

Praktijkhandreiking Dienstbaarheidsverbod

Commissariaat voor de Media

10 juli 2018



Inhoud

1. Inleiding
2. Het dienstbaarheidsverbod op hoofdlijnen
3. Praktijk
4. Juridisch kader

I. Inleiding

Noodzaak: een onafhankelijke publieke omroep

Het Nederlandse publieke bestel wordt in belangrijke mate gekenmerkt door zijn non-commerciële karakter. Dit fundamentele uitgangspunt geldt sinds de oprichting van de publieke omroep in Nederland.¹

De wetgever heeft van het begin af aan benadrukt dat de publieke omroepen, gezien hun belangrijke bijdrage aan het goed functioneren van de democratie en de vrije meningsvorming, hun keuzes voor programma's onafhankelijk van commerciële en politieke invloeden moeten maken. De wetgever omschreef de noodzaak van een onafhankelijke publieke omroep eerder aldus:

“Pers en omroep verwoorden en verbeelden de geestelijke en maatschappelijke waarden, denkbeelden en gevoelens die in onze pluriforme samenleving leven. Vanwege het belang dat de media hebben voor het functioneren van onze democratie, waarin de vrije meningsvorming centraal staat, zullen omroep en pers onafhankelijk van politieke en commerciële belangen hun programma's en redactiekolommen moeten kunnen blijven maken om de verscheidenheid van opvattingen zo goed mogelijk weer te geven. Daarbij rekent de regering het tot haar taak voor zover mogelijk voorwaarden te scheppen waardoor pers en omroep in staat worden gesteld hun publieke functie naar behoren te vervullen.”²

De noodzaak van onafhankelijk publiek media-aanbod is in de afgelopen decennia onverminderd groot gebleven. Onafhankelijkheid van commerciële invloeden vormt legitimatie voor het feit dat de publieke omroep voor een groot deel met publiek geld wordt gefinancierd. Ook blijft er met een publieke omroep die onafhankelijk opereert van commerciële invloeden ruimte voor commerciële media om een rol van betekenis te kunnen vervullen in het medialandschap.³

Waarborg: het dienstbaarheidsverbod

Het dienstbaarheidsverbod vormt een belangrijke waarborg voor de non-commercialiteit van de publieke omroep: de met publiek geld gefinancierde publieke media-instellingen mogen niet dienstbaar zijn aan het behalen van meer dan normale winst of ander concurrentievoordeel door derden. Op de NPO, RPO en de publieke media-instellingen (hierna ook wel: omroepen) rust de verantwoordelijkheid het non-commerciële karakter van het publieke bestel, en daarmee hun eigen bestaansrecht, te bewaken. Zij hebben een zorgplicht om dienstbaarheid te voorkomen.⁴

¹ Kamerstukken II 1964/65, 8099, nr. 2, p. 3; Kamerstukken II 1976/77, 14 351, nr. 3 (memorie van toelichting), p. 21-22 en daarvoor artikel 13 lid 2 sub 5e en artikel 19 lid 1 onder 2e van de Omroepwet van 1967.

² Zie Kamerstukken II 1984/85, 19 136, nr. 3 (memorie van toelichting), p. 49-50.

³ Zie ook: Mededeling van de Commissie betreffende de toepassing van de regels inzake staatssteun op de publieke omroep (PbEU 2009, C 257/1)

⁴ Zie: Handelingen II 1985/86, 2 september 1986, nr. 89, p. 5542.

Het dienstbaarheidsverbod vormt ook een belangrijke waarborg in het kader van de eisen die het Europese staatssteunrecht stelt aan de financiering van de publieke omroep.⁵ Mede doordat de NPO, de RPO en de publieke media-instellingen niet dienstbaar zijn aan commerciële belangen van derden, is financiering uit publieke middelen gelegitimeerd.

De rol van het Commissariaat voor de Media

Het Commissariaat voor de Media (hierna: het Commissariaat) houdt toezicht op de naleving van de Mediawet en de daarop gebaseerde regelgeving, waaronder ook op het dienstbaarheidsverbod.

Het Commissariaat heeft zich in de afgelopen 30 jaar regelmatig uitgesproken over (overtreding van) het dienstbaarheidsverbod. De afdeling rechtspraak van de Raad van State, de rechter die in hoogste instantie oordeelt over besluiten van het Commissariaat, heeft verschillende van die besluiten getoetst.⁶ Met deze jarenlange praktijk is invulling gegeven aan de wettelijke norm.

Het is primair de verantwoordelijkheid van de NPO, de RPO en de publieke media-instellingen om in overeenstemming met het dienstbaarheidsverbod te handelen. Zij kunnen daarbij gebruik maken van het overzicht dat deze Praktijkhandreiking biedt.

In deze Praktijkhandreiking wordt het dienstbaarheidsverbod nader toegelicht aan de hand van praktijksituaties waarover het Commissariaat zich de afgelopen jaren heeft uitgesproken.¹ Indien en voorzover bepaalde passages in deze Praktijkhandreiking moeten worden aangemerkt als een nadere interpretatie van de voorschriften die in de wet zijn neergelegd, geldt dat het Commissariaat de NPO, de RPO en de landelijke en regionale publieke media-instellingen daarmee duidelijkheid beoogt te bieden voor het invullen van hun eigen verantwoordelijkheid voor de naleving van die wettelijke voorschriften. Het gaat dan dus om wetsinterpreterende beleidsregels als bedoeld in artikel 1:3, vierde lid, van de Algemene wet bestuursrecht (hierna: Awb).

Hierna wordt in Hoofdstuk II het dienstbaarheidsverbod op hoofdlijnen geschetst. Vervolgens wordt in Hoofdstuk III aan de hand van een aantal praktijksituaties waarover het Commissariaat zich in de afgelopen jaren heeft uitgesproken, nader toegelicht wat de NPO, RPO en de publieke media-instellingen kunnen doen (of nalaten) om overtreding van het dienstbaarheidsverbod te voorkomen. Hoofdstuk IV bevat een nadere uitwerking van het juridisch kader.

⁵ Zie ook: Mededeling van de Commissie betreffende de toepassing van de regels inzake staatssteun op de publieke omroep (*PbEU* 2009, C 257/1) en Steunmaatregel E5/2005, COM(2010) 132; Jaarlijkse financiering van de Nederlandse publieke omroep – Nederland.

⁶ Zie: Afdeling rechtspraak Raad van State, 15 augustus 1989, ECLI:NL:RVS:1989:AH2875 (*Striptease*); Afdeling bestuursrechtspraak Raad van State (hierna: Afdeling), 8 augustus 1991, Omroep en Commerce 1988-1992, p. 114 (*Way of Life*); Afdeling, 22 december 2010, ECLI:NL:RVS:2010:BO8329 (*Simpsons the Movie*); Afdeling, 3 april 2013, ECLI:NL:RVS:2013:BZ7616 (*Alle Fans aan dek*); Afdeling, 27 juni 2012; ECLI:NL:RVS:2012:BW9561 (*Bibaboerderij*); Afdeling, 9 juli 2014, ECLI:NL:RVS:2014:2493 (*Sprookjesboomfeest*).



Bij twijfel of een nieuwe activiteit wel is toegestaan in het licht van het dienstbaarheidsverbod, is het Commissariaat graag bereid om nader toe te lichten hoe het de wet uitlegt.

II. Het dienstbaarheidsverbod op hoofdlijnen

De wetgever heeft het dienstbaarheidsverbod verwoord in artikel 2.141 van de Mediawet 2008. Daarin staat dat de NPO, de RPO en de publieke media-instellingen met al hun activiteiten niet dienstbaar zijn aan het maken van winst door derden, en dat zij dat desgevraagd ten genoegen van het Commissariaat aantonen.

Het dienstbaarheidsverbod ziet op al hun activiteiten en heeft dus zowel betrekking op activiteiten ter uitvoering van de publieke media-opdracht als op de neven- en verenigingsactiviteiten. Het kan daarbij zowel gaan om dingen die de NPO, RPO of de media-instelling doet als om dingen die zij nalaat.

Het dienstbaarheidsverbod staat niet in de weg aan marktconform, 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.⁷ Dit uitgangspunt heeft de wetgever in de toelichting bij de Mediawet 2008 nog eens benadrukt en het is ook bevestigd door de Raad van State.⁸

Wat voor de NPO, RPO en de publieke media-instellingen geldt als normaal economisch handelen dient te worden beoordeeld in het licht van hun mediawettelijke taken.⁹ De NPO, de RPO en de publieke media-instellingen hebben de taak om de publieke media-opdracht te verwezenlijken. Daarnaast kunnen zij onder voorwaarden in beperkte mate nevenactiviteiten en verenigingsactiviteiten verrichten.

