



Regeling van het Commissariaat voor de Media van 10 april 2009, houdende beleidsregels omtrent nevenactiviteiten publieke media-instellingen (beleidsregels nevenactiviteiten 2009)

Het Commissariaat voor de Media,

Gelet op de artikelen 2.132, 2.134, 2.135, 7.11 en 7.12 van de Mediawet 2008,

Gelet op de artikelen 4:81 en 5:16 van de Algemene wet bestuursrecht,

Besluit:

Strekking van de regeling

Artikel 1

De Beleidsregels vastgesteld in deze regeling hebben betrekking op de wettelijke voorschriften die zijn opgenomen in bijlage 1 bij deze regeling.

Artikel 2

In deze regeling wordt verstaan onder:

- a. *wet*: de Mediawet 2008;
- b. *Commissariaat*: het Commissariaat voor de Media;
- c. *nevenactiviteiten*: activiteiten als bedoeld in artikel 2.132, tweede lid, van de wet;
- d. *deelneming*: een deelneming als bedoeld in artikel 24c, lid 1, boek 2 BW;
- e. *netto omzet*: netto omzet als bedoeld in artikel 377, lid 6, boek 2 BW;
- f. *NMA*: Nederlandse Mededingingsautoriteit.

Relatietoets

Artikel 3

1. Een nevenactiviteit 'houdt verband met' of 'staat ten dienste van' de verwezenlijking van de publieke media-opdracht indien:
 - a. er sprake is van het verkopen van een vastlegging; of
 - b. er sprake is van gebruik van of het in licentie geven van een naam of (beeld)merk van een publieke media-instelling ten behoeve van een product bij het media-aanbod; of
 - c. de betrokkenheid van gebruikers bij het media-aanbod of de publieke media-instelling met de nevenactiviteit wordt vergroot; of
 - d. de innovatie van het media-aanbod met de nevenactiviteit wordt bevorderd.
2. De activiteit als bedoeld in het eerste lid, onder c en d, van dit artikel moet aantoonbaar inhoudelijk aansluiten bij het media-aanbod of de publieke media-instelling.

Artikel 4

1. Een nevenactiviteit staat indien voldaan wordt aan de voorwaarden van het tweede lid, naast datgene bedoeld in artikel 3 van deze regeling, op andere wijze ten dienste van de verwezenlijking van de publieke media-opdracht indien er sprake is van:
 - a. een deelneming dan wel
 - b. verhuur van personeel of middelen: op voorwaarde dat dit personeel of deze middelen niet zijn verworven met het oogmerk om te verhuren en een beperkte omvang hebben;
2. De activiteit als bedoeld in het eerste lid, onder a van dit artikel wordt uitsluitend geacht ten dienste te staan van de verwezenlijking van de publieke media-opdracht indien:
 - a. het een deelneming betreft in een bedrijf dat een aantoonbare relatie heeft met omroep-activiteiten;
 - b. minimaal 50% van de netto omzet van het bedrijf waarin wordt deelgenomen wordt gegenereerd door activiteiten ten behoeve van de verwezenlijking van de publieke media-opdracht en maximaal 20% van de netto omzet van het bedrijf waarin wordt deelgenomen wordt gegenereerd.



reerd door activiteiten ten behoeve van het media-aanbod van commerciële media-instellingen; en

- c. er sprake is van een proportionele verhouding tussen de financiële middelen die door de publieke media-instellingen gezamenlijk worden ingebracht in het bedrijf waarin wordt deelgenomen en de netto omzet van dat bedrijf die door activiteiten ten behoeve van de verwezenlijking van de publieke media-opdracht wordt gerealiseerd.

Artikel 5

1. Bij de beoordeling of bij het in licentie geven van auteurs- of merkrechten wordt voldaan aan de eis dat de nevenactiviteit verband houdt met of ten dienste staat van de verwezenlijking van de publieke media-opdracht, wordt het product of dienst van een derde met betrekking waartoe de publieke media-instelling een merk of auteursrecht in licentie geeft, mede betrokken.
2. Het eerste lid is niet van toepassing op activiteiten bedoeld in artikel 3, eerste lid, onder b, van deze regeling.

Artikel 6

1. Een nevenactiviteit 'houdt geen verband met' of 'staat niet ten dienste van' de verwezenlijking van de publieke media-opdracht indien zij deze publieke media-opdracht op andere wijze schaadt of kan schaden.
2. Het eerste lid is niet van toepassing op de activiteiten als bedoeld in artikel 2.133 van de wet.

Marktconformiteit

Artikel 7

1. Bij de beoordeling of de nevenactiviteit op marktconforme wijze wordt verricht, als bedoeld in artikel 2.132, derde lid, van de wet, wordt in ieder geval betrokken:
 - a. de verkoopprijs van de nevenactiviteit;
 - b. de kostprijs van de nevenactiviteit;
 - c. de markt die met de nevenactiviteit wordt betreden;
 - d. het gebruik van marktgegevens ten behoeve van de nevenactiviteit waarover de publieke media-instelling uit hoofde van haar taakstelling beschikt, waaronder het ledenbestand;
2. Het Commissariaat kan bij zijn oordeel over marktconformiteit ook het gebruik van het imago van de publieke media-instelling betrekken.
3. Indien er sprake is van het in licentie geven van een merk ten behoeve van een product of dienst bij het media-aanbod kan tevens de verkoopprijs van het product waarvoor een merk in licentie wordt gegeven bij zijn oordeel worden betrokken.

