

**Advies Geschillencommissie Publieke Omroep inzake
het bezwaar van de vereniging AVROTROS tegen het
Plaatsingsbesluit Audio 2018-3 en het Plaatsingsbesluit Audio
2019-1 van 19 juli 2018**

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 AVROTROS (hierna: AVROTROS) heeft op 29 augustus 2018 bezwaar gemaakt tegen het Plaatsingsbesluit Audio 2018-3 en het plaatsingsbesluit Audio 2019-1 van 19 juli 2018.

Voor wat betreft het Plaatsingsbesluit Audio 2018-3 richt het bezwaar van AVROTROS zich op de twee onderdelen van dit besluit, waarbij de Raad van Bestuur heeft besloten om het slot Radio 2, 14.00 – 16.00 uur, ma-do, en het slot Radio 2, 20.00 – 22.00 uur op vrijdag, met een daarbij behorend budget toe te kennen aan respectievelijk de omroepen BNN-VARA en KRO-NCRV en niet aan AVROTROS.

Voor wat betreft het Plaatsingsbesluit Audio 2019-1 is het bezwaar gericht tegen het onderdeel van dit besluit, waarbij de Raad van Bestuur heeft besloten om het slot NPO Radio 1 van 8.30 uur tot 11.00 uur op de zaterdagochtend voor het jaar 2019 toe te kennen aan Omroep MAX en niet aan AVROTROS.

Bij brief met bijlagen van 30 oktober 2018 heeft AVROTROS de gronden van het bezwaar kenbaar gemaakt.

Op verzoek van de Geschillencommissie heeft de Raad van Bestuur bij brief van 17 december 2018 een verweerschrift ingediend. Omroep MAX is in de gelegenheid gesteld een zienswijze kenbaar te maken als derde belanghebbende en heeft hiervan gebruik gemaakt door bij brief van 24 januari 2019 een zienswijze in te dienen.

Op maandag 4 februari 2019 zijn partijen en de derde belanghebbende, Omroep MAX, tijdens een door de Geschillencommissie georganiseerde hoorzitting, in de gelegenheid gesteld hun standpunten nader toe te lichten. AVROTROS werd tijdens deze hoorzitting vertegenwoordigd door de heer mr. J.R. van Angeren, advocaat, de heer mr. P. Disseldorp, advocaat, en mevrouw E. Beckx, hoofd juridische zaken AVROTROS.

De Raad van Bestuur werd vertegenwoordigd door mr. A.F.Y. Groothuis, en mr. drs. V.D.M. Schaafsma, beiden verbonden aan de afdeling Juridische Zaken van de NPO, de heer mr. R.A. Vecht, hoofd juridische Zaken NPO en de heer mr. E. van Hengstum, verbonden aan de Directie Audio van de NPO.

Omroep MAX werd vertegenwoordigd door de heer mr. R.D. Chavannes, advocaat, mevrouw mr. H. Kooijman, advocaat en mevrouw F. Arend, adjunct-directeur Omroep MAX.

3. Eerdere procedure

AVROTROS heeft eerder bezwaar gemaakt tegen toekenningsbesluiten van dezelfde slots op NPO Radio 2 en NPO Radio 1 in het kader van het definitief Plaatsingsbesluit 2018-1 van 9 november 2017. De Raad van Bestuur heeft de bezwaren van AVROTROS in die bezwaarprocedures, na advisering door deze Commissie, ongegrond verklaard. Tegen die beslissing op bezwaar van de Raad van Bestuur van 1 mei 2018, heeft AVROTROS beroep ingesteld bij de Rechtbank Midden-Nederland. De Rechtbank heeft in deze beroepsprocedure nog geen uitspraak gedaan.

