

# Boetebeschikking

Kenmerk: 633609/641543

Betreft: boete Omroep MAX voor overtreding van het dienstbaarheidsverbod ten aanzien van de *Heel Holland Bakt* producten

Boetebeschikking van het Commissariaat voor de Media tot het opleggen van een boete aan Omroep MAX voor overtreding van artikel 2.141, eerste lid, van de Mediawet 2008

---

## A. Verloop van de procedure

1. Door het Commissariaat voor de Media (hierna: het Commissariaat) is in het kader van zijn toezichthoudende taak op grond van de Mediawet 2008, onderzoek verricht naar een mogelijke overtreding door Omroep MAX van het dienstbaarheidsverbod van artikel 2.141 van de Mediawet 2008. Aanleiding voor het onderzoek waren de *Heel Holland Bakt* producten die te koop zijn (geweest) via de winkels van Albert Heijn, ah.nl en Bol.com, alle eigendom van Koninklijke Ahold N.V. (hierna: Ahold).
2. Het onderzoek is begonnen op 17 september 2015. Gedurende het onderzoek zijn schriftelijke inlichtingen gevorderd. Zo is bij brief van 17 september 2014 schriftelijk om informatie verzocht bij Omroep MAX (kenmerk 633609/633661).
3. Omroep MAX heeft bij e-mail van 19 september 2014 het met de BBC Worldwide limited (hierna: BBCW) gesloten contract (Format Rights Licence Agreement) inclusief bijlagen (Terms of Business, Annexure One, Annexure Two en Annexure Three) toegestuurd.
4. Bij brief van 22 september 2014 heeft Omroep MAX nogmaals voornoemd contract, inclusief bijlagen, toegezonden en een toelichting hierop verstrekt.
5. Daarnaast heeft het Commissariaat ten behoeve van het onderzoek schriftelijk inlichtingen gevorderd bij derden.
6. Het onderzoek heeft geresulteerd in een rapport dat op 15 december 2014 is opgemaakt (kenmerk 634247/635028, hierna: het rapport). In het rapport wordt geconcludeerd dat sprake is van een redelijk vermoeden dat Omroep MAX het dienstbaarheidsverbod van artikel 2.141 van de Mediawet 2008 heeft overtreden. Geconcludeerd wordt dat Omroep MAX met het aangaan van de licentieovereenkomst met BBCW de controle over commerciële activiteiten rondom het programma *Heel Holland Bakt* uit handen heeft gegeven. Omroep MAX heeft niet voorkomen dat Ahold met het op de markt brengen van een *Heel Holland Bakt* productlijn ten tijde van de uitzending van het tweede seizoen van het succesvolle programma, heeft kunnen meeliften op dit succes. Het is aannemelijk dat Ahold hierdoor een meer dan normale winst heeft kunnen behalen, terwijl overigens voor Omroep MAX geen enkele inkomsten voortvloeiden uit de *Heel Holland Bakt* producten die verkrijgbaar zijn via Ahold.
7. Bij brief van 16 december 2014 heeft het Commissariaat aan Omroep MAX het rapport en een voorgenomen besluit tot het opleggen van een boete (kenmerk: 633609/634131) verzonden. Daarbij is Omroep MAX uitgenodigd om tijdens een hoorzitting op 15 januari 2015 haar zienswijze naar voren te brengen.

8. Bij brief van 7 januari 2015 heeft Omroep MAX vooruitlopend op de hoorzitting enkele schriftelijke stukken ingediend.
9. Op 15 januari 2015 heeft het Commissariaat een hoorzitting gehouden waarin Omroep MAX in de gelegenheid is gesteld haar zienswijze mondeling toe te lichten. Van deze hoorzitting is een verslag gemaakt, dat als bijlage bij deze boetebeschikking is gevoegd.
10. Bij e-mail van 4 februari 2015 heeft Omroep MAX, naar aanleiding van hetgeen is besproken op de hoorzitting, nadere informatie verstrekt.
11. Hieronder wordt eerst ingegaan op de feiten (B), het juridisch kader (C) en de zienswijze van Omroep MAX (D). Vervolgens wordt ingegaan op de overwegingen van het Commissariaat (E). Daarna wordt ingegaan op de bestuurlijke boete (F). Daarop volgend wordt ingegaan op de openbaarmaking (G) en het besluit (H).

## B. Feiten

12. De volgende feiten en omstandigheden staan centraal in de onderhavige zaak.

### *Televisieprogramma Heel Holland Bakt*

13. Als publieke media-instelling biedt Omroep MAX media-aanbod aan, waaronder het televisieprogramma *Heel Holland Bakt*.
14. Het eerste seizoen van *Heel Holland Bakt* is door Omroep MAX uitgezonden in de periode 5 juni 2013 tot en met 24 juli 2013. Het tweede seizoen van *Heel Holland Bakt* is uitgezonden door Omroep MAX in de periode 7 september tot en met 26 oktober 2014. Zowel het eerste als het tweede seizoen bestaat uit acht afleveringen in totaal. Het programma bereikt een groot publiek. Ter illustratie, de finale van het tweede seizoen van *Heel Holland Bakt* trok 2,3 miljoen kijkers.

### *Overeenkomst met BBCW*

15. Het Nederlandse televisieprogramma *Heel Holland Bakt* is gebaseerd op het Engelse format *The Great British Bake Off* van BBCW. BBCW heeft Omroep MAX een licentie verleend om een Nederlandse versie van het programma te produceren en uit te zenden. Deze licentie is verleend voor drie Nederlandse seizoenen van het programma. BBCW is een commerciële tak en een volledige dochteronderneming van de BBC.
16. BBCW heeft en behoudt de eigendom over het format, zowel wat betreft het Engelse als het Nederlandse programma.
17. De formatlicentieovereenkomst (*Format Rights Licence Agreement*; hierna: de licentieovereenkomst) met BBCW is door Omroep MAX op 11 januari 2013 ondertekend. Hieronder wordt nader ingegaan op de van belang zijnde bepalingen in de licentieovereenkomst.
18. [VERTROUWELIJK]
19. [VERTROUWELIJK]

20. [VERTROUWELIJK]

21. [VERTROUWELIJK]

22. [VERTROUWELIJK]

23. [VERTROUWELIJK]

#### *Heel Holland Bakt producten Ahold*

24. Op 15 september 2014 is Ahold gestart met de verkoop van *Heel Holland Bakt* producten via de volgende verkoopkanalen: de webwinkel van de Albert Heijn (www.ah.nl), de fysieke winkels van de Albert Heijn en de website Bol.com. Op de betreffende producten is de titel *Heel Holland Bakt* en het *Heel Holland Bakt* beeldmerk opgenomen.

Voorbeelden van producten zijn: "*Heel Holland Bakt koekkruiden*", "*Heel Holland Bakt anijs*", "*Heel Holland Bakt speculaaskruiden*", "*AH schort*" en "*AH ovenwant*".

25. De betreffende producten zijn verkrijgbaar geweest bij de fysieke winkels van de Albert Heijn in de periode 15 september 2014 tot en met 12 oktober 2014. In de webwinkel van Albert Heijn (AH.nl) waren de producten ook vanaf 15 september 2014 verkrijgbaar, deze verkoop liep in ieder geval ten tijde van het afronden van het onderzoek op 15 december 2014 nog door. Op de website van de Albert Heijn en ook in de *Allerhande* (een gratis door Albert Heijn uitgebracht magazine) is de verkoop van de *Heel Holland Bakt producten* aangekondigd. Bij de aankondiging op de website van Albert Heijn en in de *Allerhande* staat dat de *Heel Holland Bakt* producten vanaf 15 september tot en met 12 oktober 2014 verkrijgbaar zijn.

26. Via de website Bol.com zijn vanaf 15 september 2014 dezelfde producten verkrijgbaar, eveneens voorzien van de titel en het beeldmerk *Heel Holland Bakt*. Op de datum van het afronden van het onderzoek en het uitbrengen van het rapport, te weten 15 december 2014, waren op de websites ah.nl en Bol.com nog steeds *Heel Holland Bakt* producten te koop.