Artikel 8

1. Het Commissariaat bepaalt om te beoordelen of de nevenactiviteit op marktconforme wijze wordt verricht, mede op grond van de door de publieke media-instelling verstrekte gegevens, de relevante markt.
2. Het Commissariaat baseert zich bij het bepalen van de relevante markt op de uitgangspunten en benadering van de NMa.

Artikel 9

1. In die gevallen dat het Commissariaat naar aanleiding van de in kaart gebrachte relevante markt constateert dat er geen sprake is van andere aanbieders van dezelfde of vergelijkbare goederen of diensten, dan wordt de nevenactiviteit geacht marktconform te worden verricht.
2. Indien een derde zich bij het Commissariaat meldt als andere aanbieder van dezelfde of vergelijkbare goederen of diensten nadat op grond van het eerste lid van dit artikel de nevenactiviteit geacht wordt marktconform te worden verricht kan de nevenactiviteit op dit onderdeel opnieuw worden beoordeeld.
3. In die gevallen waarin het Commissariaat van oordeel is dat de activiteit vanwege zijn aard en omvang een gering belang vertegenwoordigt, wordt niet beoordeeld of de nevenactiviteit op



marktconforme wijze wordt verricht, tenzij derden bij het nalaten van deze toets daarom door middel van een handhavingsverzoek vragen.

Artikel 10

Het Commissariaat betreft bij de beoordeling van marktconformiteit de NMa bij aangelegenheden van wederzijds belang.

Kostendekkendheid

Artikel 11

Nevenactiviteiten zijn niet 'kostendekkend', als bedoeld in artikel 2.132, derde lid, van de wet indien zij direct of indirect worden bekostigd uit of anderszins ten laste komen van de publieke omroep-middelen.

Artikel 12

In afwijking van artikel 11 van deze regeling wordt de nevenactiviteit ten minste als 'kostendekkend' aangemerkt indien

- a. een negatief resultaat van een bestaande nevenactiviteit, bij wijze van uitzondering, wordt gecompenseerd met de positieve financiële resultaten van één of meer andere nevenactiviteiten in het desbetreffende boekjaar; dan wel
- b. aanloopverliezen bij de exploitatie van een nieuwe nevenactiviteit gedurende een periode van maximaal drie boekjaren gesaldeerd worden met de positieve financiële resultaten van één of meer andere nevenactiviteiten, onder de voorwaarde dat de publieke media-instelling bij nieuw te ondernemen nevenactiviteiten door middel van prognoses en een toelichting daarbij aannemelijk maakt dat deze activiteit binnen drie jaar kostendekkend is.

Procedure

Artikel 13

1. Een publieke media-instelling dient een verzoek om toestemming voor het verrichten van een nevenactiviteit als bedoeld in artikel 2.132, tweede lid, van de wet op de door het Commissariaat voorgeschreven wijze in.
2. Het verzoek als bedoeld in het eerste lid dient uiterlijk 8 weken voor de geplande aanvang van de nevenactiviteit te worden ingediend.
3. Het Commissariaat neemt een verzoek als bedoeld in het eerste lid alleen in behandeling indien de publieke media-instelling gebruik maakt van de door het Commissariaat hiertoe opgestelde vragenlijst en deze vragenlijst op de juiste wijze is ingevuld.
4. Desgevraagd verstrekt de publieke media-instelling het Commissariaat een exemplaar van een door deze media-instelling, overeenkomstig artikel 3 van deze regeling, verrichte nevenactiviteit.
5. De toestemming voor het verrichten van een nevenactiviteit wordt ingetrokken indien de neven-activiteit niet langer voldoet aan artikel 2.132 van de wet.
6. Publieke media-instellingen melden binnen 3 maanden na beëindiging van de nevenactiviteit aan het Commissariaat dat met de activiteit is gestopt.

Register

Artikel 14

Het Commissariaat houdt een register nevenactiviteiten bij waarin elke aangemelde nevenactiviteit wordt opgenomen.

Artikel 15

1. In het register wordt vermeld: de betrokken publieke media-instelling, een korte omschrijving van de nevenactiviteit, de ingangsdatum en het besluit van het Commissariaat.



-
2. Indien een nevenactiviteit niet langer wordt verricht blijft deze gedurende 6 maanden na beëindiging van de activiteit opgenomen in het register.
 3. Nevenactiviteiten waarvoor geen toestemming is verleend blijven gedurende 6 maanden na datum van het besluit van het Commissariaat in het register opgenomen.

Artikel 16

Het Register Nevenactiviteiten is openbaar.

