

**Advies Geschillencommissie Publieke Omroep inzake
het bezwaar van NL Film & TV BV, Kemna & Zonen BV, Theu
Boermans en Peer Wittenbols tegen het besluit van de Raad van
Bestuur NPO van 6 maart 2018, tot afwijzing van een
toekenning aan de vereniging KRO-NCRV van een bijdrage uit
het NPO-fonds met betrekking tot het project Westerbork.**

1. Taak en samenstelling Geschillencommissie

De Stichting Nederlandse Publieke Omroep, hierna de NPO, heeft op grond van artikel 19 van haar statuten een Geschillencommissie. Op grond van artikel 20 van deze statuten is het de primaire taak van de Geschillencommissie de Raad van Bestuur NPO (hierna: Raad van Bestuur) te adviseren over te nemen besluiten, indien een landelijke publieke media-instelling of een andere belanghebbende bij de Raad van Bestuur een bezwaarschrift heeft ingediend dat betrekking heeft op een door de Raad van Bestuur genomen besluit in de zin van de Algemene wet bestuursrecht (hierna: Awb). Overeenkomstig artikel 3.5 onder b van het Reglement Bezwaarschriften Publieke Omroep handelt de Geschillencommissie daarbij als een adviescommissie als bedoeld in artikel 7:13 van de Awb.

2. Procedure

De vereniging KRO-NCRV (hierna: KRO-NCRV) heeft in januari 2018 een aanvraag ingediend bij het NPO-fonds voor een bijdrage in de kosten van de productie van het dramaproject 'Westerbork'. Bij besluit van 6 maart 2018 heeft de Raad van Bestuur deze aanvraag afgewezen en besloten geen bijdrage aan dit project te verstrekken.

Bij brief van 16 april 2018, dus binnen de termijn van zes weken uit artikel 7:1, eerste lid van de Awb, is tegen dit besluit bezwaar gemaakt door NL Film & TV BV, Kemna & Zonen BV, De heer Theu Boermans, en de heer Peer Wittebols, hierna gezamenlijk te noemen 'de Producent'. Dit bezwaar is vervolgens ingevolge het bepaalde in artikel 3, vijfde lid, sub a van het Reglement van de Geschillencommissie door de Raad van Bestuur in handen van de Geschillencommissie gesteld.

Op verzoek van de Geschillencommissie heeft de Raad van Bestuur op 30 mei 2018 een verweerschrift ingediend. Hierna zijn partijen op woensdag 4 juli 2018 tijdens een door de Geschillencommissie georganiseerde hoorzitting in de gelegenheid gesteld hun standpunt nader toe te lichten.

De Producent werd tijdens deze hoorzitting vertegenwoordigd door mevrouw Sabine Brian en de heer Boudewijn Rosenmuller, werkzaam bij NL Film & TV, en de heer

Christopher Parren werkzaam bij Kemna & Zonen BV. De Raad van Bestuur werd vertegenwoordigd door mevrouw Mr. Veroniek Schaafsma van de afdeling Juridische Zaken van de NPO, Mevrouw Hanneke Bouwsema, algemeen secretaris van het NPO-fonds en mevrouw Jenny Booms, secretaris drama van het NPO-fonds.

3. Achtergrond en feiten

Het NPO-fonds is een onderdeel van de NPO. Het NPO-fonds heeft tot taak hoogwaardige dramaproducties, documentaires en talentontwikkeling te stimuleren. Het NPO-fonds wordt gefinancierd uit het door de Minister op grond van artikel 2.149, eerste lid, sub f, van de Mediawet 2008, vastgesteld budget voor de versterking van het media-aanbod van de landelijke publieke mediadienst. Alleen landelijke publieke media-instellingen kunnen een aanvraag doen. De aanvragen kunnen zoals in het onderhavige geval, betrekking hebben op co-producties met externe producenten.

De Raad van Bestuur neemt de besluiten over aanvragen op basis van inhoudelijke advisering door de aan het NPO-fonds verbonden Commissies van onafhankelijke deskundigen.