De NPO, RPO en publieke media-instellingen moeten altijd onafhankelijk hun keuzes maken (en kunnen blijven maken) en moeten er - ook daar waar zij eigen redactionele keuzes maken – steeds alert op zijn dat zij zich niet dienstbaar maken aan winst door derden.¹⁰ Zij mogen zich niet voor het karretje van derden laten spannen.

Zorgplicht

Zij moeten “ten genoegen van het Commissariaat” aantonen dat zij niet dienstbaar zijn geweest in de zin van de wet. De wetgever heeft hiermee tot uitdrukking gebracht *“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.”*¹¹

⁷ Kamerstukken II 2007/08, 31 356, nr. 3 (memorie van toelichting), p. 57 en Kamerstukken II 1984/85, 19 136, nr. 3 (memorie van toelichting), p. 55 en p. 116.

⁸ o.a. Afdeling, 27 juni 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BW9561; Afdeling, 9 juli 2014, ECLI:NL:RVS:2014:2493 (*Sprookjesboomfeest*); Rechtbank Midden-Nederland, 17 januari 2017; ECLI:NL:RBMNE:2017:178 (*Heel Holland Bakt*).

⁹ Afdeling, 15 augustus 1989, ECLI:NL:RVS:1989:AH2875 (*Striptease*); Beschikking Commissariaat, 23 december 1999, Omroep & Commercie, 1999, 143 (*Heineken Night of the Proms*); Afdeling, 27 juni 2012; ECLI:NL:RVS:2012:BW9561 (*Bibaboerderij*); Beschikking Commissariaat, 29 april 1999, Omroep en Commercie 1998, 127-II (*De Waarheid*); Afdeling, 22 december 2010, ECLI:NL:RVS:2010:BO8329 (*Simpsons the movie*). Rechtbank Amsterdam, 10 maart 2005 en Beschikking Commissariaat 26 april 2005 (*Televisierring*); Beschikking Commissariaat, 16 december 2014 (*Eredivisie*)) <https://www.cvdm.nl/wp-content/uploads/2015/01/638076-dwangsom-NOS-sportrechten-16-12-2014-openbare-versie.pdf>

¹⁰ *Handelingen II*, 14 351, 15 september 1977, p. 524.

¹¹ Zie: *Handelingen II* 1985/86, 2 september 1986, nr. 89, p. 5542.

Hieruit volgt dat de NPO, RPO en de publieke media-instellingen een zorgplicht hebben om te voorkomen dat zij dienstbaar zijn of worden aan het maken van meer dan normale winst of het behalen van andere concurrentievoordelen door derden. Zoals de rechtbank heeft overwogen in de zaak Heel Holland Bakt mag het Commissariaat hieraan een ruime invulling geven.¹² De zorgplicht wordt begrensd door wat redelijkerwijs van de NPO, RPO en de publieke media-instellingen kan worden geleverd. In dat verband is van belang wat voor hen voorzienbaar was of had moeten zijn.¹³ Daarbij geldt – zoals de Afdeling in de Sprookjesboom-zaak heeft overwogen – dat niet altijd te voorzien is op welke wijze de te beschermen belangen in de toekomst zullen worden geschonden en dat daarom de wetgever soms wetgeving bewust, en noodzakelijkerwijs, in meer algemene bewoordingen de verboden gedraging beschrijft. Dit geldt ook voor het dienstbaarheidsverbod. Hetgeen al dan niet is verboden onder dat verbod is echter, aldus de Afdeling, voldoende afgebakend gelet op het feit dat de bepaling al sinds 1977 in de wet is opgenomen en de strekking van de bepaling sindsdien niet veranderd is en gelet op de meermaals gegeven uitleg van het dienstbaarheidsverbod.¹⁴

Gelet op hun rol in het publieke bestel houdt deze zorgplicht in dat de NPO, de RPO en de publieke media-instellingen grip houden op de wijze waarop derden kunnen meeliften met (media-aanbod van) de publieke omroep. Zij dienen hiertoe afspraken te maken met hun contractspartners.

Bij de aankoop van een programma brengt de zorgplicht bijvoorbeeld mee dat de NPO, de RPO of een publieke media-instelling voorafgaand aan de aankoop nader onderzoek moet verrichten naar eventuele secundaire exploitatie¹⁵ door of via haar contractspartner. Daarbij kan bijvoorbeeld gedacht worden aan het op de markt brengen van merchandise of een theatertour gebaseerd op het programma of namen, figuren of afbeeldingen daaruit. Zij moeten daarover dan (beperkende) afspraken maken om te voorkomen dat de contractpartner of een derde door het uitzenden van het programma meer dan normale winst of ander concurrentievoordeel behaalt. Ook dienen de NPO, RPO en de publieke media-instellingen waar nodig (beperkende) afspraken met hun eigen medewerkers te maken over commerciële activiteiten die zij via social media of anderszins verrichten.

¹² Rechtbank Midden-Nederland, 17 januari 2017; ECLI:NL:RBMNE:2017:178 (*Heel Holland Bakt*).

¹³ Rechtbank Midden-Nederland, 17 januari 2017; ECLI:NL:RBMNE:2017:178 (*Heel Holland Bakt*).

¹⁴ Afdeling, 9 juli 2014, ECLI:NL:RVS:2014:2493 (*Sprookjesboomfeest*).

¹⁵ De publieke omroep verzorgt media-aanbod voor de publieke mediadienst. Programma's worden primair gemaakt om te worden verspreid naar het publiek. Een programmaformat waarop het media-aanbod is gebaseerd of onderdelen uit het media-aanbod kunnen ook op andere (secundaire) manieren geëxploiteerd worden. Een veel voorkomende manier om extra inkomsten te genereren met secundaire exploitatie is bijvoorbeeld merchandise.

Marktconforme vergoedingen

Verder dienen de NPO, RPO en de publieke media-instellingen in het kader van het dienstbaarheidsverbod niet meer dan marktconforme¹⁶ voorwaarden/vergoedingen overeen te komen voor producten en diensten die zij afnemen van derden. Zoals toegelicht in de Eredivisie II-zaak, waar op pagina 18 van deze Praktijkhandreiking nader wordt ingegaan, kunnen zij bij het bepalen van de voorwaarden/vergoedingen die zij bedingen in het kader van de uitvoering van de publieke media-opdracht aan die taak gerelateerde (strategische) overwegingen betrekken.¹⁷ Voor producten en diensten die de NPO, RPO en de publieke media-instellingen aanbieden aan derden dienen zij niet minder dan marktconforme vergoedingen en voorwaarden te bedingen.

Het dienstbaarheidsverbod en platforms van derden

Het dienstbaarheidsverbod is, zoals hiervoor aangegeven, van toepassing op alle activiteiten van de publieke omroep, en dus ook op hun activiteiten in het online domein. Hierover bestaat nog geen specifieke jurisprudentie. Het Commissariaat weet dat een aantal publieke media-instellingen zich in dit verband afvraagt of het dienstbaarheidsverbod eraan in de weg staat dat zij media-aanbod verspreiden via platforms van derden. Een dergelijke belemmering bestaat in beginsel niet. Of en hoe zij media-aanbod verspreiden via platforms van derden is een strategische keuze die op landelijk niveau wordt gemaakt door de NPO en op regionaal en lokaal niveau door de publieke media-instellingen zelf.¹⁸

Voor wat betreft het monetizeren van media-aanbod ter uitvoering van de publieke media-opdracht geldt het volgende. Op landelijk niveau mag de reclame op grond van artikel 2.91 van de Mediawet uitsluitend door de STER worden verzorgd. Dat geldt ook wanneer het media-aanbod via platforms van derden wordt verspreid. Op regionaal en lokaal niveau mogen de publieke media-instellingen dat ook zelf doen. Om te voorkomen dat zij dienstbaar zijn aan de commerciële belangen van derden, moeten zij bij het monetizeren van het media-aanbod, marktconforme tarieven overeenkomen met de platforms van derden.¹⁹

Toetssteen

Vanzelfsprekend moet de vraag of sprake is van dienstbaarheid uiteindelijk worden beantwoord aan de hand van alle relevante feiten en omstandigheden van een specifiek geval, die daarbij in onderlinge samenhang worden gezien. Dat betekent dat het niet mogelijk is om alle toekomstige situaties te voorzien en in beleid te vervatten. Dit is

¹⁶ Marktconformiteit betekent dat er wordt gehandeld in overeenstemming met de heersende principes en regels op de relevante markt. Het Commissariaat baseert zich bij het bepalen van de relevante markt, indien mogelijk, op de uitgangspunten en benaderingen van ACM.