Slotbepaling

Artikel 17

1. Deze regeling treedt in werking met ingang van 1 mei 2009.
2. De regeling van 5 juni 2007 houdende beleidsregels omtrent nevenactiviteiten publieke omroepen is hierbij ingetrokken.
3. Deze regeling wordt aangehaald als Beleidsregels nevenactiviteiten 2009.
4. Deze regeling wordt bekendgemaakt door kennisgeving ervan in de Staatscourant en op de internetsite van het Commissariaat voor de Media (www.cvdm.nl).

Het Commissariaat voor de Media.



TOELICHTING

Algemeen

Het Commissariaat voor de Media ziet toe op de naleving van de artikelen 2.132, 2.134 en 2.135 van de Mediawet 2008.

Deze regeling treedt in de plaats van de beleidsregels nevenactiviteiten van 5 juni 2007. De voor 1 januari 2009 verleende goedkeuringen voor nevenactiviteiten blijven in stand.

Met de inwerkingtreding van de Mediawet 2008 mogen publieke media-instellingen alleen na voorafgaande toestemming van het Commissariaat nevenactiviteiten verrichten. Met de Mediawet 2008 is het begrippenkader met betrekking tot nevenactiviteiten voor een deel veranderd. De regels zijn echter niet wezenlijk veranderd, maar wel helderder geformuleerd (TK 2007–2008, 31356, nr. 3, p. 54). Deze regeling strekt er toe de beleidsregels in overeenstemming te brengen met de Mediawet 2008. Tevens is in de beleidsregels het in onze brieven van 15 juli 2008 inzake merchandising en inzake webwinkels opgenomen beleid verwerkt.

Het Commissariaat beveelt aan, overeenkomstig het bepaalde in artikel 2.134 van de wet ten behoeve van het toezicht op de naleving van artikel 2.132 van de wet, dat iedere publieke media-instelling een aparte rechtspersoon opricht waarin alle nevenactiviteiten worden ondergebracht.

In deze regeling is de toepassing van artikel 2.141 van de Mediawet 2008 niet opgenomen, omdat dit artikel ziet op alle activiteiten van de publieke media-instellingen en niet alleen op nevenactiviteiten. Het Commissariaat kan de nevenactiviteiten te allen tijde toetsen aan artikel 2.141, eerste lid, van de wet. Bij die beoordeling wordt in ieder geval beoordeeld of sprake is van normaal economisch handelen, waarbij geen sprake mag zijn van wegvloeien van publieke middelen, afwentelen van kosten en risico's op de omroepinstelling of oneigenlijk gebruik van exclusieve rechten of een bijzondere positie.

Deze regeling laat de bepalingen uit de overige regelingen van het Commissariaat, waaronder het Handboek Financiële Verantwoording, onverlet.

Artikelsgewijs

Strekking van de regeling

Artikel 2

Bij een deelneming gaat het om een strategische belegging en niet om een belegging uit financiële overwegingen. Indien een publieke media-instelling een belang zou nemen in een rechtspersoon van minder dan 20% is er geen sprake van een nevenactiviteit.

Relatietoets

Artikel 3

Activiteiten kunnen verband houden met of ten dienste staan van de verwezenlijking van de publieke media-opdracht. In het eerste geval is de nevenactiviteit een afgeleide van deze media-opdracht, in het tweede geval fungeert de nevenactiviteit als middel om de media-opdracht te ondersteunen. In veel gevallen zal een nevenactiviteit zowel verband houden met, als ten dienste staan van de verwezenlijking van de publieke media-opdracht.

Een activiteit wordt geacht verband te houden met, dan wel ten dienste te staan van de verwezenlijking van de publieke media-opdracht, indien er sprake is van het verkopen van vastleggingen. Het gaat hierbij om het verkopen van fysieke dragers (zoals schrift, band, dvd's, cd etc.) met (nagenoeg) onverkort media-aanbod, dan wel het op andere wijze aanbieden van (nagenoeg) onverkort media-aanbod. Het gaat hierbij niet om activiteiten die kunnen worden aangemerkt als uitvoering van de publieke media-opdracht. Bij vastleggingen vindt er nauwelijks verdere inhoudelijke bewerkingen van het media-aanbod plaats. Het moet hierbij gaan om vastleggingen die voldoen aan het vereiste dat de exploitatierechten op de content van datgene wat aan de consument wordt verkocht in overwegende mate bij de publieke media-instelling ligt. Hiervan is bijvoorbeeld sprake indien het gaat om media-aanbod dat door de media-instelling zelf is vervaardigd, media-aanbod dat is vervaardigd samen met een buitenproducent of media-aanbod dat een buitenproducent in opdracht van de media-instelling heeft vervaardigd. Indien dit niet het geval is betreft de nevenactiviteit het verkopen van producten



van derden. Deze nevenactiviteit wordt getoetst aan het gestelde onder c, van deze bepaling.

