

Boete Commissariaat voor de Media. Gelijkheidsbeginsel. Evenredigheid. Verwijtbaarheid. Sponsorverbod. Dienstbaarheidsverbod. Ne bis in idem.

- ABRvS 27-06-2012, ECLI:NL:RVS:2012:BW9561, m.nt. C.M. Saris

Instantie

Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State

Datum

27 juni 2012

Magistraten

Mrs. M. Vlasblom, P.A. Offers, N. Verheij

Zaaknummer

201108858/1/A3.

Noot

C.M. Saris

LJN

BW9561

Vakgebied(en)

Bestuursrecht algemeen / Handhaving algemeen

Bestuursrecht algemeen / Algemene beginselen van behoorlijk bestuur

Brondocumenten

ECLI:NL:RVS:2012:BW9561, Uitspraak, Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State, 27-06-2012

Wetgeving

Mediawet (oud) art. 52a, 55 lid 1; Beleidslijn sanctiemaatregelen 2007

Essentie

Boete Commissariaat voor de Media. Gelijkheidsbeginsel. Evenredigheid. Verwijtbaarheid. Sponsorverbod. Dienstbaarheidsverbod. Ne bis in idem.

Samenvatting

Naar het oordeel van de Afdeling mocht het Commissariaat zich op het standpunt stellen dat het dienstbaarheidsverbod in aanzienlijke mate is overtreden en mocht het de overtreding, zoals de rechtbank heeft overwogen, als zeer ernstig kwalificeren. (...) De TROS heeft zich onweersproken op het standpunt gesteld dat het Commissariaat nog niet eerder een boete heeft opgelegd wegens overtreding van het dienstbaarheidsverbod in verband met merchandising. Naar het oordeel van de Afdeling had het Commissariaat in die omstandigheid aanleiding moeten zien de boete te verlagen. In de Beleidslijn is immers de omstandigheid dat de interpretatie van de geschonden norm niet eerder is betrokken in het toezichtsbeleid van het Commissariaat als boeteverlagende omstandigheid opgenomen.

Het Commissariaat heeft voorts ten onrechte als boeteverhogende omstandigheid meegenomen de combinatie van afspraken tussen de TROS, Biba B.V., GSM en Schuitema. Bij de kwalificatie van de zwaarte van de overtreding heeft het Commissariaat, zoals hiervoor onder 2.13.2 is overwogen, het grote commerciële belang dat derden hadden bij de exploitatie

van het concept 'Bibaboerderij' zwaar laten wegen. De afspraken tussen de verschillende partijen zijn derhalve reeds betrokken bij de kwalificatie van de overtreding door het Commissariaat als zeer ernstig als bedoeld in artikel 2.7 van de Beleidslijn, waardoor de zwaarste boetecategorie is gehanteerd. Om die reden mocht het Commissariaat die afspraken bij de beoordeling van de hoogte van de boete niet nogmaals betrekken als boeteverhogende omstandigheden.

Partij(en)

Uitspraak op de hoger beroepen van:

1.

de vereniging TROS,

2.

het Commissariaat voor de Media, appellanten, tegen de uitspraak van de Rechtbank Amsterdam van 13 juli 2011 in zaak nr. 10/4230 in het geding tussen:

de TROS

en

het Commissariaat.

Uitspraak

1. Procesverloop

Bij besluit van 20 oktober 2009 heeft het Commissariaat de TROS een boete opgelegd ter hoogte van € 270.000 wegens overtreding van artikel 2.106, eerste lid, en artikel 2.141, eerste lid, van de Mediawet 2008.

Bij besluit van 20 juli 2010 heeft het Commissariaat onder wijziging van de wettelijke grondslag en onder aanvulling van de motivering het door de TROS daartegen gemaakte bezwaar ongegrond verklaard.

Bij uitspraak van 13 juli 2011, verzonden op dezelfde dag, heeft de rechtbank het door de TROS daartegen ingestelde beroep gegrond verklaard, het besluit van 20 juli 2010 vernietigd voor zover dat ziet op de overtreding van artikel 52a van de Mediawet, het bezwaar van de TROS in zoverre gegrond verklaard, het besluit van 20 oktober 2009 in zoverre herroepen, bepaald dat de uitspraak in de plaats treedt van het vernietigde deel van het besluit van 20 juli 2010 en dat besluit voor het overige in stand gelaten. Deze uitspraak is aangehecht (niet opgenomen; *red.*).

Tegen deze uitspraak hebben de TROS bij brief, bij de Raad van State ingekomen op 10 augustus 2011, en het Commissariaat bij brief, bij de Raad van State ingekomen op 23 augustus 2011, hoger beroep ingesteld. De TROS heeft haar hoger beroep aangevuld bij brief van 13 september 2011 en het Commissariaat heeft zijn hoger beroep aangevuld bij brief van 15 september 2011.

De TROS en het Commissariaat hebben een verweerschrift ingediend.

Het Commissariaat heeft stukken aan de Afdeling toegezonden. Daarbij heeft het Commissariaat medegedeeld dat uitsluitend de Afdeling ervan kennis zal mogen nemen. De Afdeling heeft beslist dat de verzochte beperking van de kennisneming gerechtvaardigd is en de TROS gevraagd om toestemming, als bedoeld in artikel 8:29, vijfde lid, van de Algemene wet bestuursrecht (hierna: Awb). Deze toestemming is verleend.

De TROS heeft nadere stukken ingediend.

De Afdeling heeft de zaak ter zitting behandeld op 11 april 2012, waar de TROS, vertegenwoordigd door A. van Tricht, hoofd juridische zaken bij de TROS, bijgestaan mr. H.A.J.M. van Kaam en mr. V. Sinaasappel, beiden advocaat te Amsterdam, en het Commissariaat, vertegenwoordigd door mr. N. van den Brink, werkzaam bij het Commissariaat, bijgestaan door mr. G.H.L. Weesing, advocaat te Amsterdam, zijn verschenen.

2. Overwegingen

2.1.

Ingevolge artikel 9.5 van de Mediawet 2008 blijft voor overtredingen van het bepaalde bij of krachtens de Mediawet zoals die wet luidde op de dag voorafgaande aan het tijdstip waarop deze wet in werking treedt, en ten aanzien van voor het tijdstip van

inwerkingtreding van deze wet aangevangen bezwaar- en beroepsprocedures de Mediawet zoals die wet luidde op de dag voorafgaande aan het tijdstip waarop deze wet in werking treedt, van toepassing.

Ingevolge artikel 1, aanhef en onder II, van de Mediawet wordt verstaan onder het sponsoren van een programma-onderdeel: het verstrekken van financiële of andere bijdragen door een overheidsbedrijf of particuliere onderneming die zich gewoonlijk niet bezighoudt met omroepactiviteiten of met de vervaardiging van audiovisuele producties, ten behoeve van de totstandkoming of aankoop van een programma-onderdeel, teneinde de uitzending daarvan als programma-onderdeel te bevorderen of mogelijk te maken.

Ingevolge artikel 52a, eerste lid, worden programma-onderdelen van instellingen die zendtijd hebben verkregen niet gesponsord.

Ingevolge het tweede lid is het eerste lid niet van toepassing op:

a.

programma-onderdelen van culturele aard;

b.

programma-onderdelen, bestaande uit het verslag of de weergave van een of meer sportevenementen of sportwedstrijden;

c.

programma-onderdelen bestaande uit het verslag of de weergave van evenementen ten behoeve van ideële doeleinden.

Ingevolge het derde lid worden programma-onderdelen als bedoeld in het tweede lid niet gesponsord indien:

a.

deze geheel of gedeeltelijk bestaan uit nieuws, actualiteiten of politieke informatie; of

b.

in het bijzonder zijn bestemd voor minderjarigen beneden de leeftijd van twaalf jaar.

Ingevolge artikel 55, eerste lid, zijn instellingen die zendtijd hebben verkregen met al hun activiteiten, behoudens het bepaalde in de artikelen 26, 43a, 52 en 52b, niet dienstbaar aan het maken van winst door derden. Desgevraagd tonen zij dit ten genoegen van het Commissariaat voor de Media aan.

Ingevolge artikel 134, eerste lid, aanhef en onder a, voor zover hier van belang, is het Commissariaat voor de Media belast met de bestuursrechtelijke handhaving van het bepaalde bij of krachtens hoofdstuk III houdende onder meer, de artikelen 52a en 55 van de Mediawet.

Ingevolge artikel 135, eerste lid, aanhef en onder b, voor zover hier van belang, kan het Commissariaat, de verzorger van een programma dat door middel van een omroepzender of een omroepnetwerk wordt uitgezonden, de aanbieder van een omroepzender of een omroepnetwerk een bestuurlijke boete opleggen van ten hoogste € 135.000 per overtreding, bij overtreding van het bepaalde bij of krachtens de artikelen 52a en artikel 55.