4. De standpunten van partijen t.a.v. het Plaatsingsbesluit Audio 2018-3

4.1 AVROTROS

Het standpunt van AVROTROS is uiteengezet in het aanvullende bezwaarschrift van 30 oktober 2018 en in een mondelinge toelichting tijdens de hoorzitting op 4 februari 2019. De bezwaren van AVROTROS laten zich als volgt samenvatten: AVROTROS heeft naar voren gebracht dat haar standpunt niet los kan worden gezien van de door haar aangevoerde bezwaren in het kader van de bezwaarprocedure tegen het definitief Plaatsingsbesluit van 9 november 2017. In deze eerdere bezwaarprocedure heeft AVROTROS onder meer het volgende naar voren gebracht.

De presentator van het AVROTROS programma op maandag tot en met vrijdag van 14.00 tot 16.00 op Radio 2 (Rob Stenders) heeft al vroeg in 2017 de samenwerking met AVROTROS per 31 augustus 2017 beëindigd. Bij het zoeken

naar alternatieven voor dit programma heeft AVROTROS toen contact gehad met de Directie Radio van de NPO. Daarbij is door de Directie Radio aangegeven dat Annemieke Schollaardt, die toen nog een programma presenteerde op Radio 3FM, een geschikte kandidaat zou zijn. AVROTROS heeft er vervolgens voor gezorgd dat Schollaardt het programma van Stenders vanaf 1 september 2017 heeft voortgezet. AVROTROS was zeer verbaasd toen zij enige weken later van de Directie Radio vernam dat het voornemen bestond om dit tijdslot in 2018 weer toe te kennen aan Stenders, nu als presentator van BNN-VARA. Deze wijze van verdelen van schaarse zendtijd is volgens AVROTROS niet transparant en verdraagt zich niet met een eerlijke en open verdeelprocedure van zendtijd.

Naar aanleiding van de door AVROTROS ingebrachte bedenkingen besloot de Raad van Bestuur op 10 oktober 2017 om het College van Omroepen (hierna: CvO) de mogelijkheid te geven om een alternatief voorstel aan de Raad van Bestuur in overweging te geven voor onder meer de aan de orde zijnde tijdslots.

Van het advies van het College van Omroepen werd evenwel in het kader van het definitief Plaatsingsbesluit Audio 2018-1 van 9 november 2017 op enkele onderdelen afgeweken.

AVROTROS heeft aangevoerd dat de Raad van Bestuur daartoe niet bevoegd was. De intekening op bepaald slots moet aangemerkt worden als een aanvraag in de zin van de Awb. Door af te wijken van het advies van het CvO is de Raad van Bestuur ten aanzien van twee slots buiten de aanvragen getreden, daardoor zijn alle bestreden besluiten onbevoegd genomen.

Tijdens de hoorzitting van maandag 12 maart 2018 is door AVROTROS verklaard alleen een oordeel te willen vernemen over de rechtmatigheid van de bestreden onderdelen van het plaatsingsbesluit Radio 2018 – in verband met een eventueel te vorderen schadevergoeding – maar geen wijziging van die onderdelen meer na te streven, omdat luisteraars geen baat hebben bij een verdere wijziging van de verdeling van zendtijd.

AVROTROS heeft verwezen naar het advies van de Commissie in de voornoemde bezwaarprocedure van 3 april 2018 en naar voren gebracht dat de Commissie heeft geadviseerd de bezwaren van AVROTROS op enkele onderdelen gegrond te achten en onder meer heeft aangegeven dat eventueel compensatie moet worden geboden aan AVROTROS en dat de Raad van Bestuur dient te beslissen op het verzoek van AVROTROS om vergoeding van kosten op grond van artikel 7:15 van de Awb.

De Raad van bestuur heeft het advies van de Commissie niet gevolgd en heeft de bezwaren van AVROTROS ongegrond verklaard. In het betreffende besluit op bezwaar van 1 mei 2018 is door de Raad van Bestuur overwogen dat "nu de bezwaren van AVROTROS geen doel treffen en er overigens niet is gebleken dat AVROTROS schade heeft geleden door de bestreden besluitvorming er geen aanleiding is tot compensatie, dan wel een proceskostenveroordeling op grond van artikel 7:15 Awb".