Een activiteit wordt geacht verband te houden met of ten dienste te staan van de verwezenlijking van de publieke media-opdracht indien (merk)namen in licentie worden gegeven aan derden ten behoeve van producten bij media-aanbod, dan wel dat media-instellingen zelf merchandisingactiviteiten onderneemt. Het Commissariaat heeft dit beleid reeds aangekondigd bij brief van 15 juli 2008 inzake beleidsregels nevenactiviteiten/merchandising, kenmerk SBO-004307-lvdz, waarin is gewezen op de onwenselijkheid om per product te moeten beoordelen of het product inhoudelijk aansluit bij een programma of de publieke media-instelling. Geconstateerd was dat door de publieke media-instellingen programma's worden uitgezonden waar producten bij te koop zijn, terwijl de publieke media-instellingen zelf, door middel van het in licentie geven van zijn merknaam, deze producten niet mag laten ontwikkelen bij eigen programma's. Met het opnemen van deze bepaling in onze beleidsregels is dit onderscheid komen te vervallen. Het gaat hierbij overigens alleen om producten en niet om diensten. Onder producten verstaat het Commissariaat tastbare goederen die op voorraad geproduceerd kunnen worden. Voorbeelden zijn dvd's, kleding en dergelijke. Het gaat hierbij enkel om producten die niet meer bevatten dan een naam of (beeld)merk van de media-instelling. Overige producten, zoals tijdschriften of agenda's, worden getoetst aan artikel 3, eerste lid, onder c of d, van de beleidsregels. Onder diensten verstaat het Commissariaat niet-tastbare zaken waarvan geen voorraad aangehouden kan worden. Voorbeelden zijn theatervoorstellingen, maar ook het hebben van een webwinkel waar producten voor derden worden verkocht. Deze diensten kunnen vallen onder het eerste lid, onder c, van deze bepaling. Voor deze diensten geldt de eis van het inhoudelijk aansluiten bij de publieke media-instelling of het media-aanbod wel. Bij de toets op marktconformiteit van deze nevenactiviteit zal niet alleen de licentievergoeding worden beoordeeld maar ook de verkoopprijs van het product waarvoor een merknaam in licentie wordt gegeven.

Een activiteit houdt voorts verband met of staat ten dienste van verwezenlijking van de publieke media-opdracht indien deze activiteit de betrokkenheid van gebruikers van het media-aanbod van de publieke media-instelling dan wel bij de publieke media-instelling zelf vergroot of innovatie bevordert. Onder innovatie vallen ondermeer activiteiten die bijdragen aan de ontwikkeling van het media-aanbod en crossmediale activiteiten. De ontwikkeling van het media-aanbod wordt mede bevorderd door de nevenactiviteit indien er sprake is van kruisbestuiving tussen het media-aanbod en de nevenactiviteit. De activiteit dient mede als input voor het media-aanbod en vice versa.

Er is sprake van vergroten van de betrokkenheid van de gebruiker bij het media-aanbod of de publieke media-instelling indien het aannemelijk is dat de nevenactiviteit er toe kan leiden dat door de afname van die activiteit, de gebruiker gebruik gaat of blijft maken van het media-aanbod, dan wel zich meer dan daarvoor betrokken voelt of gaat voelen bij de publieke media-instelling. Bij de beoordeling of sprake is van vergroten van de betrokkenheid van de gebruiker wordt rekening gehouden met de doelgroep waarvoor het media-aanbod is bestemd. Zo zullen peuters en kleuters op andere wijze bij het media-aanbod moeten worden betrokken dan kinderen en volwassenen. De nevenactiviteit zal aan moeten sluiten bij de belevingswereld en kennis en kunde van de doelgroep waarop het media-aanbod zich richt. Indien een gebruiker zich door de nevenactiviteit meer betrokken voelt bij het media-aanbod of de publieke media-instelling, dan wel naar de publieke media-instelling of het media-aanbod gaat kijken, betekent dit automatisch een grotere betrokkenheid van die gebruiker bij publieke media-opdracht, nu de publieke media-instelling of het media-aanbod daar deel van uit maakt.

Indien de activiteit het verkopen van producten van derden via een webwinkel van de omroep betreft is er sprake van het vergroten van de betrokkenheid van de gebruiker bij het media-aanbod van de publieke media-instelling of bij de publieke media-instelling zelf indien er in de webwinkel producten worden verkocht die een relatie hebben met een programma of de betreffende publieke media-instelling. Het is in ieder geval toegestaan om in de webwinkel vastleggingen te verkopen, dan wel producten die een direct afgeleide verschijningsvorm zijn van programma's die door de publieke media-instelling worden uitgezonden. Ook is het toegestaan om producten te verkopen die op andere wijze verband houden met de publieke media-instelling. De publieke media-instelling dient in eerste instantie zelf te beoordelen of er voldoende relatie is tussen het aangeboden product en de media-instelling.

Het uitsluitend financieel ten dienste staan van de verwezenlijking van de publieke media-opdracht wordt expliciet niet gerekend onder het punt 'ten dienste staan van'. Een activiteit wordt dus niet geacht voldoende relatie te hebben met publieke media-opdracht uitsluitend op grond van het argument dat de activiteit winstgevend is. Dit standpunt is ook ingenomen door de Raad van State in zijn advies over het wetsvoorstel liberalisering waarin is opgenomen dat de publieke omroep niet mag participeren in activiteiten die geen enkel ander doel dienen dan het financieel reilen en zeilen van de publieke omroep op peil te houden (TK 1996-1997, 24808, nr. 4, p. 27).