Ter invulling van zijn bevoegdheid tot bestuursrechtelijke handhaving op grond van onder meer artikel 135 van de Mediawet heeft het Commissariaat de Beleidslijn sanctiemaatregelen 2007 (*Stcrt.* 2006, 133, laatstelijk gewijzigd bij *Stcrt.* 2007, 74; hierna: de Beleidslijn) vastgesteld.

Volgens artikel 2.4 hanteert het Commissariaat voor de vaststelling van de hoogte van de bestuurlijke boete, met inachtneming van de in artikel 135 van de Mediawet neergelegde boetemaxima, 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 boeteverhogende en boeteverlagende omstandigheden wordt vervolgens de hoogte van de boete vastgesteld. De vaststelling van de boetecategorie laat de mogelijkheid onverlet dat door toepassing van artikel 2.14 en/of aanwezigheid van boeteverhogende en boeteverlagende factoren buiten de berekeningsmethodiek en/of de bandbreedte van de desbetreffende boetecategorie wordt getreden.

Volgens het bij artikel 2.4 opgenomen schema geldt bij een zeer ernstige overtreding van de artikelen bedoeld in artikel 135, eerste lid, aanhef en onder b, van de Mediawet door een publieke landelijke omroep, een bandbreedte tussen de € 80.000 en € 135.000.

Volgens artikel 2.7 is een zeer ernstige overtreding een overtreding waarbij zich, voor zover hier van belang, een of meer van de volgende omstandigheden voordoen:

—

een omroepinstelling heeft de beginselen van non-commercialiteit, bijvoorbeeld het dienstbaarheidsverbod en onafhankelijkheid in aanzienlijke mate geschonden;

—

andere omstandigheden die de overtreding naar oordeel van het Commissariaat zeer ernstig maken.

Volgens artikel 2.10, voor zover hier van belang, bepaalt het Commissariaat de hoogte van de boete binnen de bandbreedte van de desbetreffende boetecategorie aan de hand van de omstandigheden als genoemd in artikel 2.7. Bij de vaststelling van de hoogte van de boete binnen de bij de overtreding horende bandbreedte wordt in beginsel uitgegaan van het midden van de bandbreedte.

Volgens artikel 2.12 neemt het Commissariaat bij de vaststelling van de hoogte van de boete boeteverhogende en boeteverlagende omstandigheden in aanmerking.

Volgens die bepaling, voor zover hier van belang, zijn boeteverhogende omstandigheden onder meer:

—

de omstandigheid dat er sprake is van recidive van een 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.

Volgens die bepaling, voor zover hier van belang, zijn boeteverlagende omstandigheden onder meer:

—

de omstandigheid dat de interpretatie van de geschonden norm niet eerder is betrokken in het toezichtsbeleid van het Commissariaat;

—

de omstandigheid dat de overtreding heeft plaatsgevonden hoewel de overtreder voorzorgsmaatregelen had getroffen.

Volgens artikel 2.16 fungeert de in de artikelen 2.4 tot en met 2.12 neergelegde berekeningsmethodiek voor de bepaling van de hoogte van boetes als leidraad en niet als dwingend voorschrift. In daarvoor naar het oordeel van het Commissariaat in aanmerking komende omstandigheden kan van die methodiek worden afgeweken.

2.2.

De TROS heeft van 25 februari 2008 tot en met 31 mei 2009 iedere werkdag twee maal het kinderprogramma 'Bibaboerderij' (hierna: het kinderprogramma) uitgezonden. Dit programma heeft als doelgroep kinderen van 2 tot en met 6 jaar. In totaal zijn 130 op zichzelf staande afleveringen gemaakt met een lengte van 14 minuten en 30 seconden.

Bij het in bezwaar gehandhaafde besluit heeft het Commissariaat aan de TROS een boete opgelegd van € 135.000 wegens overtreding van het sponsorverbod. Daartoe heeft het, samengevat weergegeven, overwogen dat uit ter beschikking gestelde overeenkomsten volgt dat Schuitema N.V., exploitante van de supermarktketen C-1000, uiteindelijk de productiekosten van het kinderprogramma heeft gedragen en dat de TROS het kinderprogramma zodoende niet tegen een marktconforme vergoeding, maar om niet, heeft verkregen. Het Commissariaat heeft de bijdrage van Schuitema aangemerkt als sponsorbijdrage in de zin van de Mediawet, omdat door de betaling van Schuitema aan Bibaboerderij B.V. (hierna: Biba B.V.) feitelijk de productie van het programma mogelijk wordt gemaakt. Nu het kinderprogramma niet onder een van de in artikel 52a, tweede lid, van de Mediawet opgenomen uitzonderingen valt, is daarmee het sponsorverbod overtreden, aldus het Commissariaat. Het Commissariaat heeft met inachtneming van de Beleidslijn de overtreding van het sponsorverbod als zeer ernstig gekwalificeerd, omdat de TROS 130 afleveringen feitelijk om niet heeft verkregen. Het heeft de omstandigheid dat het kinderprogramma als doelgroep kinderen van jonger dan twaalf kent als boeteverhogende omstandigheid in aanmerking genomen. Het Commissariaat heeft op grond hiervan het boetemaximum gehanteerd.

Bij hetzelfde besluit heeft het Commissariaat aan de TROS een boete opgelegd van € 135.000 wegens overtreding van het dienstbaarheidsverbod. Daartoe heeft het, samengevat weergegeven, overwogen dat de TROS met het uitzenden van het kinderprogramma, Schuitema en Biba B.V. in de gelegenheid heeft gesteld om op grote schaal het concept 'Bibaboerderij' onder de aandacht van het publiek te brengen. Uit de ter beschikking gestelde overeenkomsten leidt het Commissariaat af dat het (doen) uitzenden van het kinderprogramma en het vervolgens op de markt brengen van de 'Bibaproducten' zorgvuldig op elkaar zijn afgestemd. Door tweemaal daags en derhalve met grote nadruk het kinderprogramma uit te zenden, heeft de TROS het concept 'Bibaboerderij' onder de aandacht van de primaire doelgroep gebracht en heeft zij zodoende bijgedragen aan de

totstandkoming en het op de markt brengen van producten van commerciële derden. De merchandising is niet om het kinderprogramma is ontstaan, maar het kinderprogramma heeft gediend als platform voor de lancering van de merchandising die behoort bij het concept 'Bibaboerderij'. Aldus is de TROS niet binnen de marges van normaal economisch handelen gebleven en heeft zij volgens het Commissariaat het dienstbaarheidverbod overtreden. Het Commissariaat heeft met inachtneming van de Beleidslijn de overtreding van het dienstbaarheidverbod als zeer ernstig gekwalificeerd wegens de omvang van het commerciële belang dat derden hebben gehad bij de uitzending van het kinderprogramma. De combinatie van de afspraken tussen alle partijen en het in de markt zetten van het concept 'Bibaboerderij' met als essentieel middel daartoe de uitzending van het kinderprogramma en de omstandigheid dat de TROS al diverse malen wegens overtreding van het dienstbaarheidverbod een bestuurlijke boete opgelegd heeft gekregen, heeft het Commissariaat als boeteverhogende omstandigheden meegenomen. Het Commissariaat heeft onder verwijzing naar die boeteverhogende omstandigheden het boetemaximum gehanteerd.

2.3.

De rechtbank heeft wat de overtreding van het sponsorverbod betreft, geoordeeld dat het Commissariaat zich ten onrechte op het standpunt heeft gesteld dat uit de bepalingen van de Mediawet volgt dat reeds door het onder de kostprijs verwerven van een televisieprogramma schending van het sponsorverbod is gegeven. Verder heeft zij geoordeeld dat het Commissariaat niet aannemelijk heeft gemaakt dat Schuitema, als particuliere onderneming die zich gewoonlijk niet bezighoudt met omroepactiviteiten of met de vervaardiging van audiovisuele producties een financiële of andere bijdrage heeft verstrekt ten behoeve van de totstandkoming of aankoop van een programma-onderdeel. Het Commissariaat heeft zich ten onrechte bevoegd geacht om wegens overtreding van het sponsorverbod een boete aan de TROS op te leggen, aldus de rechtbank.

