangepast en aangevuld,
- II. maakt de volledige tekst van dit besluit, veertien dagen na de voorgeschreven bekendmaking daarvan, met uitzondering van de daarin vermelde persoonsgegevens en vertrouwelijke bedrijfsgegevens, openbaar door publicatie op zijn website.

Hilversum, 23 februari 2016

COMMISSARIAAT VOOR DE MEDIA,

prof. mr. dr. Madeleine de Cock Buning
voorzitter

drs. Eric Eljon
commissaris

Belanghebbenden die zich met dit besluit niet kunnen verenigen, kunnen op grond van de Algemene wet bestuursrecht binnen zes weken na de dag waarop dit besluit is bekendgemaakt beroep instellen bij de rechtbank van het arrondissement waarbinnen de indiener van het beroepschrift zijn woonplaats heeft. hun woonplaats zich bevindt.

Bijlagen:

1. Advies Bezwaaradvies Commissie
2. Hoorzittingsverslag

⁵ dat wil zeggen door toezending aan de belanghebbende.