Het Commissariaat stelt aan de in dit artikel onder c en d, bedoelde activiteiten de voorwaarde dat de activiteit aantoonbaar inhoudelijk moet aansluiten bij het media-aanbod of de publieke media-instelling. Dit kan betekenen dat bij verschillende publieke media-instellingen verschillende nevenactiviteiten zijn toegestaan.

Met de voorwaarde in dit artikel wordt het voorts niet mogelijk om omroepvreemde activiteiten als nevenactiviteit te verrichten.

Artikel 4

Het Commissariaat hanteert bij zijn beoordeling van deelnemingen als nevenactiviteit, in het kader van de 'relatietoets' de stelregel dat minimaal 50% van de netto omzet van het bedrijf waarin wordt deelgenomen wordt gegenereerd door activiteiten ten behoeve van de verwezenlijking van de publieke media-opdracht. Dit betreft derhalve media-aanbod op landelijk, regionaal en lokaal niveau, als bedoeld in artikel 2.1 van de wet.

Voorts stelt het Commissariaat zich op het standpunt dat het de ondernemingen waarin wordt deelgenomen is toegestaan een betrekkelijk gering aantal activiteiten te verrichten voor commerciële media-instellingen. Het Commissariaat hanteert de stelregel dat maximaal 20% van de netto omzet van het bedrijf waarin wordt deelgenomen wordt gegenereerd door activiteiten ten behoeve van het media-aanbod van commerciële media-instellingen. Het verrichten van activiteiten voor commerciële media-instellingen is op zichzelf niet in strijd met de Mediawet, maar hiervan zal wel worden beoordeeld of deze activiteiten mogelijk niet ten dienste staan van de verwezenlijking van de publieke media-opdracht (zie ook toelichting onder artikel 6 van deze regeling).

Bij een deelneming dient te allen tijde sprake te zijn van een goede balans tussen inbreng van de publieke media-instelling in de deelneming en de opbrengsten voor die publieke media-instelling. Er moet sprake zijn van een proportionele verhouding tussen de financiële inbreng van de (gezamenlijke) publieke media-instellingen en de omzet die deze publieke media-instellingen (gezamenlijk) in de deelneming genereren. Er wordt pas een deelneming vermoed bij een belang van 20%. Voorts is het zoals hiervoor reeds gesteld in het kader van de relatietoets noodzakelijk dat minimaal 50% van de netto omzet wordt gegenereerd door activiteiten ten behoeve van de verwezenlijking van de publieke media-opdracht. Voorgaande betekent dat er sprake is van onvoldoende relatie met de verwezenlijking van de publieke media-opdracht indien er door één publieke media-instelling voor 20% wordt deelgenomen in een bedrijf en er 50% van de omzet wordt gegenereerd door activiteiten ten behoeve van de verwezenlijking van de publieke media-opdracht. Een publieke media-instelling zal in dat geval voor 50% moeten deelnemen, dan wel samen met andere publieke media-instellingen voor meer dan 50% moeten deelnemen.

Indien een publieke media-instelling een belang heeft in een bedrijf dat uitsluitend diensten verricht voor de deelnemende publieke media-instelling, dan is er geen sprake van een nevenactiviteit. Het bezit en gebruik van faciliteiten staat in dat geval immers rechtstreeks ten dienste van het verzorgen van media-aanbod. De activiteit wordt derhalve beschouwd als onderdeel van de publieke media-opdracht.

Indien er sprake is van verhuur van personeel of middelen aan derden buiten de publieke mediadienst wordt er bij de vaststelling van beperkte omvang van uit gegaan dat er geen sprake is van een capaciteit die groter is dan noodzakelijk om de publieke media-opdracht ook onder bijzondere omstandigheden te kunnen verwezenlijken. Het uitgangspunt is voorts dat het verhuren geen grootschalige vorm mag aannemen. Personeel en middelen mogen niet zijn verworven met het oogmerk deze te verhuren. Het efficiënt omgaan met personeel en middelen door eventuele overcapaciteit te verhuren wordt geacht ten dienste te staan van de publieke media-opdracht doordat het geld dat hiermee wordt verdiend rechtstreeks terugvloeit naar het media-aanbod.

Er is bij het verhuren van personeel of middelen aan andere publieke media-instellingen sprake van uitvoering van de publieke mediaopdracht en derhalve niet van een nevenactiviteit indien de verhuur kleinschalig is en de verzorging van media-aanbod door de publieke media-instelling zelf niet schaadt. Er is evenmin sprake van een nevenactiviteit indien de activiteit het verkopen van fragmenten binnen de publieke mediadienst betreft en de fragmenten overeenkomstig de fragmentenregeling van de publieke omroep, houdende bepalingen gebruik archiefmateriaal beeld en geluid worden verkocht. In dat geval is er sprake van de uitvoering van de publieke mediaopdracht.

Artikel 5

Het product of de dienst van een derde met betrekking waartoe de publieke media-instelling een merk of auteursrecht in licentie geeft wordt als uitgangspunt genomen bij het uitvoeren van de relatietoets.