De rechtbank heeft wat de overtreding van het dienstbaarheidverbod betreft, geoordeeld dat het Commissariaat aannemelijk heeft gemaakt dat de TROS feitelijk geen vergoeding heeft behoeven betalen voor het exclusieve uitzendrecht van een kwalitatief hoogwaardig kinderprogramma. Het Commissariaat heeft volgens de rechtbank verder terecht het standpunt mogen innemen dat de TROS door het uitzenden van het kinderprogramma aan Schuitema een platform heeft geboden om meer dan normale winst te behalen. Het Commissariaat heeft zich onder de gegeven omstandigheden terecht bevoegd geacht een boete op te leggen wegens overtreding van het dienstbaarheidverbod, aldus de rechtbank. De rechtbank heeft in dit verband het beroep van de TROS op het vertrouwens- en gelijkheidsbeginsel gemotiveerd verworpen. Zij heeft verder geoordeeld dat de door het Commissariaat opgelegde maximum boete niet onredelijk hoog is. Niet is gebleken van andere omstandigheden op grond waarvan het Commissariaat had moeten afzien van het opleggen van een boete, dan wel de boete had moeten matigen. De hoogte van de boete staat zodoende in redelijke verhouding tot de geconstateerde overtreding, aldus de rechtbank.

2.4.

Evenals de rechtbank gaat de Afdeling bij haar oordeel uit van de volgende feiten en omstandigheden.

Global Star Media (hierna: GSM) heeft op grond van een tussen de TROS, GSM en Biba B.V. gesloten productieovereenkomst (hierna: productieovereenkomst 1) voor eigen rekening en risico het kinderprogramma geproduceerd. De TROS is op grond van productieovereenkomst 1 een bedrag aan productiekosten verschuldigd aan GSM dat zij overeenkomstig het in die productieovereenkomst vermelde betalingsritme dient te voldoen.

Op grond van een tussen de TROS, GSM en Biba B.V. gesloten royaltyovereenkomst zal GSM aan de TROS 10% royalty betalen over de opbrengsten van de exploitatie door GSM met een maximum bedrag. TROS ontvangt van GSM een niet-verrekenbaar en niet-terugvorderbaar voorschot op deze royaltyvergoeding. Dit door TROS van GSM te ontvangen bedrag is gelijk aan het bedrag aan productiekosten dat TROS op grond van de productieovereenkomst 1 is verschuldigd aan GSM.

Op grond van een op 15 mei 2008 tussen Biba B.V. en Schuitema gesloten licentieovereenkomst betaalt Schuitema jaarlijks een licentievergoeding aan Biba B.V. De licentieovereenkomst is in beginsel aangegaan voor een periode van drie jaar. Biba B.V. heeft bij die overeenkomst, kort gezegd, aan Schuitema het exclusieve recht verleend om het concept 'Bibaboerderij' ten behoeve van het levensmiddelendetailhandel- en drogisterijkanaal in Nederland te gebruiken in het kader van de C1000-winkelformule. Biba B.V. heeft zich in de licentieovereenkomst verder verplicht om door de TROS televisie-uitzendingen te laten verzorgen voor de Nederlandse markt. De licentieovereenkomst kon direct worden beëindigd, indien die uitzendingen niet of niet meer zouden plaatsvinden.

Op grond van een tussen GSM en Biba B.V. gesloten productieovereenkomst (hierna: productieovereenkomst 2) heeft Biba B.V. aan GSM opdracht gegeven tot het produceren van 130 afleveringen van het kinderprogramma. Voor die productie brengt GSM aan Biba B.V. een bedrag in rekening. Dat bedrag is nagenoeg gelijk aan het bedrag dat Schuitema over drie jaren als licentievergoeding verschuldigd is aan Biba B.V.

Het hoger beroep van het Commissariaat

2.5.

Het hoger beroep van het Commissariaat is gericht tegen de uitspraak van de rechtbank voor zover zij daarbij het beroep van de TROS gegrond heeft verklaard, het besluit op bezwaar van 20 juli 2010, wat de overtreding van het sponsorverbod betreft, heeft vernietigd en in zoverre het besluit van 20 oktober 2009 heeft herroepen.

2.6.

Het Commissariaat voert aan dat de rechtbank ten onrechte een tekstuele uitleg van artikel 52a, eerste lid, van de Mediawet voorstaat die niet is te rijmen met de uitdrukkelijke bedoeling van de wetgever, zoals volgt uit de geschiedenis van de totstandkoming van het sponsorverbod. Uit die geschiedenis volgt volgens het Commissariaat dat ook in het geval het programma-onderdeel zelf, zoals in dit geval, onder de kostprijs ter uitzending wordt aangeboden, sprake is van sponsoring. Het Commissariaat betoogt dat de rechtbank ten onrechte niet heeft onderkend dat de TROS geen marktconforme vergoeding heeft betaald voor de uitzendrechten van het kinderprogramma en dat als gevolg daarvan overtreding van het sponsorverbod heeft plaatsgevonden. Dat productieovereenkomst 1 eerder zou zijn gesloten dan de licentieovereenkomst doet aan die conclusie niet af. De TROS behoorde zich, bij het sluiten van productieovereenkomst 1, gelet op de door haar te betalen zeer geringe vergoeding, ervan bewust te zijn dat de productiekosten overwegend werden betaald door een derde waardoor een verboden sponsoring aan de orde was. Daarbij merkt het Commissariaat op dat de door de TROS gesloten overeenkomsten niet zijn gedateerd, hetgeen in het normale maatschappelijke verkeer bevreemdend wekt. Verder is de sponsoring volgens het Commissariaat ook gerealiseerd in de licentieovereenkomst, waarin is overeengekomen dat Schuitema een bedrag zou betalen dat gelijk was aan de totale productiekosten. De rechtbank gaat hier ten onrechte aan voorbij door te overwegen dat Schuitema feitelijk slechts de helft van het overeengekomen bedrag heeft betaald en voor dit bedrag het exclusieve recht heeft verkregen om een hoeveelheid merchandise-producten op de markt te brengen. De rechtbank heeft dan ook ten onrechte geoordeeld dat de relatie tussen de betalingen door Schuitema en de financiering van de productiekosten van de serie niet aannemelijk is geworden. Verder is hierbij volgens het Commissariaat van belang dat de TROS geen gebruik heeft gemaakt van de haar ten dienste staande mogelijkheden om te voorkomen dat een met de Mediawet strijdige situatie zou ontstaan. Dit klemt temeer nu in de licentieovereenkomst een zorgvuldige afstemming heeft plaatsgevonden wat het 'doen' uitzenden van het kinderprogramma betreft. De rechtbank heeft ten onrechte geoordeeld dat het niet bevoegd was aan de TROS een boete op te leggen wegens overtreding van het in artikel 52a, eerste lid, van de Mediawet neergelegde sponsorverbod, aldus het Commissariaat.

2.6.1.

Uit de geschiedenis van de totstandkoming van het in artikel 52a, eerste lid, van de Mediawet neergelegde sponsorverbod ([Kamerstukken II 1993/94, 23 752, nr. 3](#), p. 7/8) volgt dat de bijdrage aan de totstandkoming of aankoop van een programma-onderdeel van financiële, maar ook van materiële aard kan zijn. Daarbij kan volgens de wetgever bijvoorbeeld worden gedacht aan het om niet of onder de kostprijs ter beschikking stellen van goederen, faciliteiten of personen. Het is ook mogelijk dat het programma-onderdeel zelf onder de kostprijs ter uitzending wordt aangeboden. Ook in dat geval is sprake van sponsoring door de aanbieder van het programma. De bijdragen die worden geleverd door de (omroep)instelling die het programma-onderdeel verzorgt, of door de producent die zij met productie van het programma-onderdeel belast, kunnen uiteraard niet als sponsoring worden aangemerkt, aldus de wetgever.

Uit artikel 1, onder II, van de Mediawet volgt, voor zover hier van belang, dat sponsoring geschiedt door het verstrekken van een financiële of andere bijdrage door een particuliere onderneming die zich niet bezighoudt met omroepactiviteiten of vervaardiging van audiovisuele producties. De verstrekking van die financiële of andere bijdrage dient, gelet op genoemde bepaling, ten behoeve van de totstandkoming of aankoop van een programma-onderdeel te worden verstrekt, teneinde de uitzending daarvan als programma-onderdeel te bevorderen of mogelijk te maken.

2.6.2.

Hoewel uit de onder 2.4 genoemde feiten en omstandigheden valt af te leiden dat de TROS het kinderprogramma, gelet op de royaltyovereenkomst gelezen in verbinding met productieovereenkomst 1, feitelijk om niet aangeboden heeft gekregen, leidt dat niet, zoals het Commissariaat onder verwijzing naar de wetsgeschiedenis betoogt, reeds om die reden tot het oordeel dat overtreding van het sponsorverbod heeft plaatsgevonden.