#### *Merkrechten*

27. Er zijn verschillende merkdepots verricht bij het Benelux Merkenbureau voor merken waarin de aanduiding *Heel Holland Bakt* voorkomt. Het betreft de volgende depots:

Tabel: Merkdepots verricht bij het Benelux Merkenbureau gerelateerd aan *Heel Holland Bakt*

<b>Datum depot</b>	<b>Datum inschr.</b>	<b>Merk</b>	<b>Soort merk</b>	<b>Houder depot</b>	<b>Status</b>
25-04-2013	12-08-2013		Woord-beeldmerk	Omroep MAX	Merk ingeschreven
26-07-2013	11-11-2013		Woord-beeldmerk	Omroep MAX	Merk ingeschreven (wijziging t.o.v. inschrijving 12-8-2013)
26-07-2013	11-12-2013	<i>Heel Holland</i>	Woord-merk	Omroep MAX	Merk ingeschreven

		<i>Bakt met MAX</i>			
15-10-2014	-	<i>Heel Holland Bakt</i>	Woordmerk	Love Productions Ltd.	In behandeling, voorlopige beslissing tot weigering. Oppositie-termijn t/m 7-05-2015

28. Omroep MAX heeft bij het Commissariaat aangegeven dat de licentieovereenkomst met BBCW haar verplichtte om, na deponering van het merk *Heel Holland Bakt*, de op haar naam staande merkrechten over te dragen aan BBCW.
29. Op 23 september 2014 heeft het Commissariaat Omroep MAX telefonisch verzocht informatie te verstrekken over de merkenregistratie van het merk *Heel Holland Bakt* en de gestelde overdracht hiervan aan BBCW.
30. Per e-mail van 25 september 2014 heeft Omroep MAX een brief van Omroep MAX aan BBCW verstrekt, die is gedateerd 20 december 2013 en die is ondertekend door de statutair directeur van Omroep MAX. Deze brief bevat de volgende passage:

*“Following the registration a trade mark/logo of Heel Holland Bakt, (...) and [VERTROUWELIJK] in the Format rights license agreement between BBW (het Commissariaat leest hier BBCW) and Omroep MAX, Omroep MAX hereby transfers and assigns all rights to this trade mark/logo and to the registration thereof to BBCW per the date indicated here above”.*  
[VERTROUWELIJK]

31. Op de datum van het afronden van het onderzoek en het uitbrengen van het rapport van bevindingen, te weten 15 december 2014, blijkt bovengenoemde overdracht niet te zijn ingeschreven in het merkenregister. De merken stonden op dat moment nog geregistreerd op naam van Omroep MAX.

### C. Juridisch kader

32. Voor de relevante juridische bepalingen wordt verwezen naar bijlage 1.

### D. Zienswijze Omroep MAX

33. In haar schriftelijke stukken voorafgaande aan de hoorzitting en tijdens de hoorzitting aan de hand van een pleitnota heeft Omroep MAX — kort samengevat — het volgende betoogd.
34. Omroep MAX stelt zich primair op het standpunt dat er geen sprake is van overtreding van het dienstbaarheidsverbod. Subsidiar voert Omroep MAX aan dat de wijze waarop het dienstbaarheidsverbod nu wordt ingevuld niet eerder aan de orde is geweest en dat

dit moet leiden tot het afzien van boeteoplegging, dan wel verlaging van de voorgenomen boete. Ter onderbouwing van haar standpunten voert Omroep MAX het volgende aan.

*Dienstbaarheidsverbod*

35. Omroep MAX geeft aan dat het feit dat ook in andere landen een productlijn met het lokale woordbeeldmerk op de markt gebracht is, aantoont dat een door de formathouder parallelle exploitatie van merchandise rechten, in ieder geval op de internationale markt, voor publieke media-instellingen een normale gang van zaken is.
36. Omroep MAX stelt dat zij niet beschikt over de merchandise rechten op *Heel Holland Bakt* en geen partij is bij de overeenkomst tussen de BBCW en Ahold, en dat er daarom geen voorwaarden in de overeenkomst met BBCW zijn opgenomen die ertoe strekken te voorkomen dat Omroep MAX dienstbaar is aan eventuele winst door Ahold. Omroep MAX voert aan dat zij aan haar zorgplicht ten aanzien van het dienstbaarheidsverbod heeft voldaan door proactief de partijen die merchandise rechten van BBCW hebben verkregen te benaderen en hen te wijzen op het verbod van aanhakende reclame. Voorafgaand aan de hoorzitting zijn enkele e-mails overgelegd om dit te onderbouwen. Dat Bol.com zich hier niet aan heeft gehouden kan Omroep MAX niet worden verweten, aldus Omroep MAX.
37. Volgens Omroep MAX gaat het in het kader van het dienstbaarheidsverbod juist om de vraag of Omroep MAX zijn gedrag heeft afgestemd op de lancering van de *Heel Holland Bakt* producten en daar is geen sprake van.
38. Omroep MAX merkt op dat het overdragen van de merkrechten aan de BBCW in het verlengde ligt van het behoud van de merchandise rechten door de BBCW. De focus van Omroep MAX lag op het verkrijgen van het programma en de bescherming daarvan. De zorgplicht die het Commissariaat oplegt is niet houdbaar, aldus Omroep MAX. De zorgplicht die voortvloeit uit het dienstbaarheidsverbod verwijst naar zorginspanningen waartoe Omroep MAX ook redelijkerwijs in staat moet kunnen worden geacht en waartoe zij vanuit haar programma-inhoudelijke taakopdracht zichzelf ook gehouden acht. Het kan niet zo zijn dat publiek geld op de internationale formatmarkt wordt besteed aan de verkrijging van merchandise rechten, puur en alleen om te voorkomen dat derde partijen — als een programma succesvol blijkt te zijn, wat op het moment van aankoop onzeker is — merchandise rechten zouden kunnen bemachtigen, aldus Omroep MAX.

*Toelaatbaarheid merchandise als nevenactiviteit*

39. Omroep MAX verwijst naar een wijziging van de beleidsregels Nevenactiviteiten per 1 mei 2009. Deze wijziging behelsde onder meer een verruiming van de relatietoets ten aanzien van het licentiëren van een naam of beeldmerk. Aanleiding tot deze wijziging was onder meer om beter af te stemmen op gebruiken in de praktijk ten aanzien van de aankoop van programma's uit het buitenland en programma's waarvoor publieke omroepen alleen de uitzendrechten hebben.
40. Omroep MAX stelt dat deze wijziging laat zien dat het Commissariaat bekend is met de praktijk van merchandise op de internationale markt en, in ieder geval zijn beleid met betrekking tot nevenactiviteiten, daarop heeft afgestemd. Daarbij stelt Omroep MAX dat wanneer zij de merchandise rechten wel in handen zou hebben gehad dezelfde producten op de markt hadden kunnen worden gebracht als nevenactiviteit.

*Kenbaarheid van de geschonden norm*

41. Omroep MAX stelt dat in eerdere procedures over het dienstbaarheidsverbod de betreffende publieke media-instelling steeds zijn gedragingen had afgestemd op die van een commerciële derde partij. Daarmee maakte de publieke media-instelling zijn publieke taak ondergeschikt aan de commerciële belangen van die derde partij. In onderhavig geval zijn de merchandise rechten op geen enkele wijze gekoppeld aan Omroep MAX of het programma *Heel Holland Bakt*. Wat Omroep MAX wordt verweten is het enkele feit dat de merchandise rechten niet zijn bemachtigd. Dat is een nieuwe invulling van het dienstbaarheidsverbod.
42. Omroep MAX stelt voorts dat een publieke media-instelling alleen maar dienstbaar kan zijn aan een derde partij als deze partij aan de media-instelling bekend is. Ten tijde van het sluiten van de licentieovereenkomst met BBCW was Ahold als derde partij nog niet bekend. Omroep MAX kan daarom geen dienstbaarheid worden verweten.
43. Daarbij heeft het Commissariaat niet aangetoond dat door Ahold een meer dan normale winst is behaald met de *Heel Holland Bakt* producten.
44. De vraag die volgens Omroep MAX voorligt, is of haar verweten kan worden dienstbaar te zijn aan een derde partij waarmee Omroep MAX ten tijde van het afsluiten van de overeenkomst met BBCW geen enkele band had bij de reguliere uitvoering van haar kerntaak. Omroep MAX verwijst daarvoor naar omstandigheden rondom *Heel Holland Bakt*:
  - er was geen sprake van sponsoring en evenmin van een andere constructie waarbij om niet iets verkregen wordt;
  - er was geen sprake van beoogde of voorziene reclame-uitingen en evenmin is er in het programma reclame voor Ahold getoond of vermeld;
  - Omroep MAX is niet betrokken geweest bij de verkrijging van de merchandise rechten door Ahold;
  - Omroep MAX heeft op geen enkele wijze haar gedrag afgestemd op dat van Ahold of enige andere derde partij.
45. Het Commissariaat heeft Omroep MAX ten onrechte verweten dat de lancering van de *Heel Holland Bakt* producten zou zijn afgestemd op het uitzenden van het tweede seizoen van het programma, aldus Omroep MAX. Omroep MAX had geen kennis van het moment van lanceren van de producten en heeft haar handelen daarop niet afgestemd. Zij heeft zich daarmee dus niet dienstbaar opgesteld.
46. Wat betreft het woordbeeldmerk voert Omroep MAX aan dat de rechten hierop volgens de overeenkomst met BBCW overgedragen moesten worden aan BBCW. Dit is gebeurd bij brief van 20 december 2013. Dat deze overdracht niet blijkt uit het merkenregister is volgens Omroep MAX te wijten aan nalatigheid van de kant van BBCW.
47. De stelling van het Commissariaat dat het nalaten waarborgen op te nemen in de overeenkomst met BBCW tot de conclusie leidt dat sprake is van een overtreding vindt Omroep MAX niet houdbaar.