Het in licentie geven van een merk- of auteursrecht blijft hierbij overigens de nevenactiviteit van de publieke media-instelling. Het merk waaronder een product of dienst op de markt zal worden gebracht is gezichtsbepalend voor het publiek. Daarom zal bij de toetsing van het in licentie geven van een merk of auteursrecht het product of de dienst waartoe een merk in licentie wordt gegeven mede worden betrokken bij de beoordeling van de vraag of de nevenactiviteit, in casu het in licentie geven van een merk- of auteursrecht, bijdraagt aan dan wel ten dienste staat van de verwezenlijking van de publieke media-opdracht. Dit artikel is niet van toepassing op nevenactiviteiten die vallen onder artikel 3, onder b, van deze regeling.

Artikel 6

In de oude Mediawet was het op andere wijze schade toebrengen aan de verwezenlijking van de publieke media-opdracht gekoppeld aan het begrip 'nadelige invloed'. In de toelichting bij de Mediawet 2008 (TK, 2007–2008, 31356, nr. 3, p. 54) wordt dit gekoppeld aan de relatie van de nevenactiviteit met de publieke media-opdracht. Het is ook mogelijk dat een nevenactiviteit op andere wijze schade toebrengt aan de verwezenlijking van de publieke media-opdracht. De publieke media-opdracht heeft betrekking op de taak van de gehele publieke omroep. Dit betekent dat een activiteit geen schade mag toebrengen aan de publieke media-opdracht van de publieke omroep als geheel.

Daarnaast kunnen nevenactiviteiten het imago van een publieke media-instelling of de publieke omroep als geheel schaden. Ook kunnen activiteiten van een publieke media-instelling andere publieke media-instellingen schaden.

In die gevallen dat de Raad van Bestuur op grond van artikel 2.133 van de wet een oordeel geeft over of de nevenactiviteit in strijd is met het gemeenschappelijk belang van de landelijke publieke mediadienst beoordeelt het Commissariaat niet of de nevenactiviteit op andere wijze schade toebrengt aan de verwezenlijking van de publieke media-opdracht.

Marktconformiteit

Artikel 7 en 8

Het begrip concurrentievervalsing uit de oude Mediawet is vervangen door het begrip marktconform. In de toelichting bij de Mediawet 2008 is opgenomen dat de regels niet wezenlijk zijn veranderd. Het bestaan van concurrentie is inherent aan het feit dat publieke en commerciële partijen opereren op dezelfde markt en daarmee toegestaan, mits voldaan wordt aan de drie criteria van artikel 2.132 en artikel 2.141, eerste lid van de wet (dienstbaarheidsverbod).

Bij het vaststellen van de kostprijs en de verkoopprijs van de nevenactiviteit is het derhalve van belang dat er geen publieke middelen worden ingezet voor de commerciële activiteiten van de publieke media-instellingen en dat de normen op het gebied van staatssteun in acht worden genomen. Marktconform handelen houdt immers ook in dat er geen publieke middelen mogen worden gebruikt voor nevenactiviteiten (TK, 2007–2008, 31356, nr. 3, p. 54). Door het systeem van gescheiden verantwoording (Handboek Financiële Verantwoording Publieke Omroep 2008) en de externe controle hierop wordt dit gewaarborgd.

Verkoopprijs/vergoeding

Marktconform handelen betekent dat een publieke media-instelling marktconforme tarieven rekent voor producten of diensten die zij in het kader van nevenactiviteiten levert. Bij de toets op marktconformiteit wordt de verkoopprijs of de vergoeding als uitgangspunt genomen. Indien deze niet marktconform is, dan wordt geen toestemming gegeven voor het verrichten van de nevenactiviteit. In een markt met meer dan vijf aanbieders dient de verkoopprijs of vergoeding binnen de prijsrange van deze aanbieders te liggen. De verkoopprijs is in deze gevallen bepalend voor het oordeel of de nevenactiviteit marktconform wordt verricht.

Bij het bepalen van de verkoopprijs of de vergoeding door de media-instelling geldt als minimum de berekende kostprijs. Verder kan sprake zijn van het hanteren van een winstopslag om te komen tot een marktconforme prijs. De publieke media-instelling dient een toelichting te geven op de wijze waarop de winstopslag tot stand is gekomen.

Om de marktconformiteit van de door de publieke media-instelling gehanteerde verkoopprijs of vergoeding vast te stellen gaat het Commissariaat uit van de in de desbetreffende markt gehanteerde verkoopprijzen en vergoedingen. Per relevante markt wordt door het Commissariaat, mede op basis van door de publieke media-instelling te verstrekken gegevens, een prijsrange vastgesteld. Mocht de door de publieke media-instelling gehanteerde verkoopprijs of vergoeding buiten de prijsrange op de



relevante markt vallen, dan wordt aangenomen dat er sprake is van een prijs die niet marktconform is.

De publieke media-instelling dient de marktconformiteit van de verkoopprijs of vergoeding aan te tonen. Hierbij dienen in ieder geval vergelijkbare, door andere partijen gehanteerde verkoopprijzen of vergoedingen te worden betrokken.