De op grond van de royaltyovereenkomst verschuldigde bijdrage van GSM aan de TROS is, gelet op de in artikel 1, onder II, van de Mediawet neergelegde definitie, niet als sponsoring aan te merken. De rechtbank heeft verder op goede gronden geoordeeld dat het Commissariaat niet aannemelijk heeft gemaakt dat een relatie bestaat tussen de op grond van de licentieovereenkomst door Schuitema verschuldigde licentievergoeding aan Biba B.V. en de financiering van de productiekosten van het programma-onderdeel. De rechtbank heeft daarbij terecht in aanmerking genomen dat Schuitema voor de door haar verschuldigde vergoeding een exclusief recht heeft verkregen om een hoeveelheid merchandise-producten op de markt te brengen. Zoals de rechtbank terecht heeft overwogen, vertegenwoordigt dat recht een zelfstandige marktwaarde. Het Commissariaat heeft dit niet weersproken. Dat de totale, door Schuitema over drie jaar verschuldigde, licentievergoeding nagenoeg gelijk is aan de totale productiekosten van het kinderprogramma zoals volgt uit productieovereenkomst 2, leidt niet tot een ander oordeel. De rechtbank heeft hierbij met juistheid in aanmerking genomen dat Schuitema feitelijk slechts de helft van de totale licentievergoeding heeft voldaan, omdat de verschuldigdheid van de licentievergoeding samenhangt met de uitzending van het kinderprogramma. Hierbij neemt de Afdeling in aanmerking dat, gezien de datum waarop de uitzending van het kinderprogramma is aangevangen en de datum van de licentieovereenkomst op 15 mei 2008, aannemelijk is dat een deel van de licentievergoeding feitelijk pas is betaald nadat de afleveringen waren geproduceerd en deels uitgezonden.

Het betoog van het Commissariaat dat de TROS zich bij het sluiten van de productieovereenkomst 1, gelet op de geringe vergoeding voor het kinderprogramma, ervan bewust behoorde te zijn dat de overige productiekosten zouden worden betaald door een derde waardoor een verboden sponsoring aan de orde was, faalt. Het betoog strekt ertoe dat de TROS zich bewust had behoren te zijn van een overtreding van het sponsorverbod, althans het risico daarvan, doch maakt die overtreding niet aannemelijk.

2.6.3.

Het voorgaande leidt tot de slotsom dat de rechtbank op goede gronden heeft geoordeeld dat het Commissariaat niet aannemelijk heeft gemaakt dat Schuitema als particuliere onderneming die zich gewoonlijk niet bezighoudt met omroepactiviteiten of met de vervaardiging van audiovisuele producties, een financiële of andere bijdrage heeft verstrekt aan de TROS ten behoeve van de totstandkoming of aankoop van het kinderprogramma. Naar het oordeel van de Afdeling is de rechtbank dan ook terecht tot de conclusie gekomen dat het Commissariaat zich onder de gegeven feiten en omstandigheden ten onrechte op het standpunt heeft gesteld dat het sponsorverbod is overtreden.

2.7.

Het hoger beroep van het Commissariaat is ongegrond.

Het hoger beroep van de TROS

2.8.

Het hoger beroep van de TROS is gericht tegen de uitspraak van de rechtbank voor zover daarbij het beroep gericht tegen het besluit van 10 juli 2010 voor zover dat ziet op de overtreding van het dienstbaarheidverbod, ongegrond is verklaard.

2.9.

De Afdeling zal het betoog van de TROS dat de rechtbank heeft miskend dat het besluit waarbij zowel een boete voor overtreding van het sponsorverbod als voor overtreding van het dienstbaarheidverbod is opgelegd in strijd is met het verbod van ne bis in idem buiten beschouwing laten, omdat de TROS geen belang heeft bij de behandeling van dat betoog. Het hoger beroep van het Commissariaat, gericht tegen de aangevallen uitspraak voor zover deze ziet op overtreding van het sponsorverbod is ongegrond verklaard en de rechtbank heeft het besluit tot oplegging van de boete terecht in zoverre herroepen.

2.10.

De TROS betoogt dat de rechtbank ten onrechte heeft geoordeeld dat het Commissariaat zich op het standpunt mocht stellen dat zij het in artikel 55, eerste lid, van de Mediawet neergelegde dienstbaarheidverbod heeft overtreden. De TROS wijst op de geschiedenis van de totstandkoming van het in artikel 55, eerste lid, van de Mediawet neergelegde dienstbaarheidverbod, waaruit volgens haar volgt dat met het dienstbaarheidverbod nimmer is beoogd het de omroeporganisaties onmogelijk te maken op normale wijze deel te nemen aan het economisch verkeer, of hen aansprakelijk te stellen voor activiteiten van derden, zoals merchandising, waaraan door de omroeporganisaties niet actief wordt meegewerkt.

De rechtbank heeft bij haar oordeel ten onrechte van belang geacht dat zij het kinderprogramma om niet zou hebben verkregen. De TROS heeft voor beperkte uitzendrechten, namelijk uitzending voor de beperkte periode van drie jaar voor het beperkte territorium Nederland, een vergoeding betaald. Daarnaast heeft de TROS een percentage van de DVD- en CD-opbrengsten bedongen, omdat uitzending van het kinderprogramma nu eenmaal een stimulerende invloed op de verkoop daarvan heeft. Niet valt in te zien waarom een omroep geen rekening zou mogen houden met dit extra voordeel voor de producent, aldus de TROS. Met deze afspraak heeft zij willen voorkomen dat alleen de producent voordeel zou genieten van de uitzending. De rechtbank heeft volgens de TROS bij haar oordeel voorts ten onrechte van belang geacht dat met uitzending van het kinderprogramma een platform is geboden om meer dan normale winst te behalen. De rechtbank verliest daarbij uit het oog dat het inherent is aan uitzending van programma's op televisie dat een bekendheid optreedt die een stimulerende invloed heeft op de verkoop van aan het programma ontleende producten. De TROS heeft zich daarmee niet dienstbaar gesteld aan het behalen van meer dan normale winst door een derde en dat heeft zij ook niet nagestreefd. Zij heeft geen contact gehad met Schuitema en zij heeft zich evenmin verplicht tot uitzending van het kinderprogramma. De rechtbank heeft volgens de TROS bij de vaststelling van de overtreding verder ten onrechte in aanmerking genomen dat de afspraken tussen Biba B.V. en Schuitema afhankelijk waren van de uitzending door haar van het kinderprogramma. De licentieovereenkomst is te kwalificeren als een klassieke merchandise-overeenkomst, waarbij de TROS geen partij is en die eerst ruim een jaar nadat de uitzending door de TROS vaststond, werd gesloten. Dat Biba B.V. een risico neemt en Schuitema uitzending garandeert, regardeert de TROS niet. Volgens de TROS heeft de rechtbank voorts ten onrechte overwogen dat zij iedere controle op het gebruik van het format achterwege heeft gelaten, nadat de uitzendingen waren gestart.

Verder betoogt de TROS dat de rechtbank ten onrechte heeft geoordeeld dat meer dan normale winst is behaald door derden. Bij de uitzending van het kinderprogramma door de TROS is geen van de door Schuitema op de markt gebrachte merchandise-producten getoond, omdat deze producten van latere datum zijn. De door Schuitema behaalde winst met het op de markt brengen van merchandise-producten is te beschouwen als normale winst, omdat televisie nu eenmaal een stimulerende invloed heeft op de verkoop van producten. Volgens de wetgever stuit dit niet op bezwaren, mits het streven van de omroeporganisatie daar niet op is gericht. Bovendien heeft het Commissariaat niet aangetoond op welk moment de TROS in strijd zou hebben gehandeld met het dienstbaarheidverbod en vanaf welk moment normale winst is omgeslagen naar meer dan normale winst. De rechtbank heeft ten onrechte niet onderkend dat de bewijslast in deze rust bij het Commissariaat, aldus de TROS.

2.10.1.

Volgens de geschiedenis van de totstandkoming van de Mediawet (*Kamerstukken II 1984/85, 19 136, nr. 1-3*, p. 55) blijven de uitgangspunten van het landelijk omroepbestel, namelijk pluriformiteit, openheid en non-commercialiteit onverkort

gehandhaafd in het wetsvoorstel. Volgens de wetgever zijn er functioneringsvoorschriften opgenomen waaraan omroepverenigingen zich dienen te houden, zoals het verzorgen van een volledig programma en het niet dienstbaar zijn aan reclamedoelinden, teneinde recht te doen aan de uitgangspunten van non-commercialiteit en pluriformiteit. In de geschiedenis van de totstandkoming van het in artikel 55, eerste lid, van de Mediawet neergelegde dienstbaarheidverbod (TK 1984/85, 19 136, nrs. 1-3, p. 116) is met betrekking tot het niet dienstbaar zijn aan het maken van winst door derden opgemerkt dat, zoals ook onder de Omroepwet, normaal economisch handelen in beginsel is toegestaan, ook als dat winst voor derden ten gevolge heeft. Het Commissariaat kan volgens de wetgever ingrijpen indien er naar zijn oordeel, geen sprake is van normaal economisch handelen en meer dan normale winst wordt gemaakt.

2.10.2.