Het project Westerbork is door KRO-NCRV ingediend bij het NPO-fonds voor het eerst in de zogenoemde aanvraagronde van 28 februari 2017. Dit betrof een aanvraag voor een productiebijdrage. Deze aanvraag werd afgewezen bij besluit van de Raad van Bestuur van 18 april 2017. Een tweede aanvraag volgde tijdens de aanvraagronde van 3 oktober 2017. Deze aanvraag werd bij wijze van uitzondering behandeld als ware er sprake van een aanvraag voor een financiële ontwikkelingsbijdrage. Hiertoe werd een bedrag ter hoogte van € 53.845,-- toegekend aan KRO-NCRV. In de aanvraagronde van 23 januari 2018 werd wederom aan aanvraag ingediend door KRO-NCRV voor een productiebijdrage. Deze aanvraag is door het NPO-fonds als tweede aanvraag in behandeling genomen en na advisering door het NPO-fonds door de Raad van Bestuur afgewezen bij besluit van 6 maart 2018.

4. De standpunten van partijen

4.1. Het standpunt van de Producent

Het volledige standpunt van de Producent is uiteengezet in het bezwaarschrift van 16 april 2018 en de toelichting daarop tijdens de hoorzitting op 4 juli 2018. Het standpunt van de Producent laat zich samenvatten als volgt:

- In het kader van de toekenning van de ontwikkelingsbijdrage bij besluit van 14 november 2017 werd aangegeven dat deze was toegekend "om de aanvragers in de gelegenheid te stellen te komen tot een verdere verbetering van de scenario's en een tweede indiening van de productieaanvraag te gelegener tijd mogelijk te

maken". De feedback van de Commissie is daarna uiterst serieus genomen en verwerkt in het scenario dat in het kader van de aanvraagronde van 23 januari 2018 werd ingediend. Het besluit van de Raad van Bestuur deze aanvraag opnieuw af te wijzen is naar het oordeel van de Producent gebaseerd op een onzorgvuldige en op onderdelen onjuiste beoordeling van de nieuwe aangepaste scenario's. Hiermee is het besluit ondeugdelijk gemotiveerd.

- Bij de toekenning van de ontwikkelingsbijdrage heeft er een gesprek plaatsgevonden tussen de algemeen secretaris van het NPO-Fonds mevrouw Hanneke Bouwsema, Mevrouw Mascha van Erven van KRO-NCRV en Sabine Brian van NL Film & TV. In dit gesprek werd door mevrouw Bouwsema aangegeven dat indien "de feedback van de Commissie verwerkt zou worden, er geen reden zou zijn een tweede productieaanvraag niet positief te beoordelen". Hiermee is de verwachting gewekt, dat na aanpassing van de kritiekpunten de nieuwe productieaanvraag toegekend zou worden.
- Er is onvoldoende mogelijkheid geweest voor inhoudelijk overleg. Naar aanleiding van de eerste afwijzing op 18 april 2017 is er door de Producent een brief gestuurd met kritiek op de inhoudelijke motivering van de afwijzing en een verzoek om extra motivering en uitleg. De Producent ontving echter geen reactie op deze brief.
- De Producent acht het tot slot vanuit het oogpunt van transparantie en zorgvuldige besluitvorming onzorgvuldig dat namen van de leden van de adviescommissie die het advies hebben gegeven niet bekend gemaakt worden. Hierdoor is het niet mogelijk om vast te stellen of er sprake is van een belangenverstremming of een conflict. Het NPO-fonds kan hiermee niet de nodige onpartijdigheid garanderen. Dit is volgens de Producent ook in strijd met het bepaalde in artikel 3:8 van de Awb.

4.2. Het standpunt van de Raad van Bestuur.

Het volledige standpunt van de Raad van Bestuur is uiteengezet in het verweerschrift van 30 mei 2018 en de toelichting daarop tijdens de hoorzitting op 4 juli 2018. Het verweer van de Raad van Bestuur laat zich samenvatten als volgt: De Raad van Bestuur heeft zich primair op het standpunt gesteld dat het bezwaar niet-ontvankelijk is. De Raad van Bestuur heeft in dit verband gewezen op vaste rechtspraak, waaronder de uitspraak van de Rechtbank Amsterdam van 14 juni 2012, inzake het beroep van Filmotech Nederland BV, waarin is bepaald dat indien en voor zover een partij via een contractuele relatie met de geadresseerde van een besluit een belang heeft bij dat besluit, er geen sprake is van een rechtstreeks belang, maar van een afgeleid belang. Een dergelijke partij is niet-ontvankelijk in

zijn bezwaar. De Producent heeft slechts een afgeleid belang via een overeenkomst met KRO-NCRV en aldus geen rechtsreeks belang, zoals is vereist op grond van het bepaalde in artikel 1:2, eerste lid, van de Awb.