Bij het door de omroep verkopen van producten van derden via een webwinkel wordt de marktconformiteit beoordeeld aan de hand van de door de omroep gehanteerde verkoopprijs van de producten in die webwinkel.

Kostprijs

Bij deze berekening van de kostprijs dienen in ieder geval de directe kosten en de indirecte kosten van de nevenactiviteit te worden betrokken. De directe kosten zijn ondermeer samengesteld uit: loonkosten en sociale lasten, inhuur medewerkers/freelancers, grondstoffen/inkoop, afschrijvingen materiële vaste activa en verkoopkosten. De indirecte kosten zijn ondermeer samengesteld uit: overige personeelskosten, gebruik faciliteiten/ondersteunende diensten van de publieke media-instelling.

De publieke media-instelling dient in ieder geval een toelichting te geven op:

- de wijze waarop de kostprijs tot stand is gekomen;
- de wijze waarop de kosten aan de nevenactiviteit zijn toegerekend.

Ledenbestand

Het Commissariaat kan bij een oordeel over de marktconformiteit van de nevenactiviteit tevens het gebruik van het ledenbestand betrekken indien het ledenbestand wordt gebruikt bij de nevenactiviteit.

Bij de vaststelling van de waarde van het ledenbestand dient de publieke media-instelling in ieder geval het volgende te betrekken:

- de tijdsevenredige toerekening van loon- en andere personeelslasten van werknemers van de publieke media-instelling;
- het gebruik van productiemiddelen en immateriële activa;
- toerekening van door derden gemaakte kosten ten behoeve van bewerkingen (aanpassingen) van het klantenbestand.

De publieke media-instelling dient de marktconformiteit van de waarde van het ledenbestand aan te tonen. Hierbij dienen in ieder geval vergelijkbare, door andere partijen betaalde vergoedingen te worden betrokken.

De publieke media-instelling dient vervolgens de waarde van het ledenbestand bij de nevenactiviteit in rekening te brengen.

Imago

Het Commissariaat kan, bij zijn oordeel over marktconformiteit, ook het gebruik van het imago van de publieke media-instelling betrekken. Onder imago wordt in ieder geval verstaan beeldmerk of logo. Het gaat hierbij alleen om het gebruik van het imago bij activiteiten die in het kader van de relatietoets zijn toegestaan. Het gebruik van het imago wordt in ieder geval betrokken indien er sprake is van een markt met een beperkt aantal aanbieders.

Voor het gebruik van het imago dienen in ieder geval marktconforme licentievergoedingen door derden te worden betaald. Bovendien dient, voorzover de licentieverlening op enigerlei wijze extra 'exposure' oplevert voor een derde, extra betaald te worden.

Bij het bepalen van de omvang van de marktconforme licentievergoeding dient de publieke media-instelling in ieder geval het volgende te betrekken:

- de sterkte van het merk;
- het communicatievoordeel dat het gebruik van het merk voor derden oplevert;
- de hoeveelheid van het materiaal dat aan derden wordt geleverd.

De publieke media-instelling dient de marktconformiteit van de licentievergoeding aan te tonen. Hierbij dienen in ieder geval vergelijkbare, door andere partijen betaalde licentievergoedingen te worden betrokken.

Het verlenen van een merklicentie zonder enige tegenprestatie is in alle gevallen in strijd met artikel 2.141, eerste lid van de Mediawet 2008.



Markt

De verkoopprijs is afhankelijk van de markt die door de publieke media-instelling met de nevenactiviteit wordt betreden. Het Commissariaat zal voor het bepalen van de markt de publieke media-instellingen, aan de hand van een vragenlijst, verzoeken een beschrijving te geven van de desbetreffende markt. In een markt met een beperkt aantal aanbieders worden andere factoren dan de verkoopprijs betrokken bij het oordeel over marktconformiteit.

Overige factoren

Het Commissariaat kan bij een oordeel over marktconformiteit ook nog andere factoren betrekken zoals mogelijke inefficiëncy van andere aanbieders in de relevante markt of (verboden) afspraken tussen andere aanbieders.

Artikel 9

Mocht het Commissariaat, naar aanleiding van het in kaart brengen van de relevante markt, constateren dat er geen sprake is van andere aanbieders van dezelfde of vergelijkbare goederen of diensten, dan wordt de prijs geacht marktconform te zijn. Indien op een later moment een derde partij zich bij het Commissariaat meldt als aanbieder van dezelfde of vergelijkbare goederen, dan wordt de marktconformiteit opnieuw getoetst. Mocht uit de toets op marktconformiteit vervolgens blijken dat de activiteit niet marktconform wordt verricht dan zal de media-instelling de activiteit moeten staken, dan wel er voor moeten zorgdragen dat de activiteit alsnog marktconform wordt verricht. Hiervoor zal met de media-instelling een termijn worden afgesproken.