¹⁷ Zie Mededeling van de Commissie betreffende de toepassing van de regels inzake staatssteun op de publieke omroep (*PbEU* 2009, C 257/1 en Beschikking Commissariaat, 7 juli 2015 (*Eredivisie II*) <https://www.cvdv.nl/wp-content/uploads/2015/08/638768-Afwijzing-handhavingsverzoek-SBS-Broadcasting.pdf>

¹⁸ Vanzelfsprekend dienen de NPO, RPO en de publieke media-instellingen daarbij te handelen conform de Mediawet en daaruit voortvloeiende regelgeving, waaronder de regels met betrekking tot aanbodkanalen, zoals opgenomen in de artikelen 2.20 en 2.21 en 2.60l en 2.60m van de Mediawet.

¹⁹ Ook hier geldt uiteraard dat de NPO, RPO en de publieke media-instellingen daarbij dienen te handelen conform de Mediawet en daaruit voortvloeiende regelgeving, waaronder de regels met betrekking tot aanhakende reclame..

inherent aan een norm die ertoe strekt om toekomstbestendig en techniekneutraal het uitgangspunt van non-commercialiteit te beschermen.

Zoals ook uit deze praktijkhandreiking blijkt is het precies dat uitgangspunt van non-commercialiteit van de publieke omroep dat houvast kan bieden, en waarop de omroep - naast de wet, jurisprudentie - kan teruggrijpen als toetssteen bij al zijn voorgenomen activiteiten.

III. Het dienstbaarheidsverbod in de praktijk

In de afgelopen decennia heeft het Commissariaat zich regelmatig uitgesproken over (overtreding van) het dienstbaarheidsverbod. De rechtbank en Afdeling rechtspraak van de Raad van State (hierna: de Afdeling) hebben verschillende van die besluiten getoetst.²⁰ De jurisprudentie is zoals hiervoor is aangegeven naar zijn aard casuïstisch: of sprake is van overtreding van het dienstbaarheidsverbod hangt af van de feiten en omstandigheden van de situatie zoals die zich concreet voordoet.

Niettemin kunnen uit de uitspraken de volgende 3 handvatten worden afgeleid die de NPO, RPO en de publieke media-instellingen houvast kunnen bieden bij wat zij kunnen doen om overtreding van het dienstbaarheidsverbod te voorkomen, namelijk:

1. Laat je niet voor het karretje van derden spannen
2. Houd grip op de wijze waarop derden kunnen meeliften met (media-aanbod van) de publieke omroep
3. Beding marktconforme vergoedingen en voorwaarden

Hierna volgt een overzicht, waarbij elk handvat om dienstbaarheid te voorkomen wordt gevolgd door praktijkvoorbeelden²¹ waaruit het handvat is afgeleid.

I Laat je niet voor het karretje van derden spannen

Het eerste handvat dat houvast kan bieden is dat de NPO, RPO en de publieke media-instellingen zich niet voor het karretje van commerciële derden laten spannen. Ook niet wanneer zij daartoe op basis van eigen (redactioneel) onafhankelijke overwegingen hebben gekozen.

In de afgelopen jaren heeft het Commissariaat in een aantal situaties geoordeeld dat dit wel gebeurde. Er was in die situaties gelet op de mediawettelijke taken²² van de NPO en de publieke media-instellingen geen sprake meer van normaal economisch handelen. Hieronder worden deze situaties op een rij gezet, waarbij steeds is aangegeven waar in de kern de dienstbaarheid zat.

²⁰ Zie: Afdeling rechtspraak Raad van State, 15 augustus 1989, ECLI:NL:RVS:1989:AH2875 (*Striptease*); Afdeling bestuursrechtspraak Raad van State (hierna: Afdeling), 8 augustus 1991, Omroep en Commerce 1988-1992, p. 114 (*Way of Life*); Afdeling, 22 december 2010, ECLI:NL:RVS:2010:BO8329 (*Simpsons the Movie*); Afdeling, 3 april 2013, ECLI:NL:RVS:2013:BZ7616 (*Alle Fans aan dek*); Afdeling, 27 juni 2012; ECLI:NL:RVS:2012:BW9561 (*Bibaboerderij*); Afdeling, 9 juli 2014, ECLI:NL:RVS:2014:2493 (*Sprookjesboomfeest*).

²¹ Het overzicht bevat (een selectie van) uitspraken tot 1 oktober 2017, waartegen op dat moment geen bezwaar of (hoger) beroep aanhangig is.

²² De NPO, de RPO en de publieke media-instellingen hebben de taak om de publieke media-opdracht te verwezenlijken. Daarnaast kunnen zij onder voorwaarden in beperkte mate nevenactiviteiten en verenigingsactiviteiten verrichten. Zij hebben daarbij elk hun eigen rol en taken: de NPO en RPO als sturings- en samenwerkingsorgaan, de omroeporganisaties en niet landelijke publieke media-instellingen als verzorgers van media-aanbod voor de publieke mediadienst en de STER als verzorger van reclame voor de publieke mediadienst.

De NPO had met een filmmaatschappij afspraken gemaakt voor een zender brede gecoördineerde actieweek, die in het teken stond van één bepaalde film waaraan door de vorm, omvang en frequentie te intensief aandacht werd besteed.

Zie: Simpsons the movie²³

Op Radio 3FM vond een zenderbrede actieweek plaats die in het teken stond van de film Simpsons the movie. De NPO had hierover afspraken gemaakt met de filmmaatschappij. Luisteraars konden toegangskaarten winnen voor een exclusieve voorpremière van de Nederlandstalige versie van de film. Aan de totstandkoming van deze Nederlandstalige versie hadden DJ's van Radio 3FM meegewerkt. Gedurende de actieweek werd zeven keer per dag een promo van de film uitgezonden. Daarnaast werd ieder uur geopend met een speciale uropener waarin de aandacht gevestigd werd op de film. Ieder uur werden er twee tot vier toegangskaarten weggegeven. Voorafgaand aan de uitreiking van de prijzen werd een jingle gedraaid. Het Commissariaat oordeelde dat het selecteren van één bepaalde film, waaraan vervolgens een week lang speciale aandacht werd geschonken, gezien de vorm, omvang en frequentie niet kwalificeert als normaal economisch handelen. De NPO had zich met het maken van deze afspraken dienstbaar gemaakt aan winst door derden. Het besluit werd bevestigd door de Afdeling.

De NPO had een concert georganiseerd en een radio-actie opgetuigd om bekendheid te geven aan (de release van) een nieuw album van een artiest, welke actie niet uitsluitend tot stand was gekomen op basis van artistieke (redactionele) criteria van de NPO en concreet bijdroeg aan de promotie van het album.

Zie: Golden Earring²⁴

De NPO had in het kader van de release van het nieuwe album van de Golden Earring verschillende activiteiten geïnitieerd en bevorderd, die zowel inhoudelijk als chronologisch zorgvuldig waren afgestemd op de release van het nieuwe album van de band. Zo organiseerde de NPO in samenwerking met de platenmaatschappij een exclusief concert waarvan de opnamen later als losse tracks op Radio2 zouden worden uitgezonden. Aan het concert en het nieuwe album werd op Radio2 door middel van promospots en een actieweek waarin luisteraars kaarten voor het concert konden winnen intensief aandacht besteed. Het Commissariaat was van oordeel dat de NPO zich hiermee dienstbaar had gemaakt aan het behalen van meer dan normale winst door derden. Daar kwam nog bij dat de platenmaatschappij Radio2 daags voor het concert liet weten dat de Golden Earring toch geen toestemming gaf voor het maken van de opnamen van het deels door Radio2 bekostigde en gepromote concert. Radio2 besloot het concert toch door te laten gaan. Ook betaalde Radio2 ondanks dat het geen opnamen mocht maken toch de eerder met de platenmaatschappij overeengekomen bijdrage in de kosten van de Golden Earring.

²³ Afdeling, 22 december 2010, ECLI:NL:RVS:2010:BO8329 (Simpsons the Movie).

²⁴ Beschikking Commissariaat, 8 oktober 2013 (Golden Earring) <https://www.cvdgm.nl/wp-content/uploads/2013/11/Sanctiebeschikking-Radio-2-Golden-Earring-8-oktober-2013.pdf>

De (rechtsvoorganger van de) NPO had, in ruil voor een primeur voor een album van een artiest, een actieplan opgesteld om aandacht voor het album te genereren, waarbij zendtijd van zowel de omroep als de STER in het vooruitzicht werd gesteld.