AVROTROS heeft naar voren gebracht bezwaar te maken tegen het onderhavige plaatsingsbesluit 2018-3 van 19 juli 2018, omdat de Raad van Bestuur in het kader van dit opvolgende besluit evenmin compensatie heeft geboden.

4.2 Raad van Bestuur

Het standpunt van de Raad van Bestuur is uiteengezet in het verweerschrift van 17 december 2018 en de mondelinge toelichting daarop tijdens de hoorzitting op 4 februari 2019. De Raad van Bestuur heeft er op gewezen dat AVROTROS in het kader van het onderhavige bezwaar niet beoogt om de programmering aan te passen, maar dat het haar vooral te doen is om schadevergoeding van door haar gestelde schade in verband met de reeds in het kader van het definitief Plaatsingsbesluit Audio van 9 november 2017 vastgestelde en daarna niet meer gewijzigde programmering op NPO Radio 2. De Raad van Bestuur stelt dat het vermeende schadeveroorzakende handelen dus betrekking heeft op het definitief Plaatsingsbesluit 2018-1 van 9 november 2017, waarover op 1 mei 2018 een besluit op bezwaar is genomen. Een eventueel oordeel in de lopende beroepszaak tegen dit besluit heeft volgens de Raad van Bestuur niet tot gevolg dat hetzelfde oordeel geldt voor elk volgend besluit. Aan ieder besluit van de Raad van Bestuur ligt immers een nieuw besluitvormingsproces ten grondslag.

De Raad van Bestuur heeft verder aangegeven dat er in het kader van het Plaatsingsbesluit Audio 2018-3 van 19 juli 2018 geen wijzigingen zijn aangebracht in de programmering op NPO Radio 2. Het Plaatsingsbesluit 2018-1 van 9 november 2017 had betrekking op de toekenning van de bewuste slots op NPO Radio 2 over het tijdvak januari tot en met augustus 2018. Reeds in het kader van het Plaatsingsbesluit van 3 april 2018 (Audio 2018-2) is tot continuering van de bewuste programmering op NPO Radio 2 over het tijdvak september tot en met december 2018 besloten. Als AVROTROS van mening is dat de Raad van Bestuur onzorgvuldig heeft gehandeld bij de toekenning over het tijdvak september – december 2018 dan had AVROTROS tijdig bezwaar moeten maken tegen het besluit waarmee deze programmering is toegekend, te weten tegen het besluit van 3 april 2018. Op 19 juli 2018 is er voor wat betreft de programmering op NPO Radio 2 geen voor bezwaar vatbaar besluit genomen. Het bezwaar van AVROTROS tegen

het Plaatsingsbesluit Audio 2018-3 is daarom niet-ontvankelijk volgens de Raad van Bestuur.

4.3 AVROTROS

AVROTROS heeft bestreden dat haar bezwaar tegen het Plaatsingsbesluit Audio 2018-3 niet-ontvankelijk zou zijn, omdat in het kader van het besluit van 19 juli 2018 in de programmering op NPO Radio 2 geen wijzigingen zijn aangebracht. Dit kan volgens AVROTROS niet tot niet-ontvankelijkheid leiden, omdat het belang van AVROTROS niet is gelegen in het aanpassen van de programmering, maar in compensatie van geleden schade. Ook de stelling van de Raad van Bestuur dat AVROTROS bezwaar had moeten maken tegen het Plaatsingsbesluit van 3 april 2018, omdat de toekenning van de bewuste slots op NPO Radio 2 over de maanden september tot en met december 2018 in dat besluit heeft plaatsgevonden en niet in het Plaatsingsbesluit Audio 2018-3 van 19 juli 2018, dient volgens AVROTROS niet te resulteren in niet-ontvankelijkheid van haar bezwaar, omdat compensatie in het kader van het besluit van 19 juli 2018 is uitgebleven.