Zoals uit de onder 2.4 genoemde feiten en omstandigheden valt af te leiden, heeft de TROS het kinderprogramma, anders dan zij betoogt, gelet op de royaltyovereenkomst gelezen in verbinding met productieovereenkomst 1, feitelijk om niet aangeboden gekregen. Dat de TROS een bepaald bedrag ten behoeve van de productie van het kinderprogramma verschuldigd is en dat zij een bepaalde vergoeding heeft bedongen voor royalty's, leidt op zichzelf niet reeds tot het oordeel dat het dienstbaarheidverbod is overtreden. De TROS heeft evenwel onvoldoende verklaring gegeven voor het feit dat het bedrag aan productiekosten, zoals volgt uit productieovereenkomst 1, gelijk is aan het niet-verrekenbare en niet-terugvorderbare voorschot dat de TROS overeenkomstig de royaltyovereenkomst ontvangt van GSM. De TROS heeft in dit verband geen uitleg kunnen geven omtrent de motieven voor het feitelijk om niet verkrijgen van het kinderprogramma. Evenmin heeft zij duidelijkheid verschaft omtrent de prestatie harerzijds die daar tegenover is gesteld, waarbij van belang is dat de TROS volgens productieovereenkomst 1 niet verplicht was tot uitzending van het kinderprogramma en dat de TROS naar zij in rechte herhaaldelijk heeft beklemtoond, zich ook anderszins niet tot uitzendingen heeft verplicht. De rechtbank heeft deze omstandigheden, anders dan de TROS betoogt, terecht bij haar oordeel betrokken. Voorts heeft de TROS niet aannemelijk gemaakt dat het haar toekomende passende en gebruikelijke aandeel in de opbrengsten van de verkoop van DVD's en CD's van het kinderprogramma ongeveer gelijk zou zijn aan een door haar verschuldigde passende en gebruikelijke vergoeding voor de productie van een door haar uitgezonden kwalitatief hoogwaardig kinderprogramma.

De rechtbank heeft voorts op goede gronden overwogen dat het Commissariaat zich op het standpunt mocht stellen dat de TROS door twee maal per werkdag het kinderprogramma uit te zenden, het concept 'Bibaboerderij' op intensieve wijze onder de aandacht van het publiek heeft gebracht en daarmee heeft bijgedragen aan de totstandkoming en het op de markt brengen van producten van een commerciële derde. Hierbij heeft het Commissariaat, zoals de rechtbank heeft overwogen, in aanmerking mogen nemen dat uitzending van het kinderprogramma in februari 2008 is aangevangen en dat daarmee en gezien de frequentie van de uitzendingen het concept 'Bibaboerderij' en de karakters bekend waren bij het publiek alvorens in mei 2008 merchandising van Schuitema op de markt is verschenen. Het Commissariaat heeft daarbij mogen meewegen dat hoewel de TROS geen partij is bij de tussen Biba B.V. en Schuitema gesloten licentieovereenkomst, deze tendeert naar betrokkenheid van de TROS bij die contractuele relatie. De TROS is met naam genoemd in de licentieovereenkomst en in die overeenkomst is tevens de bepaling opgenomen dat Schuitema zowel Biba B.V. als de TROS vrijwaart tegen schade, waaronder een door het Commissariaat opgelegde boete. Dat die bepaling, zoals de TROS ter zitting heeft verklaard, is opgenomen in verband met verboden reclame, overtuigt gezien de ruime formulering van die bepaling niet. In de licentieovereenkomst is verder, zoals het Commissariaat heeft gesteld, de uitzending van het kinderprogramma door de TROS als ontbindende voorwaarde ten behoeve van Schuitema opgenomen, waarmee het succes van de merchandising mede is gekoppeld aan de uitzending van het kinderprogramma.

Deze feiten en omstandigheden leiden in onderlinge samenhang bezien en bezien in het licht van het door de wetgever in de Mediawet tot uitdrukking gebrachte uitgangspunt van non-commercialiteit tot het oordeel dat het Commissariaat ten minste het gegronde vermoeden kon hebben dat de TROS zich dienstbaar heeft gemaakt aan het maken van winst door Schuitema. Het Commissariaat heeft daarmee, anders dan de TROS betoogt, voldaan aan de op hem rustende bewijslast. Gezien de redactie van artikel 55, eerste lid, van de Mediawet ligt het vervolgens op de weg van de TROS te staven dat dat vermoeden onjuist is. Naar het oordeel van de Afdeling is zij daar niet in geslaagd. Dat televisie nu eenmaal een stimulerende invloed heeft op de verkoop van producten, zoals de TROS betoogt, leidt gezien de omstandigheden waaronder de uitzending van het kinderprogramma in dit geval tot stand is gekomen, niet tot een ander oordeel.

De Afdeling is met de rechtbank van oordeel dat het Commissariaat bevoegd was een boete op te leggen wegens overtreding van artikel 55, eerste lid, van de Mediawet. Dat de TROS, naar zij stelt, niet actief heeft meegewerkt aan het in de markt zetten van merchandising, wat daar ook van zij, leidt niet tot een ander oordeel nu opzet geen vereiste is voor overtreding van het in artikel 55, eerste lid, van de Mediawet neergelegde verbod.

Het betoog van de TROS faalt.

2.11.

De TROS voert vervolgens aan dat het Commissariaat met het besluit tot opleggen van een boete wegens overtreding van het dienstbaarheidverbod in strijd met het gelijkheidsbeginsel heeft gehandeld. De TROS heeft gewezen op diverse uitgezonden kinderprogramma's in verband waarmee eveneens merchandise-producten op de markt zijn gebracht. In die gevallen heeft de derde die de merchandise-producten op de markt heeft gebracht geprofiteerd van de bekendheid van de uitgezonden televisieserie. Daarbij is anders dan de rechtbank heeft geoordeeld niet relevant of in die gevallen door de betreffende omroepen niets zou zijn betaald voor de uitzendrechten, dan wel wat de hoogte van de vergoeding van die uitzendrechten was. Het door het Commissariaat gemaakte onderscheid tussen binnenlandse en buitenlandse programma's is in dit verband evenmin relevant, aldus de TROS.

2.11.1.

Het Commissariaat heeft zich in het bij de rechtbank bestreden besluit gemotiveerd op het standpunt gesteld dat de door de TROS aangehaalde kinderprogramma's in verband waarmee eveneens merchandise-producten op de markt zijn gebracht niet vergelijkbaar zijn met dit geval. Het Commissariaat heeft daarbij van belang geacht dat de door de TROS genoemde kinderprogramma's voornamelijk kinderprogramma's uit het buitenland betreffen, die al eerder zijn uitgezonden en waarvoor een uitzendlicentie is gekocht. Die kinderprogramma's zijn dan ook niet, zoals in dit geval, om niet verkregen. Verder is in verband met die kinderprogramma's een veelheid aan merchandise-producten door verschillende aanbieders op de markt gebracht en zijn die kinderprogramma's niet zo herkenbaar aan één winkelketen verbonden, aldus het Commissariaat. Het Commissariaat heeft wat de verwijzing van de TROS naar het kinderprogramma 'Zandkasteel' betreft, overwogen dat in verband met dat programma ook merchandising heeft plaatsgevonden, maar dat deze merchandising een door het Commissariaat beoordeelde en goedgekeurde nevenactiviteit van de omroep zelf betrof. Het Commissariaat heeft zich tevens op het standpunt gesteld dat het in dit geval is overgegaan tot het opleggen van een boete wegens de zeer specifieke omstandigheden, althans wegens een samenstel van omstandigheden dat in meer opzichten afwijkt van hetgeen in Nederland voor een publieke omroepinstelling te doen gebruikelijk is.

Naar het oordeel van de Afdeling heeft de rechtbank, gezien het gemotiveerde standpunt van het Commissariaat, het beroep van de TROS op het gelijkheidsbeginsel op goede gronden verworpen. Daarbij heeft de rechtbank terecht van belang geacht dat de TROS niet aannemelijk heeft gemaakt dat de door haar genoemde gevallen op relevante punten gelijk zijn aan dit geval. De door de TROS overgelegde voorbeelden van merchandise-producten vergezeld van de enkele stelling dat ook bij andere kinderprogramma's merchandising plaatsvindt, zijn daarvoor gezien het gemotiveerde standpunt van het Commissariaat onvoldoende. De TROS heeft ter zitting van de Afdeling nog gewezen op het kinderprogramma 'Nijntje' in verband waarmee eveneens merchandising plaatsvindt. Het Commissariaat heeft in dat verband het standpunt ingenomen dat dit kinderprogramma is voortgekomen uit een kinderboek en dat de karakters uit dat kinderprogramma daarom reeds bekendheid genoten. Om die reden is die situatie volgens het Commissariaat niet vergelijkbaar met de situatie waarin met de uitzending van het kinderprogramma een nieuw concept bij het publiek wordt gepresenteerd en daarmee wordt bijgedragen aan de totstandkoming en het op de markt brengen van producten van een commerciële derde. Naar het oordeel van de Afdeling heeft het Commissariaat daarmee voldoende gemotiveerd dat de vergelijking met het kinderprogramma 'Nijntje' de TROS niet baat.