Naar het oordeel van de Raad van Bestuur dient de Geschillencommissie vanwege de niet-ontvankelijkheid niet toe te komen aan een inhoudelijke beoordeling van het bezwaar. Subsidiar heeft de Raad van Bestuur het volgende inhoudelijk verweer gevoerd:

- De Raad van Bestuur heeft het besluit genomen op basis van een advies van de Commissie van het NPO-fonds en zich er daarbij van vergewist, dat het advies zorgvuldig, in overeenstemming met de voor het NPO-fonds vastgestelde werkwijze en getoetst aan de kenbare criteria, tot stand is gekomen.
- De Raad van Bestuur betwist dat de Secretaris van het NPO-fonds verwachtingen gewekt zou hebben. De Producent is bekend met de werkwijze van het NPO-fonds, een werkwijze die bij meerdere cultuurfondsen gebruikt wordt. Daarmee is de Producent op de hoogte van het feit dat een secretaris een coördinerende rol heeft en geen stem heeft bij de beoordeling van aanvragen en dus ook geen uitspraken kan doen over toewijzing of afwijzing van een aanvraag.
- De Raad van Bestuur heeft er op gewezen dat artikel 3:8 van de Awb, waarin is bepaald dat de naam van de adviseur die een advies heeft uitgebracht vermeld dient te worden, niet van toepassing is op de leden van de commissies van het NPO-fonds. Deze bepaling is van toepassing op een adviesrelatie die in het leven is geroepen op grond van een wettelijk voorschrift en dat is in het kader van de commissies van het NPO-fonds niet het geval.
- De Raad van Bestuur heeft voorts aangegeven dat de namen van alle deskundigen die zitting kunnen hebben in een adviescommissie van het NPO-fonds vermeld staan op de website van de NPO. De uiteindelijke samenstelling van een concrete adviescommissie wordt echter niet bekend gemaakt. Als reden hiervoor heeft de Raad van Bestuur aangegeven dat de adviseurs als commissielid kwetsbaar zijn. Zij opereren in een wereld waar iedereen elkaar kent en voorkomen moet worden dat zij aangesproken worden op een uitgebracht advies.
- De Raad van Bestuur heeft er ook op gewezen dat deze werkwijze binnen diverse andere Fondsen ook gebruikelijk is en aangegeven dat het opheffen van de anonimiteit tot gevolg zal hebben dat deskundigen zich terugtrekken, hetgeen problematisch zou zijn omdat het aanbod van deskundigen die kunnen en willen adviseren zeer beperkt is.

- De Raad van bestuur heeft er tot slot op gewezen dat de deskundigen voordat zij zitting nemen in een concrete Commissie zelf aan de hand van de ingediende aanvragen dienen te beoordelen of er mogelijk sprake zou kunnen zijn van conflicterend belang. In dat geval neemt de deskundige geen zitting in de betreffende Commissie. Dit komt in de praktijk ook geregeld voor.

5. De beoordeling door de Commissie

De Commissie zal allereerst de ontvankelijkheid van het bezwaar beoordelen. In artikel 7:1 van de Awb, gelezen in verbinding met artikel 8:1 van de Awb, is bepaald dat een belanghebbende tegen een besluit bezwaar kan maken. In artikel 1:2, eerste lid, van de Awb is bepaald dat onder een belanghebbende wordt verstaan: degene wiens belang rechtstreeks bij een besluit is betrokken. Ingevolge vaste rechtspraak is hiervoor vereist, dat sprake is van een objectief en actueel, eigen, persoonlijk belang dat in voldoende mate is te onderscheiden van anderen en dat rechtstreeks wordt geraakt door het besluit.

Het belang van de Producent bij het besluit van 6 maart 2018 voldoet niet aan deze criteria. Dit besluit is immers gericht tot KRO-NCRV en deze vereniging heeft kennelijk geen aanleiding gezien bezwaar te maken tegen het besluit. Het belang van de Producent is slechts terug te voeren op de contractuele relatie met KRO-NCRV en staat in een te ver verwijderd verband tot dat besluit. Voorts zijn door de Producent in het bezwaarschrift en tijdens de hoorzitting geen feiten of omstandigheden aangedragen, waaruit volgt dat er een reële mogelijkheid bestaat dat hij wordt getroffen in fundamentele rechten, die aanleiding kunnen vormen hem wel als belanghebbende aan te merken. Dit alles leidt tot de slotsom dat de Producent slechts een afgeleid belang heeft bij het besluit van 6 maart 2018 en niet aangemerkt kan worden als belanghebbende in de zin van artikel 1:2 van de Awb. Het bezwaar van de Producent dient daarom niet-ontvankelijk verklaard te worden.