5. De standpunten van partijen t.a.v. het Plaatsingsbesluit Audio 2019 – 1

5.1 AVROTROS

Het standpunt van AVROTROS is uiteengezet in het aanvullende bezwaarschrift van 30 oktober 2018 en de mondelinge toelichting daarop tijdens de hoorzitting op 4 februari 2019. De bezwaren van AVROTROS laten zich als volgt samenvatten: AVROTROS heeft er op gewezen dat de beslissing van de Raad van Bestuur om het zaterdagochtendslot op NPO Radio 1 voor het jaar 2019 wederom aan Omroep MAX toe te wijzen een lange voorgeschiedenis heeft. AVROTROS verwijst ter zake naar haar bezwaarschrift van 17 januari 2018 tegen het definitief Plaatsingsbesluit Audio 2018-1 van 9 november 2017 en geeft aan dat haar bezwaren tegen het onderhavige Plaatsingsbesluit Audio 2019-1 van 19 juli 2018 grotendeels gelijk zijn. In het kader van genoemde eerdere bezwaarprocedure heeft AVROTROS onder meer het hiernavolgende naar voren gebracht:

Het programma Nieuwsshow is 35 jaar op de zaterdagochtend uitgezonden door AVROTROS. Het sinds 1 januari 2018 door Omroep MAX uit te zenden programma Nieuwsweekend is in feite een exacte kopie van het programma Nieuwsshow van AVROTROS.

Aan deze besluitvorming van de Raad van Bestuur is een voorgeschiedenis voorafgegaan. Tot augustus 2017 werd de Nieuwsshow gepresenteerd door Peter de Bie en Mieke van der Weij. In 2016 en 2017 hebben zich enkele incidenten voorgedaan met betrekking tot presentator De Bie. Dit resulteerde in april 2017

in de totstandkoming van afspraken tussen AVROTROS en De Bie over het einde van de arbeidsrelatie tussen partijen (door pensionering van De Bie) per 31 december 2017.

In augustus 2017 kwam AVROTROS er achter dat De Bie afspraken gemaakt had met Omroep MAX over een voorzetting van het programma Nieuwsshow bij Omroep MAX. Dit was aanleiding voor AVROTROS de samenwerking met De Bie per direct te beëindigen. De Bie werd vervangen door de heer J. Mom, die de Nieuwsshow al langer als vervanger presenteerde bij afwezigheid van De Bie. Op 2 augustus 2017 tekende AVROTROS voor het jaar 2018 in met het programma Nieuwsshow met Van der Weij en Mom als presentatie-duo op het NPO Radio 1 zaterdagochtendslot 8.30 – 11.00 uur.

Kort daarop liet Van der Weij weten de voorkeur te geven aan een overstap naar Omroep MAX samen met De Bie. Dit feit en negatieve uitlatingen van Van der Weij over de heer Mom en andere betrokkenen in de media resulteerde in een afscheid van AVROTROS van Van der Weij in oktober 2017 en de noodzaak voor AVROTROS om op zoek te gaan naar een nieuw presentatie-duo.

Omroep MAX tekende op 2 augustus 2017 op het NPO Radio 1 zaterdagochtendslot in met De Bie en Van der Weij.

AVROTROS heeft aangevoerd dat het besluit van de Raad van Bestuur om het tijdslot op Radio 1 op de zaterdagochtend van 8.30 – 11.00 met het bijbehorende budget toe te kennen aan Omroep MAX in strijd is met het vertrouwensbeginsel, onvoldoende is gemotiveerd, strijdig is met andere beginselen van goed bestuur en in strijd is met artikel 2.88 van de Mediawet. AVROTROS stelt, dat de Raad van Bestuur het vertrouwen heeft gewekt dat het slot aan AVROTROS zou worden toegekend, omdat het programma al 35 jaar door AVROTROS werd uitgezonden en AVROTROS er daarom vanuit mocht gaan het slot wederom toegekend te krijgen, althans dat dit slot niet rauwelijks aan een andere partij zou worden toegewezen. Daarbij is verwezen naar artikel 4:51 van de Awb en aangevoerd dat een langdurige relatie als hier aan de orde slechts beëindigd mag worden als sprake is van gewijzigde omstandigheden en met inachtneming van een redelijke termijn. Aan deze voorwaarden is in dit geval niet voldaan volgens AVROTROS.