Het betoog faalt.

2.12.

De TROS betoogt verder dat de rechtbank heeft miskend dat het besluit tot oplegging van een boete in strijd is met het vertrouwens- en rechtszekerheidsbeginsel. Hoewel het Commissariaat geen ondubbelzinnige toezegging heeft gedaan, hanteert het sinds decennia een vaste uitleg van de wet en op basis daarvan een vaste gedragslijn. Het Commissariaat heeft immers sinds zijn oprichting in 1988 nog nooit een boete opgelegd wegens het feit dat derden de merken en karakters van een televisieserie na uitzending exploiteerden door het op de markt brengen van merchandise-producten. Nu in zoveel gelijke gevallen geen boete is opgelegd, mocht de TROS erop vertrouwen dat de exploitatie van het kinderprogramma niet in strijd is met het in artikel 55, eerste lid, van de Mediawet neergelegde dienstbaarheidverbod.

2.12.1.

Gelet op hetgeen onder 2.11.1 is overwogen, valt niet in te zien dat de omstandigheid dat, naar stelling van de TROS, het Commissariaat niet eerder een boete heeft opgelegd die verband hield met merchandising door een commerciële derde van in een programma figurerende karakters, bij haar de gerechtvaardigde verwachting mocht wekken dat het Commissariaat ook in dit geval zou afzien van het opleggen van een boete. Zoals hiervoor overwogen, wijkt dit geval op relevante punten af van de door de TROS genoemde precedentes. De Afdeling wijst in dit verband op haar uitspraak van 22 december 2010 in zaak nr. 201004169/1/H3.

Het betoog faalt.

2.13.

De TROS voert aan dat de rechtbank ten onrechte heeft geoordeeld dat de hoogte van de boete in redelijke verhouding staat tot de ernst van de overtreding en de mate van verwijtbaarheid.

Volgens de TROS ontbreekt iedere verwijtbaarheid. Zij heeft in haar overeenkomst met de producent namelijk expliciet neergelegd dat de regels van de Mediawet in acht dienen te worden genomen en dat die verplichting ook aan derden moest worden opgelegd. Zij heeft daarmee de nodige voorzorgsmaatregelen genomen, hetgeen als boeteverlagende omstandigheid dient te worden meegewogen.

De TROS voert tevens aan dat de rechtbank ten onrechte niet bij haar oordeel heeft betrokken dat een deel van de sanctie reeds is uitgevoerd door publicatie van de sanctie en doordat het Commissariaat zich, zelfs voordat het haar in de gelegenheid had gesteld een reactie te geven, ook al publiekelijk had uitgelaten over de beweerde overtredingen van de Mediawet door de TROS. Dit betekent een aantasting in de eer en goede naam van de TROS en een dergelijke 'naming and shaming' wordt in het algemeen als een punitieve sanctie aangemerkt. Ook deze omstandigheid diende bij de hoogte van de boete te worden betrokken als boeteverlagende omstandigheid.

De TROS betoogt tot slot dat de rechtbank heeft miskend dat het Commissariaat de geschonden norm nooit eerder op deze wijze heeft geïnterpreteerd, hetgeen volgens de Beleidslijn eveneens als boeteverlagende omstandigheid in de beoordeling

diende te worden betrokken. Zij heeft bovendien in dit geval niet kunnen en hoeven begrijpen dat zij mogelijk een overtreding had begaan, hetgeen in de hoogte van de boete diende te worden verdisconteerd, aldus de TROS.

2.13.1.

Het gaat bij het opleggen van een boete wegens overtreding van artikel 55 van de Mediawet om de aanwending van een discretionaire bevoegdheid van het Commissariaat. Het Commissariaat moet bij de aanwending van deze bevoegdheid, ingevolge artikel 5:46, tweede lid, van de Awb, het bepalen van de hoogte van de boete afstemmen op de ernst van de overtreding en de mate waarin deze aan de overtreder kan worden verweten. Daarbij moet rekening worden gehouden met de omstandigheden waaronder de overtreding is gepleegd. Het Commissariaat kan omwille van de rechtseenheid en rechtszekerheid beleid vaststellen en toepassen inzake het al dan niet opleggen van een boete en het bepalen van de hoogte daarvan. Ook indien het beleid als zodanig door de rechter niet onredelijk is bevonden, dient het Commissariaat bij de toepassing daarvan in elk voorkomend geval te beoordelen of die toepassing strookt met de hiervoor bedoelde eisen die aan de aanwending van de bevoegdheid tot het opleggen van een boete moeten worden gesteld. Indien dat niet het geval is, dient de boete, in aanvulling op of in afwijking van het beleid, zodanig te worden vastgesteld dat het bedrag daarvan passend en geboden is. De rechter toetst zonder terughoudendheid of het besluit van het bestuur met betrekking tot de boete voldoet aan deze eisen en dus leidt tot een evenredige sanctie.

2.13.2.

Het Commissariaat heeft de door de TROS begane overtreding van het in de Mediawet neergelegde dienstbaarheidverbod gekwalificeerd als een zeer ernstige overtreding, als bedoeld in artikel 2.7 van de Beleidslijn. Daarbij heeft het het grote commerciële belang dat derden hadden bij de exploitatie van het concept 'Bibaboerderij' zwaar laten wegen. Naar het oordeel van de Afdeling mocht het Commissariaat zich op het standpunt stellen dat het dienstbaarheidverbod in aanzienlijke mate is overtreden en mocht het de overtreding, zoals de rechtbank heeft overwogen, als zeer ernstig kwalificeren. Daarmee valt de overtreding overeenkomstig het bepaalde in artikel 2.4 van de Beleidslijn in de boetecategorie met een bandbreedte tussen de € 80.000 en € 135.000.

Het Commissariaat heeft de maximale boete van € 135.000 gehanteerd, omdat volgens het Commissariaat boeteverhogende omstandigheden aanwezig zijn. Het heeft als boeteverhogende omstandigheden meegewogen de combinatie van afspraken tussen de TROS, Biba B.V., GSM en Schuitema, de omstandigheid dat de TROS in het verleden diverse keren is beboet wegens overtreding van het dienstbaarheidverbod en dat de TROS onvoldoende maatregelen heeft genomen ter voorkoming van overtreding van het dienstbaarheidverbod waardoor de TROS volgens het Commissariaat grove onachtzaamheid of voorwaardelijk opzet kan worden verweten.

2.13.3.

Anders dan de TROS betoogt, heeft de rechtbank op goede gronden overwogen dat het Commissariaat zich op het standpunt mocht stellen dat in dit geval niet iedere verwijtbaarheid ontbreekt. Het Commissariaat heeft in dit verband in het bij de rechtbank bestreden besluit overwogen dat hoewel de TROS contractueel een inzagerecht heeft bedongen in de overeenkomsten die de producent met derden zou sluiten om inkomsten te verwerven en clausules heeft laten opnemen in productieovereenkomst 1 waarin is verwezen naar de toepasselijkheid van de Mediawet en het Mediabesluit, zij van dit inzagerecht geen gebruik heeft gemaakt. Bovendien heeft de TROS geen andere maatregelen genomen om te voorkomen dat het dienstbaarheidverbod zou worden overtreden. De rechtbank heeft met juistheid overwogen dat het op de weg van de TROS had gelegen, gelet op haar rol in het publieke bestel, om nader onderzoek te verrichten naar de exploitatie van het concept 'Bibaboerderij' waaraan zij haar medewerking verleende. Daartoe had zij op grond van productieovereenkomst 1 ook de mogelijkheid. De Afdeling neemt hierbij verder in aanmerking dat de TROS op grond van productieovereenkomst 1 niet verplicht was het kinderprogramma uit te zenden, zodat het haar was toegestaan om, desnoods tijdelijk, de uitzending te staken na het sluiten van de licentieovereenkomst. De rechtbank heeft terecht geen grond gevonden voor het oordeel dat het Commissariaat het geheel of gedeeltelijk ontbreken van verwijtbaarheid diende mee te wegen als boeteverlagende omstandigheid.

Het betoog van de TROS faalt.

2.13.4.

De rechtbank heeft voorts terecht geen grond gevonden voor het oordeel dat het Commissariaat de omstandigheid dat een deel van de sanctie reeds is uitgevoerd door publicatie van de sanctie en doordat het Commissariaat zich, zelfs voordat het de TROS in de gelegenheid had gesteld een reactie te geven, ook al publiekelijk had uitgelaten over de beweerde overtredingen van de Mediawet door de TROS ten onrechte niet als boeteverlagende omstandigheid in de beoordeling heeft betrokken.