#### *Hoogte van de boete*

48. Omroep MAX kan zich niet vinden in de hoogte van de boete. Dat de overtreding door het Commissariaat als zeer ernstig is aangemerkt, is naar haar oordeel onterecht, nu niet eerder door het Commissariaat is uitgesproken dat ook zonder dat de publieke media-instelling daar invloed op heeft, het dienstbaarheidsverbod wordt overtreden wanneer een derde partij producten op de markt brengt en daarmee verwijst naar een programma van een publieke media-instelling.
49. Daarbij komt dat het niet aan Omroep MAX is toe te rekenen dat de producten slechts bij één supermarktketen verkrijgbaar waren en dat het om een groot aantal producten gaat. Dit volgt immers uit afspraken tussen BBCW en Ahold waarbij Omroep MAX geen partij was. Daarnaast was volgens Omroep MAX het succes van het programma geen vaststaand gegeven bij het aangaan van de overeenkomst, omdat de lokale versie van het programma zich nog moest bewijzen.
50. Omroep MAX voert aan dat als boeteverlagende omstandigheid moet worden meegenomen dat de interpretatie van de geschonden norm niet eerder in het toezichtsbeleid van het Commissariaat is betrokken.

#### E. Overwegingen Commissariaat

51. De vraag die ter beantwoording voorligt aan het Commissariaat is of Omroep MAX het dienstbaarheidsverbod heeft overtreden. Specifiek dient het Commissariaat te beoordelen of Omroep MAX door de overeenkomst die zij heeft gesloten met BBCW ter verkrijging van een licentie voor het programma *Heel Holland Bakt*, heeft voldaan aan haar zorgplicht om dienstbaarheid aan het maken van een meer dan normale winst door derden te voorkomen.
52. Hieronder wordt eerst ingegaan op de eisen die het dienstbaarheidsverbod stelt aan publieke media-instellingen. Vervolgens wordt uiteengezet dat en waarom het Commissariaat van oordeel is dat Omroep MAX het dienstbaarheidsverbod heeft overtreden.

#### *Achtergrond dienstbaarheidsverbod*

53. Op grond van artikel 2.141 van de Mediawet 2008 zijn publieke media-instelling met al hun activiteiten niet dienstbaar aan het maken van winst door derden. Zij tonen dat desgevraagd naar genoegen van het Commissariaat aan.
54. Op grond van artikel 2.1, tweede lid, onder d, van de Mediawet 2008, voldoen de publieke mediadiensten aan democratische, sociale en culturele behoeften van de Nederlandse samenleving door het aanbieden van media-aanbod dat onafhankelijk is van commerciële invloeden.
55. Aan het Nederlandse publieke omroepbestel liggen de uitgangspunten van pluriformiteit, openheid en non-commercialiteit ten grondslag (TK 1984/85, 19 136, nr. 1-3, p. 55). Het beginsel van non-commercialiteit is tot uitdrukking gebracht in het dienstbaarheidsverbod dat is neergelegd in artikel 2.141 van de Mediawet 2008. Op grond van dit artikel mag

een publieke media-instelling niet dienstbaar zijn aan het maken van winst door derden en dient een publieke media-instelling dit desgevraagd aan te tonen.

56. Uit de totstandkomingsgeschiedenis van het dienstbaarheidsverbod volgt "dat op de instellingen die zendtijd hebben verkregen, de 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".<sup>1</sup> Uit deze zware verantwoordelijkheid vloeit voor de publieke media-instellingen de zorgplicht voort om dienstbaarheid aan het maken van meer dan normale winst door derden te voorkomen.
57. 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.
58. Zoals volgt uit de uitspraak van de Afdeling van 27 juni 2012 (in zaak nr. 201108858/1/A3, ECLI:NL:RVS:2012:BW9561) heeft het Commissariaat aan de op hem rustende bewijslast voldaan, wanneer het ten minste een gegrond vermoeden kon hebben dat een publieke media-instelling zich dienstbaar heeft gemaakt aan het maken van winst door een derde. 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. 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 genoegen 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.
59. Met het dienstbaarheidsverbod is beoogd te voorkomen dat door het handelen van de publieke omroep financieel voordeel door derden zou kunnen worden behaald door onder meer te grote aandacht voor producten en diensten of het ter beschikking stellen van diensten door de publieke media-instellingen waar geen marktconforme vergoeding tegenover staat (Handelingen II, 14 351, 15 1977, p. 525). Het dienstbaarheidsverbod staat niet in de weg aan 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. 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, 14351, 15 september 1997, p. 542). Daaruit volgt dat het behalen van winst door derden is toegestaan, mits een publieke media-instelling zich niet voor het karretje van derden laat spannen.

---

<sup>1</sup> TK, 1985-1986, 89-5542.



60. Het dienstbaarheidsverbod staat er dan ook aan in de weg dat een publieke media-instelling activiteiten verricht of aanbiedt die erop zijn gericht om aan derden een platform te bieden om zichzelf te promoten of bewust onder de aandacht te brengen, althans die dit als effect hebben of hieraan bijdragen. Dergelijke afspraken tasten immers het niet-commerciële karakter van het publieke bestel in de kern aan.

#### *Merchandise en het dienstbaarheidsverbod*

61. Merchandise is het commercieel exploiteren van rechten op karakters/figuren, namen en (beeld)merken door het op de markt brengen van producten en diensten. Het op de markt brengen van merchandise rondom programma's van publieke media-instellingen is in beginsel niet verboden, mits de publieke media-instellingen zich houden aan de reclame- en sponsorregels, het dienstbaarheidsverbod en toestemming van het Commissariaat krijgen voor het uitvoeren van deze nevenactiviteit. Het Commissariaat merkt hierbij duidelijkheidshalve op dat in het onderhavige geval geen sprake is van een nevenactiviteit van een publieke media-instelling. Merchandise is dus mogelijk, maar mag er niet toe leiden dat commerciële partijen daar meer dan normaal van profiteren. Het dienstbaarheidsverbod betreft immers alle activiteiten van publieke media-instellingen
62. Zoals gezegd is merchandise rondom programma's in beginsel niet verboden, mits er wordt voldaan aan een aantal vereisten zoals naleving van het dienstbaarheidsverbod. De exclusiviteit van de verkoop van de *Heel Holland Bakt* merchandise door Ahold in combinatie met het grote aantal producten, hebben tot de vraag geleid of een commerciële derde (Ahold) daarmee een meer dan normale winst of andere concurrentievoordelen heeft kunnen behalen.

#### *Overtreding van het dienstbaarheidsverbod door Omroep MAX*

63. Het Commissariaat is van oordeel dat Omroep MAX het dienstbaarheidsverbod heeft overtreden, en overweegt daartoe als volgt.
64. Omroep MAX heeft door ondertekening van de overeenkomst van de BBCW afstand gedaan van alle merchandiserechten rondom haar eigen programma en op grond van de (naar Engels recht afgesloten) overeenkomst is geen mogelijkheid tot ontbinding of opzegging van de overeenkomst bij strijd met de Mediawet 2008. Omroep MAX had geen overeenkomst mogen sluiten waar zij in geval van strijd met de Mediawet 2008 niet onderuit kon. Bovendien had Omroep MAX als publieke media-instelling geen overeenkomst mogen sluiten waarin zij iedere mogelijkheid om te controleren of, wanneer, in welke omvang en in welke mate van exclusiviteit er merchandise op de markt gebracht zou worden, volledig uit handen gaf aan een andere partij. Zij is hiermee tekort geschoten in haar zorgplicht om overtreding van het dienstbaarheidsverbod en een meer dan normale winst door derden te voorkomen. Omroep MAX heeft zich door de inhoud van de overeenkomst en door het feit dat zij daar niet onderuit kan, iedere mogelijkheid ontnomen een (dreigende) overtreding van de Mediawet 2008 te voorkomen. Vervolgens heeft BBCW een overeenkomst gesloten met Ahold. In de overeenkomst tussen BBCW en Ahold wordt Ahold het recht gegeven om het merk *Heel Holland Bakt* te gebruiken voor bepaalde producten. BBCW ontvangt daarvoor een vergoeding in de vorm van een percentage van de netto verkoopprijs. De overeenkomst tussen Ahold en BBCW bevat geen voorwaarden die ertoe strekken te voorkomen dat een meer dan normale winst wordt behaald door het meeliften op het succes van het programma van Omroep MAX.