Zie: Borsato - De Waarheid²⁵

Om de primeur te krijgen van het nieuwe album van Borsato had Radio 3, daartoe uitgenodigd door de platenmaatschappij, een actieplan ter promotie van dit album gemaakt. Dit plan hield in: door Radio 3 gemaakte promospotjes in STER-zendtijd op radio en tv, uitzending van een concert van Borsato waarvoor Radio 3 toegangskaartjes had gekregen om weg te geven aan de luisteraars, interviews en het vele malen draaien van nummers van het album. Aan de rechtsvoorganger van de NPO als eindverantwoordelijke voor de zendercoördinatie werd een boete opgelegd wegens overtreding van het dienstbaarheidsverbod, vanwege het maken van bovengenoemd actieplan, waarbij zendtijd van de omroep en de STER werd ingezet.

Een publieke omroep had afspraken gemaakt om de promotie van een product te faciliteren.

Zie: Heineken Night of the Proms²⁶

Een publieke omroep deed in een programma verslag van het evenement Heineken Night of the Proms. De omroep had met Heineken afgesproken om zich in te spannen om voor Heineken exclusiviteit te verkrijgen in de productgroep bier in de reclameblokken rond het programma en het programma te herhalen op tijdstippen dat de meerderheid van de kijkers 18 jaar of ouder was. Ook had de omroep zich verplicht om Heineken op de hoogte te stellen van de uitzendtijden van het programma en daarbij behorende promospots zodat Heineken in de gelegenheid was om reclamezendtijd in te kopen. Het Commissariaat was van oordeel dat de omroep zich dienstbaar had gemaakt aan de belangen van Heineken, door (vergaande) medewerking aan de promotie van Heineken rondom het programma. Dit kan niet worden beschouwd als normaal economisch handelen van een publieke omroep, waardoor de omroep zich dienstbaar had gemaakt aan het behalen van meer dan normale winst door de uitgever.

Een publieke omroep had afgesproken om een tv- programma uit te zenden, te promoten en mee te delen in de opbrengst van de kaartverkoop van het concert dat in het programma onder de aandacht van het publiek werd gebracht.

Zie: Big Benny²⁷

²⁵ Beschikking Commissariaat, 29 april 1999, Omroep en Commercie 1998, 127-II (de Waarheid).

²⁶ Beschikking Commissariaat, 23 december 1999, Omroep & Commercie, 1999, 143 (Heineken Night of the Proms).

²⁷ Beschikking Commissariaat, 21 juni 2016 (Big Benny) https://www.cvdm.nl/wp-content/uploads/2016/07/658912_Bob-SOL.pdf

Een publieke omroep zond een real life serie uit over een artiest in aanloop naar een groot concert. De omroep had met het management van de artiest afgesproken om met een pakket aan mediamiddelen de kaartverkoop van het concert aan te jagen. Met de kaartverkoop voor het concert kon de omroep de kosten van de serie terugverdienen. Het Commissariaat was van oordeel dat de omroep hiermee het dienstbaarheidsverbod overtrad.

Een publieke omroep had aan een uitgever een licentie verleend voor gebruik van de titel en het concept van een programma voor een tijdschrift, waarbij de omroep zich had verplicht om het programma uit te blijven zenden.

Zie: Belfleur²⁸

Televisieprogramma en tijdschrift Belfleur werden samen opgestart als multimediaal project. De publieke omroep gaf de naam en het concept van het programma in licentie aan de uitgever. De omroep verplichtte zich bovendien tot normaal gebruik van het merk Belfleur, namelijk door het programma onder deze naam te blijven uitzenden. Het Commissariaat was van oordeel dat daardoor geen sprake was van normaal economisch handelen, waardoor de omroep zich dienstbaar had gemaakt aan het behalen van meer dan normale winst door de uitgever.

Een publieke omroep had afgesproken om aandacht te besteden aan producten van een autofabrikant in ruil voor een gratis auto die de kijkers van het tv-programma konden winnen.

Zie: Televiziering²⁹

In een televisieprogramma van een publieke omroep konden kijkers die stemden op de genomineerden een auto winnen. De auto was om niet ter beschikking gesteld door de autofabrikant in ruil voor aandacht in het tv-programma en redactionele aandacht en advertenties in programmabladen. Het Commissariaat was van oordeel dat de combinatie van bovengenoemde zaken en het feit dat er van te voren afspraken waren gemaakt, een overtreding van het dienstbaarheidsverbod opleverde. Het besluit van het Commissariaat werd door de rechtbank bevestigd.

Een publieke omroep had een cruise van een commerciële organisatie, waarvan media-aanbod zou worden gemaakt, actief gepromoot op haar website en in haar programmagids.

Zie: Alle Fans aan dek³⁰

Een publieke omroep had voor een programma opnames gemaakt van optredens van artiesten aan boord van een cruiseschip. De artiesten hadden hun medewerking verleend aan de reis zonder dat zij daarvoor betaald werden in

²⁸ Beschikking Commissariaat, 20 augustus 1990: Omroep & Commercie, 1988-1992, 47 (Belfleur).

²⁹ Rechtbank Amsterdam, 10 maart 2005 en Beschikking Commissariaat, 26 april 2005 (Televiziering).

³⁰ Afdeling, 3 april 2013, ECLI:NL:RVS:2013:BZ7616 (Alle Fans aan dek).

verband met de in het vooruitzicht gestelde exposure door de uitzending van de optredens. De reis en de optredens werden georganiseerd door een reisaanbieder en kwamen voor diens rekening en risico. De reisaanbieder had ook de bevoegdheid de reis te annuleren. De reis werd gepromoot op de website van de omroep en er werd voor geadverteerd in het programmablad. Het Commissariaat was van oordeel dat de omroep zich dienstbaar had gemaakt aan winst door de reisaanbieder. Ook verweet het Commissariaat de omroep dat deze zich van reisaanbieder afhankelijk had gemaakt voor wat betreft het doorgaan van de reis en daarmee het muziekprogramma. Tot slot verweet het Commissariaat de omroep dat de reisorganisatie in haar advertenties verwezen had naar de te maken televisieopnamen en gebruik had gemaakt van het omroeplogo. De omroep had een zorgplicht om dat te voorkomen en had aan deze zorgplicht niet voldaan. Het besluit van het Commissariaat werd bevestigd door de Afdeling.

Een publieke omroep had afspraken gemaakt die ten doel hadden om een product of dienst van een commerciële derde via de mediamiddelen van de publieke omroep onder de aandacht te brengen.

Zie: Eredivisie³¹

De eigenaar van de uitzendrechten van het Eredivisievoetbal verzorgde op de eigen betaalzender de live registraties van voetbalwedstrijden in de Eredivisie. Eind 2013 werden commerciële en publieke omroepen uitgenodigd om te bieden op de uitzendrechten voor de tv-samenvattingen en de radiorechten van de Eredivisiewedstrijden. Om de uitzendrechten te verwerven verplichtte de omroep zich om via een servicerubriek door te verwijzen naar de aanvangstijdstippen van de Eredivisiewedstrijden. Ook kreeg de omroep het recht om presentatoren en analisten van de betaalzender op te laten treden in zijn voetbalprogramma, maar moest daarbij duidelijk aankondigen dat zij afkomstig zijn van de betaalzender. Het Commissariaat oordeelde dat deze afspraken erop gericht waren aan een commerciële partij een platform te bieden om zichzelf te promoten of bewust onder de aandacht te brengen. Daarmee overtrad de omroep het dienstbaarheidsverbod.

Een publieke omroep had een programma uitgezonden dat geheel in het teken stond van het behalen van commercieel voordeel door een derde.

Zie: Striptease³²

Een lokale publieke omroep had 's nachts een televisieprogramma uitgezonden waarin een vrouw een striptease uitvoerde. Het geluid bij de uitzending was alleen te beluisteren via een 06-nummer dat werd geëxploiteerd door een commerciële onderneming. Het publiek was hiervan via radio en krant op de hoogte gesteld. Het Commissariaat was van oordeel dat de omroep door het uitzenden van het programma waardoor het publiek werd aangezet tot het

³¹ Beschikking Commissariaat, 16 december 2014 (Eredivisie) <https://www.cvdm.nl/wp-content/uploads/2015/01/638076-dwangsom-NOS-sportrechten-16-12-2014-openbare-versie.pdf>

³² Afdeling, 15 augustus 1989, ECLI:NL:RVS:1989:AH2875 (Sriptease).

gebruik van 06-nummers, het dienstbaarheidsverbod overtrad. In hoger beroep bevestigde de Afdeling dit oordeel: er was geen sprake van normaal economisch handelen, omdat de omroep alleen door zich te onttrekken aan het non-commercialiteitbeginsel nachtelijke zendtijd had kunnen verkopen, waarvoor normaal gesproken geen aanbieders zouden zijn geweest.