De Afdeling overweegt naar analogie van haar uitspraak van 10 november 2010 in zaak nr. 201002051/1/H3 (AB 2010/319, m.nt. V.H. Affourtit en A.C. Beijering-Beck; *red.*) dat een boetebesluit een bevoegd genomen besluit is in het kader van een aan het Commissariaat door de wetgever toegekende taak om toezicht te houden op de naleving van wet- en regelgeving en de daarmee samenhangende bevoegdheid om handhavend op te treden tegen overtreding van die wet- en regelgeving. Het past bij deze toezichthoudende taak dat boetebesluiten worden gepubliceerd, zodat bekendheid wordt gegeven aan de wijze van uitvoering van deze taak. De Afdeling heeft in genoemde uitspraak verder overwogen dat de artikelen 8 en 10 van de Wet openbaarheid van bestuur (hierna: Wob) in het algemeen de basis bieden om sanctiebesluiten volledig, met inbegrip van de namen van de betrokkenen te publiceren. Voor beboete ondernemingen bestaat, zo heeft de Afdeling in uitspraak overwogen, de mogelijkheid om bij de rechter een voorlopige voorziening te vragen dat het boetebesluit niet of niet op een bepaalde wijze

openbaar wordt gemaakt. Bij gebreke van een dergelijke voorziening dient het belang van het verstrekken van informatie als bedoeld in artikel 8 van de Wob niet te wijken voor de belangen van de beboete rechtspersonen, aldus de Afdeling in genoemde uitspraak.

Vaststaat dat de TROS geen voorlopige voorziening heeft verzocht om publicatie te voorkomen, hoewel blijkens de stukken het Commissariaat haar een wachttijd van 7 dagen heeft geboden om zo'n voorziening te vragen. Nu bovendien het oogmerk van de publicatie was gericht op voorlichting, niet op bestraffing, heeft het Commissariaat de publicatie van het boetebesluit niet als boeteverlagende omstandigheid in aanmerking behoeven te nemen.

Voor zover de TROS betoogt dat het Commissariaat in diens brief van 25 juni 2009 aanleiding had moeten zien om de boete te verlagen, overweegt de Afdeling het volgende. Bij genoemde brief heeft het Commissariaat voldaan aan een verzoek om informatie van de toenmalige minister van Onderwijs, Cultuur en Wetenschappen, welk verzoek werd gedaan op een moment waarop het onderzoek naar de vermeende overtredingen door de TROS nog niet was afgerond. Naar het oordeel van de Afdeling heeft het Commissariaat zich in die brief in voldoende neutrale bewoordingen uitgelaten over het lopende onderzoek en zich onthouden van oordelen over vermeend boetewaardig gedrag van de TROS. Gelet hierop heeft, anders dan de TROS betoogt, geen aantasting van eer en goede naam plaatsgevonden. Dat de toenmalige minister, zoals de TROS stelt, zich op basis van die brief ongenueanceerd heeft uitgelaten over het handelen van de TROS valt, wat daar ook van zij, het Commissariaat niet aan te rekenen. De rechtbank heeft dan ook terecht geen grond gevonden voor het oordeel dat het Commissariaat in die brief aanleiding had moeten zien om de boete te verlagen.

Het betoog faalt.

2.13.5.

De TROS heeft zich onweersproken op het standpunt gesteld dat het Commissariaat nog niet eerder een boete heeft opgelegd wegens overtreding van het dienstbaarheidverbod in verband met merchandising. Naar het oordeel van de Afdeling had het Commissariaat in die omstandigheid aanleiding moeten zien de boete te verlagen. In de Beleidslijn is immers de omstandigheid dat de interpretatie van de geschonden norm niet eerder is betrokken in het toezichtsbeleid van het Commissariaat als boeteverlagende omstandigheid opgenomen.

Het Commissariaat heeft voorts ten onrechte als boeteverhogende omstandigheid meegenomen de combinatie van afspraken tussen de TROS, Biba B.V., GSM en Schuitema. Bij de kwalificatie van de zwaarte van de overtreding heeft het Commissariaat, zoals hiervoor onder 2.13.2 is overwogen, het grote commerciële belang dat derden hadden bij de exploitatie van het concept 'Bibaboerderij' zwaar laten wegen. De afspraken tussen de verschillende partijen zijn derhalve reeds betrokken bij de kwalificatie van de overtreding door het Commissariaat als zeer ernstig als bedoeld in artikel 2.7 van de Beleidslijn, waardoor de zwaarste boetecategorie is gehanteerd. Om die reden mocht het Commissariaat die afspraken bij de beoordeling van de hoogte van de boete niet nogmaals betrekken als boeteverhogende omstandigheden. De rechtbank heeft dit ten onrechte niet onderkend.

Het betoog slaagt.

2.14.

De Afdeling ziet gelet op het voorgaande en met inachtneming van de boeteverhogende en -verlagende omstandigheden aanleiding om de opgelegde boete in dit geval te matigen tot € 100.000. Voor verdere matiging bestaat onder de gegeven omstandigheden geen grond.

2.15.

Het hoger beroep van de TROS is gegrond. De aangevallen uitspraak dient te worden vernietigd, in zoverre daarbij het besluit van 20 juli 2010 in stand is gelaten. Doende hetgeen de rechtbank zou behoren te doen zal de Afdeling het besluit van 20 juli 2010 voor zover dat ziet op overtreding van het in artikel 55, eerste lid, van de Mediawet neergelegde dienstbaarheidverbod, vernietigen. De Afdeling zal op na te melden wijze in de zaak voorzien en bepalen dat deze uitspraak in de plaats treedt van het vernietigde besluit.

2.16.

Het Commissariaat dient ten aanzien van de TROS op na te melden wijze tot vergoeding van de proceskosten te worden veroordeeld.

3. Beslissing

De Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State;

recht doende:

I.

verklaart het hoger beroep van het Commissariaat voor de Media ongegrond;

II.

verklaart het hoger beroep van de vereniging TROS gegrond;

III.

vernietigt de uitspraak van de Rechtbank Amsterdam van 13 juli 2011 in zaak nr. 10/4230, voor zover daarbij het besluit van het Commissariaat voor de Media van 20 juli 2010, kenmerk 20453/2010010914 in stand is gelaten;

IV.

vernietigt het besluit van het Commissariaat voor de Media van 20 juli 2010, kenmerk 20453/2010010914, voor zover dat ziet op overtreding van het bepaalde in artikel 55, eerste lid, van de Mediawet;

V.

herroept het besluit van het Commissariaat voor de Media van 20 oktober 2009, kenmerk 18733/2009015146 voor zover daarbij aan de vereniging TROS wegens overtreding van het bepaalde in artikel 55, eerste lid, van de Mediawet een boete is opgelegd ter hoogte van € 135.000;

VI.

bepaalt dat het bedrag van de boete voor de vereniging TROS wegens overtreding van het bepaalde in artikel 55, eerste lid, van de Mediawet, wordt vastgesteld op € 100.000 (zegge: honderdduizend euro);

VII.

bepaalt dat deze uitspraak in zoverre in de plaats treedt van het vernietigde besluit;

VIII.

bevestigt de aangevallen uitspraak voor het overige;

IX.

veroordeelt het Commissariaat voor de Media tot vergoeding van bij de vereniging TROS in verband met de behandeling van het hoger beroep opgekomen proceskosten tot een bedrag van € 1340,72 (zegge: dertienhonderdveertig euro en tweeënzeventig cent), waarvan € 1311 is toe te rekenen aan door een derde beroepsmatig verleende rechtsbijstand;

X.

gelast dat het Commissariaat voor de Media aan de vereniging TROS het door haar betaalde griffierecht ten bedrage van € 454 (zegge: vierhonderdvierenvijftig euro) voor de behandeling van het hoger beroep vergoedt;

XI.

bepaalt dat van het Commissariaat voor de Media een griffierecht van € 454 (zegge: vierhonderdvierenvijftig euro) wordt geheven.

Noot

Auteur: C.M. Saris

1.

Deze uitspraak is interessant, omdat daarin nogal wat argumenten aan bod komen die ook in andere boetezaken een rol (kunnen) spelen (o.a. bewijs(last), vertrouwens- en rechtzekerheids-, evenredigheids-, gelijkheidsbeginsel en verwijtbaarheid). In deze noot wordt enkel aandacht besteed aan de beoordeling van de hoogte van de door het Commissariaat voor de Media aan de omroepvereniging TROS opgelegde boetes.

2.