Het hiervoor besproken advies maakt een inhoudelijke beoordeling van het bezwaar in beginsel overbodig. Gelet echter op het feit dat dit het eerste advies is van de Geschillencommissie waarin een besluit van de Raad van Bestuur gebaseerd op een advies van het NPO-fonds aan de orde is, ziet de Geschillencommissie aanleiding om geheel ten overvloede toch enkele opmerkingen te maken die van belang kunnen zijn voor de toetsing van toekomstige besluiten van de Raad van Bestuur gebaseerd op adviezen van adviescommissies van het NPO-fonds.

Ten eerste blijkt uit de door de Raad van Bestuur verstrekte gegevens dat een advies van een adviescommissie van het NPO-fonds in beginsel door de Raad van Bestuur wordt overgenomen en slechts marginaal wordt getoetst op drie aspecten,

zijnde ten eerste een significante afwijking van de vooraf toebedeelde begroting van het NPO-fonds, ten tweede het niet naleven van essentiële procedureregels en ten derde evidente schending van de criteria. De Commissie wijst erop dat deze wijze van toetsing niet geheel in overeenstemming is met het bepaalde in de Awb. Een adviescommissie van het NPO-fonds kan weliswaar niet als een adviseur in de zin van artikel 3:5 van de Awb worden aangemerkt, zodat de vergewisplicht van artikel 3:9 van de Awb niet rechtstreeks van toepassing is, maar dit laat onverlet dat artikel 3:2 van de Awb met zich brengt dat de Raad van Bestuur zich dient te vergewissen van de zorgvuldigheid van ieder onderzoek waarvan het de resultaten aan een besluit ten grondslag legt.¹ Dit betekent dat het advies zorgvuldig tot stand moet zijn gekomen en qua inhoud inzichtelijk en concludent moet zijn.

Nu de Raad van Bestuur slechts toetst op bovengenoemde drie criteria bij de beoordeling van adviezen van de adviescommissies van het NPO-fonds lijkt de Raad van Bestuur niet te voldoen aan de uit de Awb en de rechtspraak voortvloeiende vereisten.

Ten tweede heeft de Commissie met enige verbazing vastgesteld dat het voor belanghebbenden volstrekt onduidelijk is welke deskundigen deel uitmaken van de adviescommissie die een bepaald advies afgeeft. De namen van alle leden van de adviescommissies zijn weliswaar kenbaar gemaakt, maar onduidelijk is welke specifieke leden van zo'n commissie een bepaald advies afgeven. Alhoewel de Raad van Bestuur heeft betoogd dat hiervoor is gekozen ter bescherming van de personen in de adviescommissie, is het de vraag of het belang hiervan opweegt tegen het belang van de mogelijkheid de onafhankelijkheid en onpartijdigheid van de adviseurs in de commissies (in rechte) te toetsen. De procedure ter voorkoming van belangenverstremgeling - die inhoudt dat de leden van de adviescommissies dit zelf dienen te melden - acht de Commissie weinig overtuigend.

Nu de adviescommissie van het NPO-fonds, zoals hiervoor al is overwogen niet als een adviseur in de zin van artikel 3:5 van de Awb kan worden aangemerkt is artikel 3:8 van de Awb weliswaar niet van toepassing, maar de vraag rijst of op de hiervoor beschreven wijze de onafhankelijkheid en onpartijdigheid van de adviescommissies voldoende door belanghebbenden en - in latere instantie - de rechter getoetst kan worden. Het komt de Commissie dan ook geraden voor dat gezocht gaat worden naar mogelijkheden om op dit punt belanghebbenden beter te informeren en meer transparantie te bieden.

¹ Zie ECLI:NL:RVS:2016:318 en ECLI:NL:RVS:2017:466

6. Advies

De Commissie adviseert de Raad van Bestuur het bezwaar van NL Film & TV BV, Kemna & Zonen BV, de heer Theu Boermans, en de heer Peer Wittebols tegen het besluit van de Raad van Bestuur van 6 maart 2018 tot afwijzing van een toekenning aan KRO-NCRV van een bijdrage uit het NPO-fonds met betrekking tot het project Westerbork niet-ontvankelijk te verklaren.

Aldus vastgesteld door Mr. T.L. de Vries, Mr. M. C. van der Laan en Prof. Mr. W. den Ouden en op 16 juli 2018 aan de Raad van Bestuur toegezonden.

De Geschillencommissie,



Mr. A.S. van Lijf
Secretaris