2. Houd grip op de wijze waarop derden kunnen meeliften met (media-aanbod van) de publieke omroep

Het tweede handvat dat houvast kan bieden bij de vraag hoe de NPO, RPO en de publieke media-instellingen kunnen voorkomen dat zij dienstbaar worden, is dat zij ervoor moeten zorgen dat zij grip houden op de wijze waarop derden kunnen meeliften met (media-aanbod van) de publieke omroep. Zij dienen hiertoe afspraken te maken met hun medewerkers en contractspartners.

De zorgplicht om dienstbaarheid te voorkomen brengt bijvoorbeeld mee dat de NPO, RPO en de publieke media-instellingen voorafgaand aan de aankoop of uitzending van een programma of voorafgaand aan een samenwerking nader onderzoek moet verrichten naar eventuele secundaire exploitatie³³ door of via haar contractspartner. Daarbij kan gedacht worden aan het op de markt brengen van merchandise of een theatertour gebaseerd op het programma of namen, figuren of afbeeldingen daaruit. Zij moeten (beperkende) afspraken maken om te voorkomen dat derden door het uitzenden van het programma of door de samenwerking meer dan normale winst of ander concurrentievoordeel behalen.

Dat kan bijvoorbeeld door afspraken te maken over de voorwaarden waaronder bepaalde vormen van secundaire exploitatie zijn toegestaan, hetzij door de contractspartner zelf, hetzij door een derde die daarvoor een licentie heeft gekregen. Denk aan afspraken over een vergoeding of over het in acht nemen van een cooling off periode. Of door af te spreken dat secundaire exploitatie door de contractspartner alleen is toegestaan na voorafgaande toestemming van de NPO, RPO of publieke media-instelling en tegen een nader overeen te komen marktconforme vergoeding.

Ook dienen de NPO, RPO en de publieke media-instellingen in het kader van hun zorgplicht om dienstbaarheid te voorkomen waar nodig (beperkende) afspraken met hun eigen medewerkers te maken over commerciële activiteiten die zij via social media of anderszins verrichten. De NPO, RPO en de publieke media-instellingen hebben verder een zorgplicht om aanhakende reclame te voorkomen.

Dit tweede handvat is afgeleid uit de volgende praktijksituaties waarover het Commissariaat zich in de afgelopen jaren heeft uitgesproken:

Een publieke omroep had nagelaten om onderzoek te doen naar eventuele commerciële exploitatie van (beeld)merken, figuren die in het programma onder de

³³ De publieke omroep verzorgt media-aanbod voor de publieke mediadienst. Programma's worden primair gemaakt om te worden verspreid naar het publiek. Een programmaformat waarop het media-aanbod is gebaseerd of onderdelen uit het media-aanbod kunnen ook op andere (secundaire) manieren geëxploiteerd worden. Een veel voorkomende manier extra inkomsten te genereren met secundaire exploitatie is bijvoorbeeld merchandise.

aandacht van het publiek werden gebracht en hierover zo nodig beperkende afspraken te maken.

Zie: Sprookjesboomfeest³⁴

Een publieke omroep had een kinderprogramma uitgezonden. Het programma was geproduceerd door een pretpark en opgenomen in het theater van het pretpark. Kort na de uitzendingen van het kinderprogramma werd in het pretpark een attractie geopend die overeenkwam met het hoofdkarakter uit het kinderprogramma. Met de uitzendingen heeft de omroep het pretpark, en in het bijzonder de attractie, onder de aandacht gebracht. De omroep had 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 nader onderzoek te verrichten naar de eventuele exploitatie van (beeld)merken, figuren die in het kinderprogramma onder de aandacht van het publiek werden gebracht door het pretpark daarover zo nodig beperkende afspraken te maken. De Afdeling bestuursrechtspraak heeft de uitspraak in hoger beroep bevestigd.

De inhoud van een programma was afgestemd op de marktintroductie van een product of dienst, waardoor het programma als platform diende voor de lancering daarvan.

Zie: Bibaboerderij³⁵

Een publieke omroep zond de kinderanimatieserie Bibaboerderij uit. Door een commerciële derde werd in dezelfde periode merchandise van de kinderanimatieserie op de markt gebracht. Uit de overeenkomsten bleek dat het uitzenden van de kinderanimatieserie en het vervolgens op de markt brengen van de merchandise zorgvuldig op elkaar was afgestemd. De merchandising was niet om het kinderprogramma ontstaan, maar het kinderprogramma heeft gediend als platform voor de lancering van de merchandising die behoort bij het Biba-concept. De publieke omroep heeft met het uitzenden van het programma het concept op intensieve wijze onder de aandacht van het publiek gebracht en daarmee bijgedragen aan het tot stand komen en op de markt brengen van producten van een commerciële derde. Daarmee is de omroep niet binnen de marges van normaal economisch handelen gebleven en heeft de omroep het dienstbaarheidsverbod overtreden. De beslissing is in hoger beroep door de Afdeling bevestigd.

Een publieke omroep had nagelaten onderzoek te doen naar gebruik van materiaal uit een muziekspecial door anderen dan de omroep zelf en had nagelaten daarover beperkende afspraken te maken.

³⁴ Afdeling, 9 juli 2014, ECLI:NL:RVS:2014:2493 (Sprookjesboomfeest).

³⁵ Afdeling, 27 juni 2012; ECLI:NL:RVS:2012:BW9561 (Bibaboerderij).

Zie: Muziekspecials BZN en Helmut Lotti ³⁶

Een publieke omroep had muziekspecials uitgezonden die in het teken stonden van albums van BZN en Helmut Lotti. De muziekspecials waren om niet aangeleverd door de platenmaatschappij van de artiesten. In de reclameblokken rondom de muziekspecials werden commercials uitgezonden voor de albums van de artiesten met daarin beeldmateriaal uit de programma's. De omroep had nagelaten te onderzoeken of het beeldmateriaal uit de muziekspecials ook door de platenmaatschappijen zelf gebruikt ging worden, bijvoorbeeld voor reclamedoelinden. De omroep had hierover geen (beperkende) afspraken gemaakt. Het Commissariaat was van oordeel dat de omroep hierdoor dienstbaar was aan het behalen van een meer dan normale winst door de platenmaatschappijen.

3. Beding marktconforme vergoedingen en voorwaarden

Het derde handvat dat houvast kan bieden bij de vraag hoe de NPO, RPO en de publieke media-instellingen overtreding van het dienstbaarheidsverbod kunnen voorkomen is dat zij niet meer dan marktconforme voorwaarden/vergoedingen overeen moeten komen voor producten en diensten die zij afnemen van derden. Zij kunnen bij het bepalen van de voorwaarden/vergoedingen die zij bedingen in het kader van de uitvoering van de publieke media-opdracht aan die taak gerelateerde (strategische) overwegingen betrekken.³⁷ Voor producten en diensten die de NPO, RPO en de publieke media-instellingen aanbieden aan derden dienen zij niet minder dan marktconforme vergoedingen en voorwaardente te bedingen.

Dit derde handvat is mede afgeleid uit de volgende praktijksituaties waarover het Commissariaat zich heeft uitgesproken:

De NPO had faciliteiten van een publieke omroep aan derden ter beschikking gesteld tegen een bedrag dat lager was dan de marktwaarde.

Zie: Trijntje - The Look of Love³⁸

De NPO had een orkest en een studio ter beschikking gesteld aan de platenmaatschappij van de artiest ten behoeve van de opname van haar nieuwe album. De NPO had daarvoor geen vergoeding gevraagd aan de platenmaatschappij, terwijl de kosten van het orkest en de studio ongeveer 25.000 Euro per dag bedroegen. De NPO had daarmee het dienstbaarheidsverbod overtreden. De rechtbank heeft deze uitspraak in beroep bevestigd.

³⁶ Beschikking Commissariaat, 18 oktober 2001, Omroep & Commerce, 2000-2002, 155 (*Muziekspecials BZN en Helmut Lotti*).