65. Het op de markt brengen van de productlijn onder de naam *Heel Holland Bakt* is een gevolg van een door BBCW afgesloten overeenkomst met Ahold. Dat BBCW een overeenkomst kon afsluiten met Ahold zonder de betrokkenheid van Omroep MAX is een rechtstreeks gevolg van de inhoud van het contract tussen BBCW en Omroep MAX.
66. Omroep MAX heeft met het aangaan van de overeenkomst met BBCW iedere controle over commerciële activiteiten rondom het programma uit handen gegeven en hiermee het dienstbaarheidsverbod zoals opgenomen in artikel 2.141 van de Mediawet 2008 overtreden. De voorwaarden in de overeenkomst zagen onder meer op het behoud van de merchandiserechten door BBCW en op het, op verzoek van BBCW, overdragen van het woordbeeldmerk van *Heel Holland Bakt*. Of Omroep MAX zelf actief heeft meegewerkt aan het in de markt zetten van de *Heel Holland Bakt* merchandise via Ahold, acht het Commissariaat niet van belang om tot het oordeel te komen dat Omroep MAX niet heeft voldaan aan haar zorgplicht als publieke media-instelling om overtreding van het dienstbaarheidsverbod te voorkomen. Het nalaten waarborgen op te nemen in de overeenkomst met BBCW, waarna BBCW de overeenkomst sloot met Ahold, leidt immers al tot de conclusie dat sprake is van een overtreding.
67. Omroep MAX had zich tijdens het ondertekenen van het contract met de BBCW bewust moeten zijn van het dienstbaarheidsverbod door het uit handen geven van de merchandiserechten. Dat deze dienstbaarheid zich in de praktijk realiseerde door het op de markt brengen van een *Heel Holland Bakt* productlijn door Ahold was daarbij voor Omroep MAX te voorzien nu al voordat Omroep MAX de licentieovereenkomst sloot, in andere landen waar een soortgelijke licentie voor een lokale versie van The Great British Bake Off was verleend, eveneens een productlijn met het lokale woordbeeldmerk op de markt is gebracht. Omroep MAX was zich bewust of had zich bewust moeten zijn van het feit dat er merchandise rondom het programma op de markt zou kunnen worden gebracht. Het Commissariaat acht daartoe mede van belang dat Omroep MAX, in overeenstemming met de bepalingen in de licentieovereenkomst, het woordbeeldmerk van *Heel Holland Bakt* deponeerde en vervolgens overdroeg aan BBCW (zie hierover verder randnummer 75). Ook hierdoor had Omroep MAX er extra alert op moeten zijn dat in de met BBCW afgesloten overeenkomsten voldoende waarborgen werden ingebouwd om overtreding van het dienstbaarheidsverbod te voorkomen.
68. Omroep MAX is door ondertekening van de licentieovereenkomst tekort geschoten in haar zorgplicht die voortvloeit uit het dienstbaarheidsverbod. Ten eerste heeft Omroep MAX geen acht geslagen op de bepalingen rondom merchandise, waardoor de BBCW de merchandise rechten behoudt. Daarnaast bevat de naar Engels recht gesloten overeenkomst geen ontbindende voorwaarde of andere beëindigingsmogelijkheid in geval de overeenkomst in strijd is of blijkt te zijn met de Mediawet 2008. Door ondertekening van de licentieovereenkomst op deze wijze heeft Omroep MAX het risico genomen dat, zoals in de praktijk is gebeurd, een (commerciële) derde een meer dan normale winst kon behalen met grootschalige exclusieve merchandise rondom de uitzendingen van haar programma. Het enkele feit dat Omroep MAX bij het aangaan van de licentieovereenkomst geen weet had van de toekomstige overeenkomst tussen BBCW en Ahold maakt dit niet anders. Met het aangaan van de licentieovereenkomst met BBCW creëerde Omroep MAX immers de mogelijkheid dat derden – zonder dat Omroep MAX

daarop nog invloed zou kunnen uitoefenen - konden meeliften op het succes van *Heel Holland Bakt* en daarmee meer dan normale winst konden behalen.

69. Volledigheidshalve wordt opgemerkt dat, anders dan Omroep MAX stelt, er geen sprake is van een overeenkomst met een (andere) publieke media-instelling. BBCW is geen publieke media-instelling, maar de commerciële tak van de Britse publieke omroep. Bovendien is Omroep MAX in onderhavig geval de partij waarop de verplichtingen ten aanzien van het verbod op dienstbaarheid als gevolg van de Mediawet 2008 rusten en niet de BBC of een andere publieke media-instelling.
70. Het Commissariaat is van oordeel dat Omroep MAX bij het onderhandelingsproces rondom het verkrijgen van de formatlicentie, zich ook rekenschap had moeten geven van een mogelijke commerciële exploitatie van het op het format gebaseerde Nederlandse programma. Dat Omroep MAX zich naar eigen zeggen heeft gefocust op het verkrijgen van het programma en niet op het verkrijgen van de merchandiserechten, ontslaat haar niet van haar verantwoordelijkheid rondom de commerciële exploitatie van het Nederlandse programma. Op Omroep MAX rust te allen tijde de verplichting om dienstbaar zijn aan het maken van meer dan normale winst door derden te voorkomen. Terzijde wordt opgemerkt dat door de directeur van Omroep MAX in Broadcast Magazine<sup>2</sup> is meegedeeld dat hij zelf Ahold heeft benaderd om een *Heel Holland Bakt* lijn op te zetten, maar dat de BBC hem heeft gewezen op de eigendom van de rechten. Het Commissariaat leidt daaruit af dat Omroep MAX zich wel degelijk rekenschap heeft gegeven van de mogelijkheid van het op de markt brengen van merchandise rondom het programma en de winstgevendheid hiervan. Omroep MAX heeft, door niet alert te zijn op de voorwaarden die BBCW stelde aan de verstrekking van een formatlicentie aan Omroep MAX, haar zorgplicht om dienstbaarheid aan het maken van een meer dan normale winst door derden geschonden.
71. Het enkele feit dat Omroep MAX het contract met BBCW heeft ondertekend heeft tot gevolg dat Omroep MAX tekort geschoten is in haar zorgplicht om overtreding van het dienstbaarheidsverbod te voorkomen. Omroep MAX heeft als publieke media-instelling een zware verantwoordelijkheid om dienstbaarheid te voorkomen en zij heeft, door het aangaan van de overeenkomst en daarmee de mogelijkheid van dienstbaarheid te creëren, niet voldaan aan de zorgplicht die voortvloeit uit het dienstbaarheidsverbod.
72. Ahold heeft als commerciële partij door middel van het contract met BBCW kunnen profiteren van het succes van het programma *Heel Holland Bakt* door het op de markt brengen van de *Heel Holland Bakt* producten, die het beeldmerk van *Heel Holland Bakt* bevatten. Dit geldt te meer nu op de website Bol.com is verwezen naar het televisieprogramma en nu de producten op de markt zijn gebracht op 15 september 2014, een week nadat de tweede serie van *Heel Holland Bakt* (op 7 september 2014) van start ging - waaruit het Commissariaat afleidt dat het op de markt brengen van de producten zorgvuldig is afgestemd op de uitzending van het televisieprogramma. De stelling van Omroep MAX dat de uitoefening van de merchandise rechten op geen enkele wijze is gekoppeld aan Omroep MAX of het door hem uitgezonden programma, volgt het

---

<sup>2</sup> Broadcast Magazine 02/2015, p. 39: "Met (...) in het achterhoofd, stapte Slagter vervolgens ook naar Albert Heijn. "Ik dacht: we kunnen samen vast een leuke Heel Holland Bakt productlijn bedenken. Daar had men ook wel oren naar, maar ineens kwam de BBC langs: wat doe jij nou, je hoort hier helemaal niet te zitten!"