Deze boetes zijn opgelegd vanwege overtreding van het sponsorverbod (€ 135.000) ex artikel 52a Mediawet (hierna: Mw (oud)), thans artikel 2.106 Mediawet 2008 (hierna: Mw 2008) en het dienstbaarheidsverbod (€ 135.000) ex artikel 55, lid 1 van de Mw (oud), thans artikel 2.141, lid 1, Mw 2008. Aanleiding daarvoor waren de uitzendingen van het TROS kinderprogramma 'Bibaboerderij', waarmee de exploitant van C1000-supermarkten in de gelegenheid werd gesteld om haar merchandise-producten van de kinderserie te verkopen, hetgeen de Mediawet verbiedt.

3.

De Afdeling concludeert in navolging van de uitspraak van de Rechtbank Amsterdam van 13 juli 2011 (<http://www.cvdn.nl/content.jsp?objectid=11976>) dat het Commissariaat niet bewezen heeft dat sprake is van overtreding van

het sponsorverbod. Wat de overtreding betreft van het dienstbaarheidsverbod stelt de Afdeling dat wel sprake is van een overtreding. Anders dan de rechtbank matigt de Afdeling de boete met € 35.000.

4.

Ten aanzien van de beoordeling van de hoogte van een boete geldt het evenredigheidsbeginsel neergelegd in artikel 3:4, lid 2 en artikel 5:46, lid 2 van de Awb, artikel 6 van het EVRM en artikel 49, lid 3 van het Handvest voor de grondrechten van de Europese Unie. Overigens noemt de Afdeling in haar uitspraak enkel artikel 5:46, lid 2 van de Awb, terwijl de vierde tranche van de Awb strikt genomen niet van toepassing is op de onderhavige boetes, omdat de overtredingen vóór 1 juli 2009 plaatsvonden.

5.

De hoogte van de boete voor overtreding van het dienstbaarheidsverbod had het Commissariaat bepaald aan de hand van artikel 135 Mw (oud) en artikel 2.4 en 2.7 van de Beleidslijn sanctiemaatregelen 2007 (*Stcrt.* 2006, 133). Op basis van artikel 135, lid 1, sub b Mw (oud) kan voor deze overtreding maximaal een boete van € 135.000 worden opgelegd (thans € 225.000 ex artikel 7.12 Mw 2008). Artikel 2.4 van de Beleidslijn onderscheidt een drietal boetecategorieën (boetecategorie landelijk, regionaal en lokaal) waarbinnen onderscheid wordt gemaakt tussen zeer ernstig, ernstig en lichte overtredingen. Per overtreding wordt een bandbreedte van boetes gegeven. Voor overtreding van het dienstbaarheidsverbod die als 'zeer ernstig' wordt gekwalificeerd geldt een bandbreedte van € 80.000 tot € 135.000. In artikel 2.7 van de Beleidslijn staan de omstandigheden vermeld wanneer een overtreding als 'zeer ernstig' wordt gekwalificeerd. Bovendien verplicht artikel 2.12 van de Beleidslijn het Commissariaat boeteverhogende en verlagende omstandigheden bij de bepaling van de boetehoogte te betrekken. De huidige Beleidslijn sanctiemaatregelen 2011 (*Stcrt.* 2011, 6723) kent eenzelfde systeem.

6.

Het Commissariaat had de boete bepaald op € 135.000, het maximale van de bandbreedte dus. Ter motivering had het gesteld dat de overtreding als 'zeer ernstig' was aan te merken, hetgeen een boete binnen de hiervoor genoemde bandbreedte opleverde. Verder vond het Commissariaat dat sprake was van een aantal boeteverhogende omstandigheden, onder meer omdat de TROS meerdere malen voor overtreding van het dienstbaarheidsverbod was beboet en vanwege het commerciële belang dat derden hadden bij de exploitatie van 'Bibaboerderij'.

7.

De Afdeling acht de kwalificatie van de overtreding als 'zeer ernstig' terecht. Toch matigt de Afdeling de boete, omdat het Commissariaat verkeerde toepassing had gegeven aan de in de Beleidslijn vermelde boeteverhogende omstandigheden. Ten onrechte had het Commissariaat aangenomen dat sprake was van recidive, hetgeen op grond van de Beleidslijn juist als een boeteverlagende omstandigheid moest worden gekwalificeerd. Bovendien was het commerciële belang van derde partijen reeds bij de bepaling van de boetecategorie als 'zeer ernstig' betrokken, zodat die omstandigheid niet nog een keer als 'boeteverhogende omstandigheid' kon worden aangemerkt. Een terechte uitkomst die ook aansluit bij artikel 2.10 van de Beleidslijn waarin het Commissariaat bij de bepaling van de hoogte van de boete in beginsel uitgaat van het midden van de bandbreedte. Of de Afdeling zich bij de matiging door dit artikel heeft laten inspireren, valt overigens niet uit de uitspraak af te leiden.

8.

De beoordeling van de hoogte van de onderhavige boete en de Beleidslijn door de Afdeling is overigens ook interessant vanuit het perspectief bezien van andere boetes en boetebeleid, waarvan de verscheidenheid steeds groter wordt.

9.

Zo achtte de hoger beroepskamer van de Afdeling de Beleidsregels bestuurlijke handhaving Wet minimumloon en minimumvakantiebijslag van de Minister van SZW in haar uitspraak van 12 april 2012 ongedifferentieerd, omdat de boete gelijkelijk wordt opgelegd aan elke onderneming, bedrijf of inrichting, ongeacht rechtsvorm en ongeacht het aantal werknemers (AbRvS van 12 april 2012, AB 2012/98, m.nt. R. Stijnen). De vreemdelingenkamer van de Afdeling daarentegen acht de Beleidsregels boeteoplegging Wet arbeid vreemdelingen van de Minister van SZW wel gedifferentieerd (ABRvS van 23 juni 2010, L/JN BM8823 en ABRvS van 18 juli 2012, L/JN BX1804). Boetes die op grond van dat beleid worden opgelegd, worden ook gelijkelijk opgelegd aan elke werkgever, ongeacht de invloed op de tewerkstelling, de grootte van het bedrijf etc. (vgl. C.M. Saris, 'De bestuurlijke boete en de evenredigheidstoets, een lege huls? De Wet arbeid vreemdelingen: van strafrechtelijke naar bestuursrechtelijke handhaving', *NTB* 2012/16, p. 103).

10.

Deze verschillen leiden ertoe dat bij bepaalde boetes meer maatwerk wordt geleverd dan bij andere, waardoor willekeur in de hand wordt gewerkt. Dat lijkt mij geen goede ontwikkeling, zeker niet nu de bestuurlijke boete vaker als punitieve sanctie op naleving van wetten en regels wordt ingezet en de hoogte van boetes (zeer) aanzienlijk kan zijn.

11.

Meer uniformiteit in de beoordeling van de hoogte van boetes kan mijns inziens op verschillende manieren door zowel de rechterlijke macht als de wetgever worden bewerkstelligd.

12.

In de eerste plaats lijkt de instelling van een boetekamer bij de hoogste bestuursrechtelijke colleges en rechtbanken voor de hand te liggen. Daardoor kan niet alleen expertise binnen een rechtscollege worden gebundeld, maar ook zal dat leiden tot meer uniformiteit in de beoordeling van onder meer het boetebeleid en de hoogte van sancties. Omdat deze maatregel niet perse tot vergroting van de expertise van strafrechtelijke leerstukken leidt, zou een tweede maatregel kunnen zijn dat een of meerdere raadsheren van de strafkamer van de Hoge Raad als staatsraad in buitengewone dienst bij de Afdeling worden benoemd en als rechter bij het CBb en de CRvB. Eenzelfde constructie bestaat al voor de schadekamer bij de Afdeling.

13.

Daarnaast is er voor de wetgever ook een taak weggelegd. De wetgever zou er naar moeten streven om boetebeleid meer op elkaar te laten afstemmen. Dit najaar zal daarvoor de eerste stap worden gezet. De Minister van Veiligheid en Justitie heeft in zijn brief van 23 januari 2012 aan de Tweede Kamer toegezegd een beleidsreactie te zullen schrijven naar aanleiding van het rapport 'Referentiekader geldboetes, Verslag van een onderzoek naar de hoogte en wijze van berekening van geldboetes in het bestuursrecht en het strafrecht'

(<http://www.rijksoverheid.nl/documenten-en-publicaties/verslagen/2012/01/28/verslag-referentiekader-geldboetes.html>). De onderzoekers van de Rijksuniversiteit Groningen komen in dat onderzoek onder meer tot de conclusie dat er sprake is van willekeur met betrekking tot welke factoren door de wetgever voor de bepaling van de boetehoogte relevant worden geacht en dat de gemaakte keuzen vaak niet gemotiveerd zijn. Het onderzoek heeft geresulteerd in aanbevelingen die ertoe moeten leiden dat er meer afstemming plaats zal vinden bij de bepaling van de hoogte van boetes in de wetgeving en het boetebeleid.

Voetnoten



Christien Saris is advocaat bij Stibbe.