³⁷ Zie Mededeling van de Commissie betreffende de toepassing van de regels inzake staatssteun op de publieke omroep (*PbEU* 2009, C 257/1 en Beschikking Commissariaat, 7 juli 2015 (*Eredivisie II*)) <https://www.cvdvm.nl/wp-content/uploads/2015/08/638768-Afwijzing-handhavingsverzoek-SBS-Broadcasting.pdf>

Een publieke omroep mocht bij het bepalen van de vergoeding die hij bereid was te betalen voor bepaalde uitzendrechten ook aan zijn publieke taak gerelateerde strategische overwegingen betrekken.

Zie: Eredivisie II³⁹

De eigenaar van de uitzendrechten van het Eredivisievoetbal nodigde commerciële en publieke omroepen uit om te bieden op de uitzendrechten voor de tv-samenvattingen en de radiorechten van de Eredivisiewedstrijden. Om de uitzendrechten te verwerven had de publieke omroep een bod uitgebracht. Een commerciële omroep diende een handhavingsverzoek in, onder meer omdat het meende dat de publieke omroep het dienstbaarheidsverbod had overtreden doordat het een hoger bod had gedaan dan de andere bidders waaronder de commerciële omroep. Het Commissariaat overwoog dat de publieke omroep andere dan zuiver commerciële redenen kan hebben om een ander bod uit te brengen dan een commerciële concurrent. Het is naar het oordeel van het Commissariaat toegestaan dat de publieke omroep bij het bepalen van de hoogte van haar bod ook aan haar publieke taak gerelateerde (strategische) overwegingen betreft.

Het dienstbaarheidsverbod en platforms van derden

Het dienstbaarheidsverbod is vanzelfsprekend ook van toepassing in het online domein. Hierover bestaat nog geen specifieke jurisprudentie. Het Commissariaat weet dat een aantal publieke media-instellingen zich afvraagt of het dienstbaarheidsverbod eraan in de weg staat dat zij media-aanbod verspreiden via platforms van derden.

De NPO, RPO en publieke media-instellingen kunnen media-aanbod verspreiden via platforms van derden waarbij zij zelf de redactionele verantwoordelijk dragen, of via platforms van derden waarbij het platform de redactionele verantwoordelijk draagt.⁴⁰ In het eerste geval is sprake van het distribueren van media-aanbod in het kader van de uitvoering van de publieke media-opdracht, in het tweede geval van een nevenactiviteit.

Het dienstbaarheidsverbod staat daar in beginsel niet aan in de weg. Of en hoe zij media-aanbod verspreiden via platforms van derden is een strategische keuze die op landelijk niveau wordt gemaakt door de NPO en op regionaal en lokaal niveau door de publieke media-instellingen zelf.⁴¹

Voor wat betreft het monetizen van media-aanbod ter uitvoering van de publieke media-opdracht geldt het volgende. Op landelijk niveau mag de reclame op grond van artikel 2.91 van de Mediawet uitsluitend door de STER worden verzorgd. Dat geldt ook wanneer

³⁹ Beschikking Commissariaat, 7 juli 2015 (*Eredivisie II*) <https://www.cvdm.nl/wp-content/uploads/2015/08/638768-Afwijzing-handhavingsverzoek-SBS-Broadcasting.pdf>

⁴⁰ Op video sharing platforms, social media, OTT diensten draagt de content aanbieder (*bijvoorbeeld een publieke media-instelling die daar media-aanbod plaatst*) doorgaans zelf de redactionele verantwoordelijkheid. Op diensten als Netflix, videoland, of speciale diensten van video sharing platforms, social media en OTT-aanbieders is de aanbieder van de dienst redactioneel verantwoordelijk.

⁴¹ Vanzelfsprekend dienen de NPO, RPO en de publieke media-instellingen daarbij te handelen conform de Mediawet en daaruit voortvloeiende regelgeving, waaronder de regels met betrekking tot aanbodkanalen, zoals opgenomen in de artikelen 2.20 en 2.21 en 2.60l en 2.60m van de Mediawet.

het media-aanbod via platforms van derden wordt verspreid. Op regionaal en lokaal niveau mogen de publieke media-instellingen dat ook zelf doen. Om te voorkomen dat zij dienstbaar zijn aan de commerciële belangen van derden, moeten zij bij het monetizeren van het media-aanbod, marktconforme tarieven overeenkomen met de platforms van derden.⁴²

⁴² Ook hier geldt uiteraard dat de NPO, RPO en de publieke media-instellingen daarbij dienen te handelen conform de Mediawet en daaruit voortvloeiende regelgeving, waaronder de regels met betrekking tot aanhakende reclame

IV. Juridisch kader

In dit hoofdstuk wordt dieper ingegaan op de juridische achtergrond en inhoud van het dienstbaarheidsverbod. Dit gebeurt aan de hand van de verbodsbepaling in de Mediawet en de Europese regels over staatssteun.

A. Mediawet

Het dienstbaarheidsverbod kent een lange geschiedenis. In de begindagen van het publieke bestel was het omroepen al verboden om gericht te zijn op het maken van winst.⁴³ De reden hiervoor was dat omroepen voor het grootste deel werden betaald uit kijk- en luistergeld. De wetgever vond het onjuist als dit publieke geld ten goede zou komen aan een organisatie die was opgezet om daarmee winst te maken en die uit te keren aan particulieren.⁴⁴

In de Omroepwet, de voorloper van de Mediawet, is daarna toegevoegd dat omroepen niet alleen niet gericht mochten zijn op het maken van winst voor zover dat niet voor vervulling van de hoofdtaak bestemd is, maar dat zij ook niet dienstbaar mochten zijn aan het maken van winst door derden.⁴⁵

Het dienstbaarheidsverbod is in de huidige Mediawet neergelegd in artikel 2.141, en luidt als volgt:

1. *De NPO, de RPO 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.*

Zoals uit deze bepaling volgt, bestaat het dienstbaarheidsverbod uit 3 elementen:

- 1) NPO, RPO en publieke media-instellingen zijn niet dienstbaar aan het maken van winst door derden,
- 2) dit verbod betreft al hun activiteiten; en
- 3) zij tonen dat desgevraagd ten genoegen van het Commissariaat aan.

Deze drie elementen worden hieronder achtereenvolgens besproken.

A.1 Niet dienstbaar aan het maken van winst door derden

Uit de totstandkomingsgeschiedenis van de voorloper van de Mediawet 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

⁴³ *Kamerstukken II 1964/65, 8099, nr. 2, p. 3.*

⁴⁴ *Kamerstukken II 1964/65, 8099, nr. 2, p. 3.*

⁴⁵ *Kamerstukken II 1976/77, 14 351, nr. 3 (memorie van toelichting), p. 21-22 en daarvoor artikel 13 lid 2 sub 5e en artikel 19 lid 1 onder 2e van de Omroepwet van 1967.*

oordeel geen normaal economisch handelen plaatsvindt en meer dan normale winst wordt gemaakt.⁴⁶ Het dienstbaarheidsverbod staat dus niet aan de weg aan marktconform, normaal economisch handelen. Zoals verwoord in de Memorie van Toelichting bij de Mediawet 2008 gaat het erom dat derden uit de samenwerking met de publieke omroep niet een meer dan normale winst of andere concurrentievoordelen behalen.⁴⁷

Dit uitgangspunt heeft de wetgever in de toelichting bij de Mediawet 2008 nog eens benadrukt en is ook bevestigd in de jurisprudentie van de hoogste rechter.⁴⁸

In 1977 heeft de toenmalige minister van OCW een heldere uitleg gegeven over de achterliggende gedachte van het dienstbaarheidsverbod:

*'Het spreekt vanzelf dat het via radio en tv bekend worden een stimulerende invloed op de verkoop van platen heeft en daarmee de winst van de platenmaatschappijen. Daartegen heb ik geen bezwaar, mits het streven van de omroeporganisaties daarop niet is gericht; mits zij zich dus niet voor het karretje van platenmaatschappijen of wie dan ook laten spannen.'*⁴⁹

De NPO, RPO of publieke media-instelling is dienstbaar wanneer kan worden aangenomen dat door zijn doen of nalaten derden meer winst en/of concurrentievoordeel hebben kunnen behalen, dan dat zij zouden hebben behaald als de publieke omroep wel normaal economisch had gehandeld.⁵⁰ Wat voor de publieke omroep geldt als normaal economisch handelen dient te worden beoordeeld in het licht van hun media-wettelijke taken. De NPO en de RPO en de publieke media-instellingen hebben op grond van de Mediawet hoofdzakelijk tot taak om de publieke media-opdracht te verwezenlijken. Daarnaast kunnen zij onder voorwaarden in beperkte mate nevenactiviteiten en verenigingsactiviteiten verrichten. Zij hebben daarbij elk hun eigen rol en taken: de NPO en RPO als sturings- en samenwerkingsorgaan, de omroepen als verzorgers van media-aanbod voor de publieke mediadienst en de STER als verzorger van reclame voor de publieke mediadienst.