Commissariaat gezien het voorgaande dan ook niet. Dat Ahold met BBCW een dergelijke overeenkomst kon sluiten is een direct gevolg van de overeenkomst van Omroep MAX met BBCW, waarbij Omroep MAX zichzelf als het waren 'buitenspel' heeft gezet.

*Merkrechten uit handen gegeven*

73. Het Commissariaat is van oordeel dat Omroep MAX het zich met het overdragen het woordbeeldmerk van *Heel Holland Bakt* eens te meer onmogelijk heeft gemaakt om te voldoen aan haar zorgplicht om dienstbaarheid te voorkomen.
74. Zoals Omroep MAX ter hoorzitting heeft bevestigd, was zij op grond van haar contract met BBCW verplicht haar merkrechten over te dragen aan BBCW. Het Commissariaat stelt vast dat uit artikel 8.2 van de Key terms in de Format rights license agreement inderdaad volgt dat Omroep MAX *Heel Holland Bakt* als merk diende te deponeren en op verzoek van BBCW over moest dragen aan BBCW.
75. Bij brief van 20 december 2013 heeft Omroep MAX de merkrechten overgedragen aan BBCW. Aldus heeft Omroep MAX alle zeggenschap over de wijze waarop (commerciële) derden het merk zouden gaan gebruiken, uit handen gegeven.
76. Overigens heeft het Commissariaat tijdens zijn onderzoek naar de onderhavige overtreding het Commissariaat op 15 december 2014 geconstateerd dat de door Omroep MAX gedeponeerde, en aan BBCW overgedragen merkrechten betreffende *Heel Holland Bakt* nog altijd op naam van Omroep MAX stonden geregistreerd in het merkenregister. Ter hoorzitting heeft Omroep MAX hieromtrent aangevoerd dat BBCW heeft nagelaten de merkrechten in het merkenregister op naam van BBCW te laten zetten. Dit laat onverlet dat Omroep MAX de verplichting is aangegaan om de merkrechten over te dragen, en dat die overdracht heeft plaatsgevonden.

*Door Omroep MAX overgelegde stukken*

77. De diverse stukken die Omroep MAX voorafgaande aan de hoorzitting aan het Commissariaat heeft toegestuurd, leiden niet tot een ander oordeel en doen aan de overtreding van het dienstbaarheidsverbod dus niet af.
78. Omroep MAX verstrekke drie mails van Omroep MAX aan Ahold, de STER respectievelijk BBCW en een brief van het Commissariaat aan de NPO en een brief van de NPO aan het Commissariaat.
79. In de drie voornoemde mails heeft Omroep MAX de diverse partijen gewezen op het verbod op aanhakende reclame. Dit doet echter niets af aan de overtreding van het dienstbaarheidsverbod en de zorgplicht die een publieke media-instelling heeft om overtreding van het dienstbaarheidsverbod te voorkomen. Deze zorgplicht van Omroep MAX als publieke media-instelling reikt verder dan het enkel waarschuwen van derde partijen. Omroep MAX had maatregelen moeten treffen om handelen van derde partijen dat niet overeenkomstig de op haar rustende verplichtingen uit de Mediawet 2008 is, afdwingbaar te maken. Bijvoorbeeld door in de licentieovereenkomst met BBCW de voorwaarde op te nemen dat BBCW in zijn overeenkomsten met eventuele derde partijen aangaande *Heel Holland Bakt*, de Mediawet 2008 diende na te leven. Nu Omroep MAX dit heeft nagelaten heeft zij niet voldaan aan haar zorgplicht.

80. Daarbij merkt het Commissariaat op dat het verbod op dienstbaarheid verder gaat dan uitsluitend een verbod op aanhakende reclame. Dit verbod houdt immers in dat de publieke media-instelling op geen enkele wijze bijdraagt aan het maken van meer dan normale winst of het verkrijgen van enig ander concurrentievoordeel door derden.
81. Het is het Commissariaat ten slotte niet duidelijk wat Omroep MAX wil aantonen met de overgelegde brieven van en aan de NPO. Deze correspondentie, waarbij het Commissariaat niet betrokken was, gaan over kinderprogrammaring en hebben geen betrekking op de situatie die zich hier voordoet.

*Afstemmen van lancering productlijn met uitzenden programma*

82. Het Commissariaat is van oordeel dat het op de markt brengen van de *Heel Holland Bakt* producten door Ahold is afgestemd op de uitzendingen van het tweede seizoen van het programma. De overeenkomst die Omroep MAX heeft gesloten met BBCW liet hiertoe de ruimte. Omroep MAX heeft door ondertekening van de overeenkomst de merchandiserechten op haar programma bij BBCW gelaten en nagelaten bepalingen op te nemen die verbieden dat er tijdens de uitzendingen merchandise rondom het programma op de markt wordt gebracht. Door zo te contracteren is de mogelijkheid gecreëerd dat rondom haar programma en afgestemd op de uitzendingen van haar programma grootschalige exclusieve merchandise op de markt wordt gebracht. Hierdoor bestond voor Ahold de mogelijkheid om de lancering van de producten af te stemmen op de uitzendingen en daarmee optimaal te profiteren van het succes van het programma *Heel Holland Bakt*. Omroep MAX heeft aldus door ondertekening van de licentieovereenkomst niet voldaan aan haar zorgplicht om overtreding van het dienstbaarheidsverbod te voorkomen. Het feit dat door Ahold de producten op de markt zijn gebracht ten tijde van het uitzenden van het tweede seizoen versterkt daarbij de onderbouwing dat Ahold meer dan normale winst heeft kunnen maken door het succes van het programma.

*Dienstbaarheidsverbod voor alle activiteiten;*

83. Het dienstbaarheidsverbod en de daaruit voortvloeiende verplichtingen gelden te allen tijde en voor alle activiteiten van publieke media-instellingen. Het dienstbaarheidsverbod staat eraan in de weg dat een derde 'meelift' op het succes van een publieke media-instelling of een programma daarvan. Het dienstbaarheidsverbod geldt ook bij nevenactiviteiten. Ook nevenactiviteiten mogen er niet toe leiden dat een derde een meer dan normale winst behaalt (Kamerstukken II 2007/08, 31 356, nr. 3, p. 57 en de toelichting op de Beleidsregels nevenactiviteiten 2009). Ook bij nevenactiviteiten kan sprake zijn van overtreding van het dienstbaarheidsverbod. De algemene stellingname van Omroep MAX dat wanneer zij de merchandiserechten wel in handen zou hebben gehad, dezelfde producten door Omroep MAX op de markt hadden kunnen worden gebracht als nevenactiviteit, is dan ook onjuist. Het Commissariaat volgt daarom Omroep MAX niet in zijn standpunt dat het op de markt brengen van een *Heel Holland Bakt* productlijn als nevenactiviteit door Omroep MAX zonder meer in overeenstemming zou zijn met de Mediawet 2008. Voor de goede orde zij opgemerkt dat er in de onderhavige situatie geen sprake van een nevenactiviteit van Omroep MAX.
84. Volledigheidshalve zij opgemerkt dat om in aanmerking te komen voor toestemming voor een nevenactiviteit, er sprake moet zijn van een voldoende relatie met het media-aanbod of de publieke media-instelling, marktconformiteit en kostendekkendheid van de

nevenactiviteit. Ten aanzien van de marktconformiteit wordt beoordeeld of de publieke media-instelling een marktconforme vergoeding ontvangt voor het op de markt brengen van producten die gelieerd zijn aan een programma of aan de publieke media-instelling zelf. Uitsluitend indien deze vergoeding marktconform is zal toestemming voor het uitvoeren van de nevenactiviteit worden verleend. Nu het Commissariaat niet bekend is met de vergoeding die BBCW van Ahold heeft verkregen voor het op de markt brengen van de *Heel Holland Bakt* merchandise en evenmin bekend is welke vergoeding Omroep MAX zou verkrijgen in het hypothetische geval dat de producten als nevenactiviteit op de markt zouden worden gebracht, kan het Commissariaat hier geen oordeel geven over de marktconformiteit. Daarmee kan de (hypothetische) vraag of sprake zou zijn van een toegestane nevenactiviteit hier niet beantwoord worden, een en ander nog los van de vraag of daarmee het dienstbaarheidsverbod zou zijn overtreden (zie randnummer 83).

85. Omdat er geen sprake is van een nevenactiviteit, kan de stelling van Omroep MAX dat het Commissariaat de relatietoets ten aanzien van het in licentie geven van een naam- of beeldmerk ten behoeve van producten heeft verruimd niet slagen. Dit beleid, nog los van de vraag of de interpretatie die Omroep MAX hieraan geeft juist is, ziet op de verkoop van merchandise als nevenactiviteit en niet op het dienstbaarheidsverbod.