In het tweede lid, van dit artikel doelt het Commissariaat in het bijzonder op nevenactiviteiten waarbij sprake is van vastleggingen van programma's. In deze gevallen is het Commissariaat van oordeel dat het voltrekken van de relatief uitgebreide marktconformiteitstoets niet in verhouding staat tot de te verwachten marktgevolgen. Het Commissariaat zal in dergelijke gevallen in zijn besluit toelichten waarom is afgezien van de toets op marktconformiteit.

Artikel 10

Het Commissariaat maakt voor de beoordeling van de relevante markt gebruik van vragenlijsten die aan de publieke media-instelling en andere betrokken partijen kunnen worden voorgelegd.

Bij de toets op marktconformiteit kunnen in voorkomende gevallen begrippen aan de orde zijn die worden gehanteerd bij de toepassing van artikel 24 van de Mededingingswet. Met oog op het belang van een uniforme uitleg van deze begrippen op het terrein van de mededinging wordt in onderhavige gevallen gewaarborgd dat de NMa zich uit kan laten over de behandeling van aangelegenheden van wederzijds belang. Op grond van het beginsel van hoor- en wederhoor worden partijen in de gelegenheid gesteld van de reactie van de NMa kennis te nemen.

Kostendekkendheid

Artikel 11

Op grond van artikel 2.135, eerste lid, van de wet worden alle netto inkomsten van een publieke media-instelling, waaronder de inkomsten uit nevenactiviteiten en vermogen, voor zover bij of krachtens deze wet niet anders is bepaald, aangewend voor de uitvoering van de publieke media-opdracht.

Op grond van artikel 2.132 dient een nevenactiviteit kostendekkend te zijn. Indien dit niet het geval is worden inkomsten van de publieke media-instelling aangewend voor nevenactiviteiten, terwijl alle inkomsten bedoeld zijn voor de uitvoering van de publieke media-opdracht. Op grond van artikel 12 van deze regeling mag er sprake zijn van aanloopverliezen. Bij de beoordeling van de kostendekkendheid van de nevenactiviteit zal in dat geval wel worden meegewogen in welke mate de activiteit financiële risico's met zich mee brengt. Hiervan kan bijvoorbeeld sprake zijn als er veel geld met de activiteit is gemoeid.

Bij de bepaling van de kostprijs wordt uitgegaan van de toelichting bij artikel 7 van deze regeling.

Artikel 12

Een onverhoopt negatief financieel resultaat van een bestaande nevenactiviteit mag in principe alleen binnen het desbetreffende boekjaar worden gecompenseerd met de positieve resultaten van andere



nevenactiviteiten. Dit dient overigens een uitzondering te blijven. Het Commissariaat is van oordeel dat een nevenactiviteit niet meer dan één jaar verliesgevend mag zijn. Indien een activiteit voor het tweede jaar verliesgevend blijkt te zijn, dan kan het Commissariaat de toestemming om de nevenactiviteit te mogen verrichten intrekken. Dit betekent dat deze nevenactiviteit niet langer is toegestaan.

Er kan voorts sprake zijn van aanloopverliezen bij de exploitatie van een nieuwe nevenactiviteit. Bedoelde aanloopverliezen zullen gedurende een periode van maximaal drie boekjaren gesaldeerd mogen worden met de positieve resultaten van andere nevenactiviteiten. Een nevenactiviteit moet binnen drie jaar kostendekkend worden verricht. Dit betekent dat een nevenactiviteit in het derde jaar na de start van de activiteit een positief resultaat moet behalen. Dit betekent dat de door de publieke media-instelling overgelegde prognoses en toelichtingen niet gebaseerd moeten zijn op een kalenderjaar maar uitgaan van de startdatum van een activiteit. Indien de activiteit langer dan 2 jaar niet kostendekkend wordt verricht kan de toestemming om de nevenactiviteit te mogen verrichten worden ingetrokken. Dit betekent dat deze nevenactiviteit niet langer is toegestaan.

Procedure

Artikel 13

Op grond van artikel 2.134, derde lid, van de wet heeft het Commissariaat voor het verstrekken van gegevens een vragenlijst opgesteld. Indien de vragenlijst onvolledig is ingevuld of de benodigde bijlagen niet zijn aangeleverd wordt het verzoek om toestemming niet in behandeling genomen totdat alle gegevens zijn ontvangen. De media-instelling mag pas met de nevenactiviteit starten indien het Commissariaat toestemming heeft verleend. Op grond van artikel 4:13 van de Algemene wet bestuursrecht heeft het Commissariaat 8 weken de tijd om een beslissing te nemen op de aanvraag van de media-instellingen.

Om toezicht te kunnen uitoefenen op het verrichten van nevenactiviteiten kan het nodig zijn dat het Commissariaat een afschrift/exemplaar ontvangt van de nevenactiviteit die valt onder artikel 3 van deze regeling. Voor nevenactiviteiten moet vooraf toestemming worden verleend. Dit betekent dat de activiteit op het moment van toestemming nog niet daadwerkelijk wordt verricht. Desgevraagd dient de publieke media-instelling daarom het Commissariaat te voorzien van een exemplaar van de nevenactiviteit zodat het Commissariaat kan beoordelen of de activiteit inderdaad voldoet aan het bepaalde in artikel 3 van deze regeling.