Er hoeft geen sprake te zijn van schuld of opzet om het dienstbaarheidsverbod te overtreden. Opzet en schuld zijn geen bestanddelen van de verbodsbepaling. Als aan de inhoudelijke vereisten van het verbod is voldaan, staat overtreding vast.⁵¹ In beginsel mag dan van de verwijtbaarheid van de overtreding worden uitgegaan. Het Commissariaat kan een sanctie opleggen als de NPO, RPO of publieke media-instelling

⁴⁶ Kamerstukken II 1984/85, 19 136, nrs. 1-3 (memorie van toelichting).

⁴⁷ Kamerstukken II 2007/08, 31 356, nr. 3 (memorie van toelichting), p. 57 en Kamerstukken II 1984/85, 19 136, nr. 3 (memorie van toelichting), p. 55 en p. 116.

⁴⁸ Afdeling 27 juni 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BW9561 (*Bibaboerderij*); Afdeling 9 juli 2014, ECLI:NL:RVS:2014:2493 (*Sprookjesboomfeest*); Rechtbank Midden-Nederland, 17 januari 2017; ECLI:NL:RBMNE:2017:178 (*Heel Holland Bakt*).

⁴⁹ *Handelingen II* 14 351, 15 september 1977, p. 524.

⁵⁰ Afdeling 22 december 2010, ECLI:NL:RVS:2010:BO8329, (*Simpsons the Movie*) rov. 2.4.2.

⁵¹ De Afdeling bestuursrechtspraak heeft geoordeeld 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. Zie Afdeling, 9 juli 2014, ECLI:NL:RVS:2014:2493 (*Sprookjesboomfeest*) en uitspraak Afdeling, 28 oktober 2009, ECLI:NL:RVS:2009:BK1391.

zich van (het risico op) overtreding van het dienstbaarheidsverbod bewust was, of had moeten zijn.⁵²

A.2 Met al hun activiteiten

Het dienstbaarheidsverbod ziet op alle activiteiten van de publieke omroep. Toen de expliciete zinsnede ‘*met al hun activiteiten*’ werd toegevoegd aan de wet, lichtte de wetgever de reden hiervan als volgt toe:

*‘met dit amendement wordt beoogd zeker te stellen dat het de publieke media-instellingen niet is toegestaan met welke activiteiten dan ook dienstbaar te zijn aan het maken van winst door derden. De wijziging draagt ertoe bij de publieke omroep zo publiek mogelijk te houden en de commercialisering te beperken.’*⁵³

Bij introductie van de huidige Mediawet heeft de wetgever herhaald dat het dienstbaarheidsverbod ziet op alle activiteiten:

*‘Het verbod van dienstbaar zijn aan het maken van winst door derden blijft gehandhaafd (...). Dit verbod ziet namelijk op alle activiteiten van omroepen, niet alleen op nevenactiviteiten.’*⁵⁴

De zinsnede ‘met al hun activiteiten’ heeft dus zowel betrekking op activiteiten ter uitvoering van de publieke media-opdracht als op de neven- en verenigingsactiviteiten. Het kan daarbij zowel gaan om dingen die de media-instelling doet (inclusief bemiddelende activiteiten)⁵⁵ als om dingen die zij nalaat.

Verhouding dienstbaarheidsverbod tot reclame- en sponsorregels

Omdat het dienstbaarheidsverbod meeromvattend is dan het reclame- of sponsorverbod, kan er een bepaalde overlap ontstaan in de zin dat als een overtreding van een specifiek voorschrift wordt geconstateerd, dit mogelijk ook tot overtreding van het dienstbaarheidsverbod leidt. Het Commissariaat kan dan voor beide overtredingen een sanctie opleggen.⁵⁶

Deze situatie deed zich voor in de Sprookjesboomfeest-zaak die in Hoofdstuk III is genoemd. De omroep had zowel de reclameregels (het verbod op vermijdbare uitingen) als het dienstbaarheidsverbod overtreden. De Afdeling was van oordeel dat het Commissariaat voor beide overtredingen een boete mocht opleggen. De Afdeling nam daarbij het volgende in aanmerking:

‘dat tussen de twee overtreden verboden weliswaar een overlap bestaat, in die zin dat beide verboden tot doel hebben commercialiteit van publieke media-

⁵² o.a. Afdeling, 15 augustus 1989, ECLI:NL:RVS:1989:AH2875 (*Striptease*); Rechtbank Amsterdam 11 mei 2011, ECLI:NL:RBAMS:2011:BR0599 (*Trijntje - The Look of Love*); Rechtbank Midden-Nederland, 17 januari 2017, ECLI:NL:RBMNE:2017:178 (*Heel Holland Bakt*).

⁵³ *Kamerstukken II* 1996/97, 25 216, nr. 34; de toevoeging betrof artikel 55 lid 1 Mediawet (oud), waarin toen het dienstbaarheidsverbod was geregeld.

⁵⁴ *Kamerstukken II* 2007/08, 31 356, nr. 3 (memorie van toelichting).

⁵⁵ Rechtbank Amsterdam, 11 mei 2011, ECLI:NL:RBAMS:2011:BR0599 (*Trijntje - The Look of Love*).

⁵⁶ Afdeling, 9 juli 2014, ECLI:NL:RVS:2014:2493 (*Sprookjesboomfeest*).

instellingen tegen te gaan, maar dat de kern van de belangen die de verboden beogen te beschermen wezenlijk anders is. Het reclameverbod beoogt immers voornamelijk de belangen van de consument te beschermen terwijl het dienstbaarheidsverbod veeleer is gericht op de taak die de publieke omroep in het bestel heeft, namelijk pluriformiteit, openheid en non-commercialiteit. Het Commissariaat heeft in het licht hiervan te kennen gegeven dat de overtreding van het reclameverbod ziet op de inhoud van het kinderprogramma en de daarin opgenomen vermijdbare uitingen. Het dienstbaarheidsverbod ziet volgens het Commissariaat niet op de inhoud van het kinderprogramma, maar op het uitzenden ervan zonder vooraf beperkende afspraken te maken en op de timing en frequentie van de uitzendingen. Gelet hierop beogen beide verboden grotendeels andere belangen te beschermen en hadden de verboden ook afzonderlijk van elkaar kunnen worden overtreden.'

Verhouding dienstbaarheidsverbod tot nevenactiviteitenregime

Wat betreft de toepasselijkheid van het dienstbaarheidsverbod op nevenactiviteiten heeft de wetgever opgemerkt dat los van de toetsing van nevenactiviteiten blijft gelden dat publieke media-instellingen niet dienstbaar mogen zijn aan winst door derden. Dit wordt door het Commissariaat doorlopend getoetst, aldus de wetgever.⁵⁷ Dit is in lijn met het gegeven dat het dienstbaarheidsverbod in brede zin beoogt te voorkomen dat publieke media-instellingen met hun activiteiten concurrentievoordeel bieden aan commerciële partijen.

Als het Commissariaat toestemming heeft gegeven voor het verrichten van een nevenactiviteit, dan zal in de meeste gevallen vast staan dat de nevenactiviteit marktconform wordt verricht. Het Commissariaat geeft immers pas toestemming voor het verrichten van de nevenactiviteit als die op marktconforme wijze wordt verricht.⁵⁸

Niettemin kan de NPO, RPO of de publieke media-instelling met een goedgekeurde nevenactiviteit toch nog het dienstbaarheidsverbod overtreden, wanneer de feiten die aan een overtreding van het dienstbaarheidsverbod ten grondslag liggen, niet zijn betrokken in de marktconformiteitstoets. Bijvoorbeeld wanneer de nevenactiviteit van de publieke media-instelling bestaat uit het in licentie geven van een programmatitel aan een derde ten behoeve van merchandise en de publieke media-instelling zich daarnaast heeft verplicht om het programma uit te (blijven) zenden.

A.3 Desgevraagd tonen zij dit ten genoegen van het Commissariaat aan

Zorgplicht

⁵⁷ Zie *Kamerstukken I* 2008/09, 31 356, nr. D, p. 11.