#### *Verantwoordelijkheid publieke media-instelling*

86. Het Commissariaat is van oordeel dat een publieke media-instelling in onderhandelingen over de aankoop van een format van producenten er zorg voor dient te dragen dat de verantwoordelijkheden die een publieke media-instelling heeft onder de Mediawet 2008 worden geborgd in een af te sluiten overeenkomst. Anders dan Omroep MAX stelt, leidt dit niet tot een doorkruising van de autonomie van de publieke media-instellingen en evenmin tot een directe verplichting voor die instellingen om publiek geld uit te geven op de internationale markt om merchandise rechten te kopen, waarin zij niet zijn geïnteresseerd. Op publieke media-instellingen rust - vanwege hun bijzondere rol en positie, en in het bijzonder het feit dat zij uit publieke middelen zijn gefinancierd - immers juist een zware eigen verantwoordelijkheid om dienstbaarheid te voorkomen. Deze verantwoordelijkheid is door de wetgever benadrukt en als "zwaar" gekwalificeerd

#### *Meer dan normale winst of enig ander concurrentievoordeel*

87. Het Commissariaat acht het aannemelijk dat Ahold een meer dan normale winst, dan wel een ander concurrentievoordeel heeft behaald met de *Heel Holland Bakt* productlijn en dat dit het gevolg is geweest van de populariteit van het programma *Heel Holland Bakt*.
88. Zoals de Afdeling heeft overwogen in onder meer de uitspraak van 9 juli 2014 (201212030/1) heeft het Commissariaat aan de op hem rustende bewijslast ten aanzien van overtreding van het dienstbaarheidsverbod voldaan, indien het ten minste een gegrond vermoeden kon hebben dat de desbetreffende omroep zich dienstbaar heeft gemaakt aan het maken van winst door een derde. Gezien de redactie van artikel 2.141, eerste lid, van de Mediawet 2008 ligt het vervolgens op de weg van, in dit geval, Omroep MAX te staven dat dat vermoeden onjuist is.
89. Het Commissariaat heeft in zijn oordeel betrokken dat door Ahold een groot aantal *Heel Holland Bakt* producten op de markt is gebracht ten tijde van het uitzenden van het, al bewezen populaire, programma *Heel Holland Bakt*. Daarbij werd op de website van Bol.com specifiek verwezen naar het programma. Gelet op het voorgaande en het feit dat

Ahold een exclusieve deal had met BBCW ten aanzien van het op de markt brengen van deze producten hebben geleid tot de conclusie dat Ahold een meer dan normale winst of enig ander concurrentievoordeel heeft behaald met de *Heel Holland Bakt* productlijn.

90. Door Omroep MAX zijn geen omstandigheden aangevoerd die het tegendeel onderbouwen.

#### *Internationale formathandel*

91. Zoals hierboven aangegeven geldt het dienstbaarheidsverbod onverkort en te allen tijde bij activiteiten van publieke media-instellingen. Het dienstbaarheidsverbod maakt geen onderscheid tussen internationale of nationale activiteiten. Dit betekent dat het dienstbaarheidsverbod ook geldt bij internationale handel over formats en de verkrijging van de merchandise rechten. Ook bij onderhandelingen met buitenlandse partijen zal de publieke media-instelling duidelijke afspraken moeten maken om de naleving van het dienstbaarheidsverbod te borgen. Gezien het voorgaande, slaagt de stelling van Omroep MAX, dat de toepassing van het dienstbaarheidsverbod onhoudbaar is gelet op de gebruikelijke praktijk van de internationale formathandel, niet.
92. Het feit dat ook in andere landen een productlijn met het woordbeeldmerk van de lokale versie van The Great British Bake Off op de markt is gebracht maakt dit niet anders. Tijdens het onderzoek is nagegaan of en zo ja in welke landen een lokale versie van het programma is gemaakt, waaromheen merchandise op de markt is gebracht. Gebleken – en door Omroep MAX in een e-mail van 4 februari 2015 aan het Commissariaat bevestigd – is dat in de landen waar merchandise op de markt is gebracht rondom de lokale versie van het programma, het programma was aangekocht door een commerciële media-instelling. Het dienstbaarheidsverbod zoals opgenomen in de Mediawet 2008 is niet van toepassing op commerciële media-instellingen, zodat de vergelijking reeds om die reden niet opgaat. Overigens verschillen de voorwaarden zoals die in wet en jurisprudentie gesteld aan het meewerken aan merchandise bij een programma per Europees land en dient het Commissariaat uitsluitend te toetsen aan het Nederlandse dienstbaarheidsverbod zoals opgenomen in artikel 2.141 van de Mediawet 2008.
93. Dat ook bij internationale formats en de merchandise hieromheen het dienstbaarheidsverbod onverkort geldt, was voor Omroep MAX te voorzien.

#### *Voorzienbaarheid uitleg dienstbaarheidsverbod*

94. Het Commissariaat is, anders dan Omroep MAX, van oordeel dat voorzienbaar was dat het hierboven beschreven handelen van Omroep MAX zou leiden tot een overtreding van het dienstbaarheidsverbod en derhalve tot sanctionering door het Commissariaat.
95. Uit de Memorie van Toelichting bij de Mediawet 2008 volgt een zware verantwoordelijkheid voor publieke media-instellingen om niet dienstbaar te zijn aan het maken van meer dan normale winst door derden, waarvoor de wet zoveel mogelijk waarborgen wil bieden.<sup>3</sup> Bij het aangaan van de licentieovereenkomst met BBCW, waarin voorwaarden zijn opgenomen die het onmogelijk maken deze zware verantwoordelijkheid na te komen, had Omroep MAX kunnen en daarom moeten weten dat, op het moment dat dit risico zich zou uiten, Omroep MAX het dienstbaarheidsverbod zou overtreden. Het

---

<sup>3</sup> TK 1985-1986, 89- 5542.

Commissariaat ziet daarom geen reden om af te zien van het opleggen van een boete aan Omroep MAX.

96. Nu het Commissariaat niet eerder expliciet heeft geoordeeld dat het dienstbaarheidsverbod ook ziet op situaties als 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, ziet het Commissariaat aanleiding om de boete te matigen conform artikel 2.12 van zijn Beleidslijn Sanctiemaatregelen 2011. In randnummer 106 en verder wordt deze matiging verder uitgewerkt.

#### f. Bestuurlijke boete

97. Het Commissariaat is op grond van artikel 7.11 van de Mediawet 2008 belast met de bestuursrechtelijke handhaving van het bepaalde bij of krachtens de Mediawet 2008. Op grond van artikel 7.12, eerste lid, van de Mediawet 2008 kan het Commissariaat in geval van overtreding van het bepaalde artikel 2.141, eerste lid, van de Mediawet 2008, aan de overtreder een bestuurlijke boete opleggen.
98. Voor de vaststelling van de hoogte van de bestuurlijke boete hanteert het Commissariaat, met inachtneming van het in artikel 7.12, eerste lid, van de Mediawet 2008 neergelegde boetemaximum en op grond van de Beleidslijn Sanctiemaatregelen 2011, drie boetecategorieën met bijbehorende bandbreedtes. De plaatsing van een overtreding in een boetecategorie is afhankelijk van de aard, ernst en voor zover relevant de duur van de overtreding. Aan de hand van eventuele boeteverhogende en boeteverlagende omstandigheden wordt vervolgens de hoogte van de boete vastgesteld.

#### *Ernst van de overtreding*

99. Het Commissariaat merkt deze overtreding van artikel 2.141, eerste lid, van de Mediawet 2008 op grond van artikel 2.7 van de Beleidslijn Sanctiemaatregelen 2011 aan als zeer ernstig vanwege het aanzienlijke commerciële belang dat een commerciële derde (Ahold) heeft het kunnen gebruiken van de naam en het woordbeeldmerk van het programma *Heel Holland Bakt* op haar producten. Het Commissariaat heeft voorts bij zijn afweging de volgende omstandigheden betrokken:
- het feit dat het programma *Heel Holland Bakt* een programma is dat een groot publiek bereikt en dat landelijke bekendheid geniet;
  - het feit dat de producten in de markt zijn gezet op het moment van de uitzending van de tweede reeks van *Heel Holland Bakt*;
  - het grote aantal producten dat wordt verkocht;
  - het feit dat de producten aan een zeer groot publiek worden aangeboden, door deze online én in een groot aantal supermarkten te verkopen;
  - het voortduren van de overtreding nu de producten nog steeds, ook na het uitbrengen van het rapport en het sanctievoornemen, via Bol.com verkrijgbaar zijn.
100. Anders dan Omroep MAX heeft aangevoerd is het Commissariaat van oordeel dat bovengenoemde omstandigheden Omroep MAX wel aangerekend kunnen worden, ook



als het zo zou zijn dat Omroep MAX, zoals zij stelt, geen invloed heeft gehad op afspraken die BBCW maakte met Ahold.