De Raad van Bestuur heeft als motivering voor het toekennen van het slot aan Omroep MAX aangegeven dat de voorkeur van de Raad van Bestuur uitgaat naar presentatoren De Bie en van der Weij en het programma van Omroep MAX goedkoper is. Deze keuze is volgens AVROTROS onvoldoende gemotiveerd en onbegrijpelijk gelet op de aangevoerde bedenkingen.

Door te kiezen voor De Bie en Van der Meij heeft de Raad van Bestuur de keuze van de presentatoren mee laten wegen. Dit soort keuzes behoort echter tot de programmatische autonomie van de omroepen als bedoeld in artikel 2.88 van de Mediawet. De Raad van Bestuur heeft aldus in strijd gehandeld met het bepaalde in artikel 2.88 van de Mediawet.

AVROTROS heeft nooit signalen ontvangen dat het budget dat - al jaren - werd gehanteerd te hoog zou zijn en is er door de Raad van Bestuur verder nooit op gewezen dat het in het kader van de intekening opgegeven budget onderdeel zou zijn van de te maken afweging bij toewijzing van dit slot.

In juni 2018 tekende AVROTROS wederom in op het zaterdagochtendslot op NPO Radio 1 met het programma Nieuwsshow voor het programmatische jaar 2019. Het betreffende slot is door de Raad van Bestuur echter opnieuw toegewezen aan Omroep MAX. De voornaamste bezwaren van AVROTROS tegen deze nieuwe toekenning aan Omroep MAX laten zich samenvatten als volgt:

-De enige reden om voor Omroep MAX te kiezen is volgens AVROTROS gelegen in het gegeven dat Omroep MAX heeft ingeschreven met de presentatoren De Bie en Van der Weij. Dit is in strijd met artikel 2.88 van de Mediawet.

-AVROTROS heeft het programma Nieuwsshow 35 jaar uitgezonden en de toekenning aan Omroep MAX is daarom in strijd met het vertrouwensbeginsel. De schending van het vertrouwensbeginsel door het besluit van 9 november 2017 werkt door in het besluit van 19 juli 2018.

-Het besluit van 19 juli 2018 voldoet volgens AVROTROS niet aan het transparantiebeginsel omdat niet op te maken valt welke criteria de Raad van Bestuur heeft gehanteerd om tot een keuze voor Omroep MAX te komen. Het gaat er daarbij volgens AVROTROS vooral om dat de Raad van Bestuur onvoldoende duidelijk is over de verdelingscriteria en bilaterale gesprekken voert waarvan onduidelijk is in hoeverre deze een rol spelen bij de verdeling van de zendtijd.

-De Raad van bestuur stelt in het kader van haar besluit dat de intekening van Omroep MAX voldoet aan de voor het jaar 2019 geldende bezuinigingsdoelstelling, maar de intekening van AVROTROS was goedkoper dan die van Omroep MAX, zodat dit argument pleit voor toekenning van het slot aan AVROTROS.

5.2. Raad van Bestuur.

Het standpunt van de Raad van Bestuur is uiteengezet in het verweerschrift van 17 december 2018 en de mondelinge toelichting daarop tijdens de hoorzitting op 4 februari 2019. Het standpunt van de Raad van Bestuur laat zich als volgt samenvatten:

-De Raad van Bestuur heeft verwezen naar het advies van de Commissie van 3 april 2018 over de toekenning van het zaterdagochtendslot op NPO Radio 1 aan Omroep MAX. De Commissie concludeert in dit advies, dat in het kader van de beoordeling van twee intekeningen de presentator een rol kan spelen en dat een keuze die daarop is gemotiveerd geen inbreuk maakt op artikel 2.88 van de Mediawet.