⁵⁸ Op grond van de Beleidsregels nevenactiviteiten 2016 beoordeelt het Commissariaat de marktconformiteit aan de hand van de kostprijs van de nevenactiviteit, de licentievergoeding en verkoopprijs van de nevenactiviteit, de markt die met de nevenactiviteit wordt betreden; en eventueel andere factoren, zoals de waarde van het gebruik van het imago van de publieke media-instelling en het betreffende media-aanbod en de wijze waarop de overeenkomst tot stand is gekomen. Als er geen andere aanbieders van dezelfde of vergelijkbare producten of diensten op de in kaart gebrachte relevante markt blijken te zijn, wordt de nevenactiviteit marktconform geacht.

⁵⁸ *Kamerstukken II* 1985/86, 19 136, nr. 7, p. 72 en *Kamerstukken II* 1995/96, 24 808, nr. 3, p. 14 -15.

De media-instellingen moeten “ten genoegen van het Commissariaat” aantonen dat zij niet dienstbaar zijn geweest in de zin van de wet.

De wetgever heeft hiermee tot uitdrukking gebracht *“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”*.⁵⁹

Zij hebben dus een zorgplicht om te voorkomen dat zij dienstbaar zijn of worden aan het maken van meer dan normale winst of het behalen van andere concurrentievoordelen door derden. Het Commissariaat mag hieraan een ruime invulling geven. De zorgplicht wordt begrensd door wat redelijkerwijs van de NPO, RPO en de publieke media-instellingen kan worden gevergd. In dat verband is van belang wat voor hen voorzienbaar was of had moeten zijn.⁶⁰ Daarbij geldt – zoals de Afdeling in de Sprookjesboom-zaak heeft overwogen – dat niet altijd te voorzien is op welke wijze de te beschermen belangen in de toekomst zullen worden geschonden en dat daarom de wetgever soms wetgeving bewust, en noodzakelijkerwijs, in meer algemene bewoordingen de verboden gedraging beschrijft. Dit geldt ook voor het dienstbaarheidsverbod. Hetgeen al dan niet is verboden is echter, aldus de Afdeling, voldoende afgebakend gelet op het feit dat de bepaling al sinds 1977 in de wet is opgenomen en de strekking van de bepaling sindsdien niet veranderd is en gelet op de meermaals gegeven uitleg van het dienstbaarheidsverbod.⁶¹

Zie Hoofdstuk III voor handvatten die houvast bieden bij wat er in het kader van die zorgplicht in veelvoorkomende situaties van de NPO, de RPO en de publieke media-instellingen wordt verwacht.

Bewijslast

Volgens vaste jurisprudentie heeft het Commissariaat aan de op hem rustende bewijslast voldaan, wanneer het ‘alle feiten en omstandigheden in onderling samenhang bezien’ het gegrond vermoeden heeft kunnen hebben dat de NPO, RPO of een publieke media-instelling zich dienstbaar heeft gemaakt aan het maken van winst of het behalen van ander concurrentievoordeel door een derde.⁶² Bijvoorbeeld doordat het Commissariaat aannemelijk heeft gemaakt dat – tegen de achtergrond van de omstandigheden van het geval – de door de NPO, RPO of een publieke media-instelling gepresenteerde feiten en omstandigheden de reële mogelijkheid openlaten dat het dienstbaarheidsverbod kon worden overtreden. Het is vervolgens aan de NPO, RPO of de publieke media-instelling om aannemelijk te maken dat dat vermoeden onjuist is.⁶³ Zij doen er (mede) daarom goed aan om ervoor zorg te dragen dat afspraken en andere maatregelen die zij hebben

⁵⁹ Zie: *Handelingen II* 1985/86, 2 september 1986, nr. 89, p. 5542.

⁶⁰ Rechtbank Midden-Nederland, 17 januari 2017; ECLI:NL:RBMNE:2017:178 (*Heel Holland Bakt*).

⁶¹ Afdeling, 9 juli 2014, ECLI:NL:RVS:2014:2493 (*Sprookjesboomfeest*).

⁶² Afdeling, 9 juli 2014, ECLI:NL:RVS:2014:2493, en Afdeling, 27 juni 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BW9561.

⁶³ Zoals de Afdeling in onder meer de Sprookjesboomfeest zaak heeft overwogen volgt uit de jurisprudentie van het EHRM (o.a. arrest van 7 oktober 1988; zaaknr. 10519/83 *Salabiaku vs. Frankrijk*) dat het niet in strijd is met de onschuldpresumptie neergelegd in artikel 6, tweede lid van het EVRM, indien een wettelijke regeling uitgaat van verwijtbaarheid, doch die veronderstelling weerlegbaar is en met de betrokken belangen van de overtreder rekening wordt gehouden. Verder heeft het EHRM het aanvaardbaar geacht dat de last de verwijtbaarheid te weerleggen bij de overtreder wordt gelegd, zelfs wanneer dat niet eenvoudig is (arrest van 23 juli 2002, nr. 34619/79, *Janosevic vs. Zweden*).

getroffen om dienstbaarheid te voorkomen worden vastgelegd.⁶⁴

Europese Staatssteunregels

Het dienstbaarheidsverbod is verder ook een belangrijke waarborg in het kader van de eisen die het Europese staatssteunrecht stelt aan de financiering van de publieke omroep. De financiering die door de overheid aan de publieke omroepen wordt verleend, vormt staatssteun in de zin van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (VWEU).⁶⁵ De financiering van de publieke omroepen verleent hen een financieel voordeel ten opzichte van hun particuliere concurrenten, zoals commerciële omroepen en private nieuwsmedia.

Publieke financiering van activiteiten van de publieke omroep kan invloed hebben op het businessmodel van de private media-ondernemingen. Bijvoorbeeld doordat betaaldiensten van private media moeten concurreren met diensten die de publieke omroep gratis aanbiedt. Of door de concurrentie om de gunst van de gebruiker die uiteindelijk bepalend is voor de reclame-inkomsten van private mediaondernemingen.

Publieke omroepen hebben, als zogenaamde bijzondere dienst van economisch belang, een aparte positie in het VWEU. Dit is omdat het publieke omroepstelsel in de lidstaten rechtstreeks verband houdt met de democratische, sociale en culturele behoeften van iedere samenleving en met de noodzaak pluralisme in de media te behouden.⁶⁶

Het belang van een publieke omroep blijft in de snel veranderende nieuwe mediaomgeving onverminderd groot. Tegelijk is het belangrijk dat commerciële omroepen ook een rol van betekenis kunnen spelen bij het waarborgen van pluralisme, de verrijking van het culturele en politieke debat en de verruiming van het media-aanbod. Daarnaast zijn private nieuwsmedia een belangrijke garantie voor een objectieve informatievoorziening aan het publiek en voor de democratie.

Rekening houdend met deze uitgangspunten heeft de Europese Commissie in de Omroepmededeling⁶⁷ uiteengezet dat financiering van de publieke omroep door lidstaten is toegestaan, voor zover deze financiering wordt verleend aan omroeporganisaties voor het vervullen van de publieke opdracht en voor zover deze financiering de voorwaarden inzake het handelsverkeer en de mededingingsvoorwaarden in de EU niet zodanig verandert dat het gemeenschappelijk belang zou worden geschaad, waarbij rekening wordt gehouden met de verwezenlijking van de opdracht van deze publieke dienst.

De Commissie heeft geoordeeld dat de financieringssystematiek van de Nederlandse publieke omroep in overeenstemming is met de Europese staatssteunregels.⁶⁸ De

⁶⁴ Beschikking Commissariaat, 8 oktober 2013 (*Golden Earring*) <https://www.cvdm.nl/wp-content/uploads/2013/11/Sanctiebeschikking-Radio-2-Golden-Earring-8-oktober-2013.pdf>

⁶⁵ Artikel 107, lid 1 VWEU.

⁶⁶ Die bijzondere positie is neergelegd in een protocol, dat bij het Verdrag van Amsterdam is gehecht als bijlage bij het EG-Verdrag.

⁶⁷ Mededeling van de Commissie betreffende de toepassing van de regels inzake staatssteun op de publieke omroep (*PbEU* 2009, C 257/1).

⁶⁸ Steunmaatregel E5/2005, COM(2010) 132; Jaarlijkse financiering van de Nederlandse publieke omroep – Nederland.



Commissie achtte het in dit kader van belang dat diverse bepalingen in de Mediawet de publieke omroep ertoe verplichten de marktvoorwaarden in acht te nemen, waaronder het dienstbaarheidsverbod.