101. De omstandigheden die het Commissariaat in zijn afweging heeft betrokken reflecteren immers de mate waarin het beginsel van non-commercialiteit is geschonden. Dat Omroep MAX geen directe invloed had op de afzonderlijke elementen leidt niet tot de conclusie dat Omroep MAX hier geen verwijt treft. Zoals eerder overwogen heeft de omroep door het aangaan van de licentieovereenkomst met BBCW een situatie mogelijk gemaakt waarin overtreding van het dienstbaarheidsverbod mogelijk was op de wijze waarop en in de mate waarin dat thans is gebeurd.
102. Het Commissariaat acht ook het succes van het programma relevant voor de bepaling van de ernst van de overtreding. In het onderzoek van het Commissariaat naar de overtreding van het dienstbaarheidsverbod zijn alle relevante omstandigheden betrokken die zich voordeden op het moment van de overtreding en daarmee dus ook het succes van het programma.

#### *Hoogte van de boete*

103. Bij een zeer ernstige overtreding van artikel 2.141, eerste lid, van de Mediawet 2008 geldt op grond van artikel 7.12, eerste lid, van de Mediawet 2008 in samenhang gelezen met artikel 2.4 van de Beleidslijn Sanctiemaatregelen 2011 voor Omroep MAX als publieke media-instelling, voor de te hanteren boete in beginsel een bandbreedte van € 135.000 tot € 225.000.
104. Bij de vaststelling van de hoogte van de boete wordt in beginsel uitgegaan van het midden van die bandbreedte (€ 180.000), tenzij zich boeteverhogende of boeteverlagende omstandigheden hebben voorgedaan als omschreven in de Beleidslijn Sanctiemaatregelen 2011.
105. Het Commissariaat ziet geen aanleiding om een boeteverlagende omstandigheid aanwezig te achten in het standpunt van Omroep MAX dat zij uit eigen beweging BBCW, de STER en Ahold heeft geïnformeerd over de voorwaarden die gesteld worden door de Mediawet 2008. Hierover merkt het Commissariaat het volgende op. Ingeval een overtreder de overtreding uit eigen beweging en zonder tussenkomst van het Commissariaat beëindigt, kan het Commissariaat dat in aanmerking nemen als boeteverlagende omstandigheden. De tijdens de hoorzitting door Omroep MAX overgelegde e-mails aan BBCW en Ahold hebben echter niet tot het gewenste resultaat geleid, nu de overtreding niet meteen is gestaakt en zelfs ten tijde van het nemen van dit besluit nog voortduurt.

#### *Boeteverlagende omstandigheid*

106. Zoals hierboven uiteengezet in randnummer 96 heeft het Commissariaat niet eerder expliciet geoordeeld dat het dienstbaarheidsverbod ook ziet op situaties als 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. Het Commissariaat ziet hierin aanleiding om de boete te matigen conform artikel 2.12 van de Beleidslijn Sanctiemaatregelen 2011. Het Commissariaat zal de voorgenomen boete met 10% verlagen.

107. Gelet op het voorgaande is het Commissariaat van oordeel dat omroep MAX in strijd heeft gehandeld met het bepaalde in artikel 2.141 eerste lid van de Mediawet 2008 en legt het Omroep MAX een boete op van € 162.000.

108. Het Commissariaat ziet geen reden om af te zien van handhaving. De boete staat in redelijke verhouding tot de geconstateerde overtreding. Gelet op de ernst van de overtreding, het grote aantal producten dat verkocht is en de populariteit van het programma, wijst het Commissariaat de stelling van Omroep MAX dat de boete buitenproportioneel is af.

#### g. Openbaarmaking

109. Het Commissariaat zal 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 bekendgemaakt.<sup>4</sup> Het Commissariaat ziet daartoe geen belemmering op grond van artikel 10 van de Wet openbaarheid van bestuur.

#### h. Besluit

110. Op grond van het voorgaande besluit het Commissariaat als volgt:

- I. aan Omroep MAX een bestuurlijke boete op te leggen van €162.000;
- II. wijst erop dat op grond van artikel 4:87 van de Algemene wet bestuursrecht de betaling van deze bestuurlijke boete dient te geschieden binnen zes weken na de dag waarop dit besluit is verzonden;
- III. het Commissariaat 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, 17 maart 2015

COMMISSARIAAT VOOR DE MEDIA,

prof. mr. dr. Madeleine de Cock Buning  
voorzitter

Jan Buné RA  
commissaris

---

<sup>4</sup> dat wil zeggen door toezending aan de belanghebbende.

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 bezwaar maken bij het Commissariaat voor de Media, postbus 1426, 1200 BK te Hilversum.

## **Bijlage 1: Juridisch kader**

### **Article 6. EVRM - Right to a fair trial**

*2. Everyone charged with a criminal offence shall be presumed innocent until proved guilty according to law.*

### **Artikel 3:41 Algemene wet bestuursrecht**

- 1. De bekendmaking van besluiten die tot een of meer belanghebbenden zijn gericht, geschiedt door toezending of uitreiking aan hen, onder wie begrepen de aanvrager.*
- 2. Indien de bekendmaking van het besluit niet kan geschieden op de wijze als voorzien in het eerste lid, geschiedt zij op een andere geschikte wijze.*

### **Artikel 4:87 Algemene wet bestuursrecht**

- 1. De betaling geschiedt binnen zes weken nadat de beschikking op de voorgeschreven wijze is bekendgemaakt, tenzij de beschikking een later tijdstip vermeldt.*
- 2. Bij of krachtens wettelijk voorschrift kan een andere termijn voor de betaling worden vastgesteld.*

### **Artikel 8 van de Wet openbaarheid van bestuur**

*“1. Het bestuursorgaan dat het rechtstreeks aangaat, verschafft uit eigen beweging informatie over het beleid, de voorbereiding en de uitvoering daaronder begrepen, zodra dat in het belang is van een goede en democratische bestuursvoering.”*

### **Artikel 10 van de Wet openbaarheid van bestuur**

*“1. Het verstrekken van informatie ingevolge deze wet blijft achterwege voor zover dit:*

*(...)*

- c. bedrijfs- en fabricagegegevens betreft, die door natuurlijke personen of rechtspersonen vertrouwelijk aan de overheid zijn meegedeeld;*

*(...)*

*2. Het verstrekken van informatie ingevolge deze wet blijft eveneens achterwege voor zover het belang daarvan niet opweegt tegen de volgende belangen:*

*(...)*

- d. inspectie, controle en toezicht door bestuursorganen;*
- e. de eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer;*

*(...)*

*g. het voorkomen van onevenredige bevoordeling of benadeling van bij de aangelegenheid betrokken natuurlijke personen of rechtspersonen dan wel van derden.*

*(...)”*

### **Artikel 2.1 van de Mediawet 2008**

*“1. Er is een publieke media-opdracht die bestaat uit:*

- a. het op landelijk, regionaal en lokaal niveau verzorgen van publieke mediadiensten door het aanbieden van media-aanbod op het terrein van informatie, cultuur, educatie en verstrooiing, via alle beschikbare aanbodkanalen.*

*(...)*

*2. Publieke mediadiensten voldoen aan democratische, sociale en culturele behoeften van de Nederlandse samenleving door het aanbieden van media-aanbod dat:*

*(...)*

- d. onafhankelijk is van commerciële invloeden en, behoudens het bepaalde bij of krachtens de wet, van overheidsinvloeden.”*

#### **Artikel 2.141 van de Mediawet 2008**

- 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. De landelijke publieke media-instelling die samenwerkingsomroep is, draagt ervoor zorg dat de omroepverenigingen die hij vertegenwoordigt, met al hun activiteiten niet dienstbaar zijn aan het maken van winst door derden en tonen dat desgevraagd naar genoegen van het Commissariaat aan.*

#### **Artikel 7.11 Mediawet 2008**

- 1. Het Commissariaat is belast met de bestuursrechtelijke handhaving van het bepaalde bij of krachtens deze wet, met uitzondering van:*
  - a. de artikelen 2.2 tot en met 2.27, 2.29 tot en met 2.33, 2.34a tot en met 2.34j, 2.36 tot en met 2.41, 2.53 tot en met 2.57, 2.59, 2.60, 2.125 tot en met 2.131, 2.143 tot en met 2.145, 2.148a, 2.149, 2.150, eerste lid, 2.151, eerste lid, 2.166 tot en met 2.168, 2.180 tot en met 2.187, 4.2 tot en met 4.5 en 6.26; en*
  - b. hoofdstuk 8.*
- 2. Met het toezicht op de naleving zijn belast de leden van het Commissariaat en de bij besluit van het Commissariaat aangewezen medewerkers van het Commissariaat.*
- 3. Van een besluit als bedoeld in het tweede lid wordt mededeling gedaan door plaatsing in de Staatscourant.*

#### **Artikel 7.12 Mediawet 2008**

- 1. Bij overtreding van het bepaalde bij of krachtens deze wet, met uitzondering van de artikelen 2.34, eerste lid, 2.58, onderdelen a tot en met c, en e, 2.170 en 2.170b of artikel 5:20 van de Algemene wet bestuursrecht kan het Commissariaat aan de overtreder een bestuurlijke boete opleggen van ten hoogste € 225 000 per overtreding.*

#### **Artikel 2.4 Beleidslijn Sanctiemaatregelen 2011**

*Voor de vaststelling van de hoogte van een bestuurlijke boete hanteert het Commissariaat, met inachtneming van het in artikel 7.12 van de Mediawet 2008 neergelegde boetemaximum, de volgende berekeningsmethodiek.*

*Voor het bepalen van de ernst van een overtreding zijn de te handhaven normen allereerst onderverdeeld in drie categorieën (A, B en C) met verschillende bandbreedtes.*

*In dit kader wordt vervolgens, voor wat de impact van een overtreding betreft, een onderscheid gemaakt tussen media-instellingen met een landelijk, regionaal of lokaal publieksbereik c.q. verspreidingsniveau.*

*De plaatsing van de betrokken overtreding binnen de in de boetecategorieën weergegeven bandbreedtes is afhankelijk van de aard, de ernst en voorzover relevant de duur van de overtreding.*

*Aan de hand van boeteverhogende en boeteverlagende omstandigheden wordt vervolgens beoordeeld of, en zo ja in welke mate, de overtreding verwijtbaar is, en wordt zodoende de hoogte van de op te leggen boete vastgesteld.*

*De vaststelling van de boetecategorie laat de mogelijkheid onverlet dat door toepassing van artikel 2.13 en/of door de aanwezigheid van boeteverhogende en boeteverlagende factoren buiten de berekeningsmethodiek en/of de bandbreedte van de desbetreffende boetecategorie wordt getreden.*

### *Boetecategorie A*

*Overtredingen van het bepaalde bij of krachtens de artikelen:*

2.1, 2.34, 2.50, 2.52, 2.58, 2.88, 2.88a, 2.89, 2.90, 2.91, 2.94, 2.95, 2.96, 2.97, 2.106, 2.107, 2.108, 2.109, 2.110, 2.111, 2.112, 2.113, 2.114, 2.132, 2.133, 2.134, 2.135, 2.136, 2.137, 2.138, 2.138a, 2.139, 2.141, 2.142, 2.151, tweede lid, 2.164, derde lid, 3.1, 3.2, 3.5, 3.5a, 3.7, 3.8, 3.9, 3.10, 3.11, 3.13, 3.15, 3.16, 3.17, 3.18, , 3.19a, 3.19b, 3.194.1, 4.6, 5.1, 5.2, 5.3, 5.4, 6.13, 6.14, 6.15, 6.20, 6.21, 7.18 Mediawet 2008 en 5:20 Algemene wet bestuursrecht.

### *Boetecategorie B*

*Overtredingen van het bepaalde bij of krachtens de artikelen:*

2.35, 2.49, 2.70, 2.71, 2.72, 2.92, 2.93, 2.99, 2.115, 2.116, 2.117, 2.118, 2.119, 2.124, 2.171, 2.172, 3.6, 3.20 t/m 3.26, 3.29, 3.29b, 3.29c, 3.29d, 6.4, 6.6, 6.9, 6.10, 6.23, 6.24 en 6.27 Mediawet 2008.

### *Boetecategorie C*

*Overtreding van enig ander bij of krachtens de Mediawet 2008 gesteld voorschrift waarvan het Commissariaat belast is met bestuursrechtelijke handhaving.*

*Als de overtreder een publieke landelijke media-instelling of een commerciële media-instelling met een bereik boven 500.000 huishoudens betreft, worden de volgende bandbreedtes in acht genomen.*

### *Boetecategorie landelijk*

	<b>Categorie A</b>	<b>Categorie B</b>	<b>Categorie C</b>
<i>I Zeer ernstige overtreding</i>	€135.000–€ 225.000	€80.000–€ 135.000	€20.000–€ 35.000
<i>II Ernstige overtreding</i>	€35.000–€ 135.000	€20.000–€ 80.000	€6.000–€ 20.000
<i>III Lichte overtreding</i>	0–€ 35.000	0–€ 20.000	0–€ 6.000

*Indien het een overtreding door een commerciële mediadienst op aanvraag betreft welke via open internet verspreidt, worden de hierboven genoemde bandbreedtes in acht genomen.*

*In voorkomende gevallen kan ten aanzien van de in de vorige zin genoemde mediadiensten van deze bandbreedtes worden afgeweken.*

*Voor commerciële mediadiensten op aanvraag die niet via het open internet hun diensten aanbieden geldt het technisch bereik, conform de in dit artikel 2.4 en de artikelen 2.5 en 2.6 uiteengezette systematiek voor andere commerciële media-instellingen.*

### **Artikel 2.7 Beleidslijn Sanctiemaatregelen 2011**

*Een zeer ernstige overtreding is een overtreding waarbij sprake is van een of meer van de volgende omstandigheden:*

- een publieke media-instelling heeft de beginselen van non-commercialiteit, bijvoorbeeld het dienstbaarheidsverbod, en onafhankelijkheid in aanzienlijke mate geschonden;*

- een publieke media-instelling heeft het beginsel van rechtmatige besteding van middelen of het beginsel van transparantie in de financiële verantwoording in aanzienlijke mate geschonden;
- geboden die zijn te converteren in percentages zijn voor slechts 1/2 of minder behaald;
- verboden die zijn te converteren in percentages, zijn met meer dan 2/10 overschreden;
- de overtreding is structureel van aard;
- een programma geheel of gedeeltelijk bestaande uit nieuws, actualiteiten of politieke informatie is gesponsord;
- de overtreding beslaat meer dan 10% van de duur van het programma;
- sluikreclame met zeer grote nadruk;
- andere omstandigheden die de overtreding naar oordeel van het Commissariaat zeer ernstig maken, waaronder onder meer overtredingen ten aanzien van kwetsbare groepen in de samenleving;
- het in zeer ernstige mate niet naleven van de medewerkings- en inlichtingenplicht;
- een herhaalboete van een (zeer) ernstige overtreding.

#### **Artikel 2.12 Beleidslijn Sanctiemaatregelen 2011**

*Bij de vaststelling van de hoogte van de boete neemt het Commissariaat boeteverhogende en boeteverlagende omstandigheden in aanmerking.*

*Boeteverhogende omstandigheden zijn onder meer:*

- de omstandigheid dat er sprake is van recidive van overtreding van eenzelfde aard;
- de omstandigheid dat de overtreder in het verleden genoegzaam op de hoogte is gebracht van de toepassing van regelgeving;
- de omstandigheid dat er sprake is van grove onachtzaamheid of (voorwaardelijk) opzet;
- de omstandigheid dat met de overtreding een wederrechtelijk geldelijk of op geld waardeerbaar voordeel is verkregen;
- een groot geografisch bereik van de aanbieder van een omroepnetwerk;
- de omstandigheid dat er sprake is van een herhaalboete bij een voortdurende overtreding.

*Boeteverlagende omstandigheden zijn onder meer:*

- de interpretatie van de geschonden norm is niet eerder in het toezichtsbeleid van het Commissariaat betrokken;
- de omstandigheid dat de overtreding heeft plaatsgevonden hoewel de overtreder voorzorgsmaatregelen had getroffen;
- de omstandigheid dat de overtreder inmiddels adequate maatregelen heeft genomen ter voorkoming van herhaling van de overtreding;
- een beperkt geografisch bereik van de aanbieder van een omroepnetwerk.