-De Raad van Bestuur heeft naar voren gebracht dat de toekenning voor 2019 is genomen op basis van andere feitelijke omstandigheden en dat indien het vertrouwensbeginsel in deze een rol zou spelen, een eventuele toekenning voor 2019 aan AVROTROS niet zou kunnen plaatsvinden zonder het vertrouwensbeginsel jegens Omroep MAX te schenden.

-De Raad van Bestuur heeft er voorts op gewezen dat er in lijn met het advies van deze Commissie van 3 april 2018 een aantal wijzigingen is doorgevoerd in de procedure om te komen tot zendtijdindeling. De procedure zoals deze is vastgelegd in het Coördinatiereglement is ongewijzigd gebleven, maar in aanvulling daarop is het proces in het Jaarplan Audio 2019 verduidelijkt. Door opname van:

- kwalitatieve en kwantitatieve doestellingen;
- financiële kaders passend bij bepaalde soorten programmering op bepaalde tijden;
- een genreschema per zender, waarbij is aangegeven bij welke programmering wijziging gewenst is en welke programmering in principe gecontinueerd wordt.

De Raad van Bestuur stelt dat het indelingsproces in de praktijk goed werkt. In het Plaatsingsbesluit van 19 juli 2018 gaat het om 213 andere plaatsingen met een totaal budget van € 60 miljoen waar geen bezwaar tegen is gemaakt.

De Raad van Bestuur is verder van mening, dat het bezwaar van AVROTROS tegen het voeren van bilateraal overleg niet in het belang is van een zorgvuldige besluitvorming en dat dit ook zeker niet de wens is van de omroepen. Wel heeft de Raad van Bestuur naar aanleiding van het advies van de Commissie van 3 april 2018 bepaald dat er tot een van te voren kenbaar gemaakte datum gesprekken gevoerd kunnen worden. Daarna beraden de zendermanagers zich over het totaal aan intekeningen.

Voorafgaand aan de intekening van AVROTROS voor het zaterdagochtendslot op NPO Radio 1 heeft er evenwel geen gesprek plaatsgevonden tussen AVROTROS en de zendermanager. Nadat in het kader van het concept plaatsingsbesluit de keuze op Omroep MAX was gevallen is er door AVROTROS slechts om een toelichting gevraagd. AVROTROS heeft echter niet negatief geadviseerd over het conceptschema. Wel heeft AVROTROS op 29 augustus 2018 bezwaar gemaakt tegen het definitieve plaatsingsbesluit van 19 juli 2018.

De Raad van Bestuur heeft haar besluit het slot toe te kennen aan Omroep MAX gemotiveerd als volgt:

- In het Jaarplan Audio 2019 is met het oog op continuïteit voor de luisteraar bepaald dat de dag- en avondprogrammering in 2019 zoveel mogelijk in stand gehouden zou worden.
- Het programma van Omroep MAX heeft in 2018 aan de doelstellingen voldaan, de luister- en waarderingscijfers waren goed.
- het presentatie duo van Omroep MAX heeft als bestaand duo jarenlange ervaring. Het duo van AVROTROS heeft veel minder ervaring;
- Eén van de presentatoren van AVROTROS presenteert op de zaterdagmiddag het programma Radar op NPO Radio 1. Het is een zware belasting voor een presentator om op één dag twee programma's te presenteren.
- De intekening van AVROTROS geeft minder zekerheid dat de doelstellingen worden behaald.
- Beide intekeningen voldoen aan de bezuinigingsdoelstelling, maar de intekening van Omroep MAX is € 17.000 hoger. Dit verschil is evenwel niet als doorslaggevend beoordeeld ten opzichte van de andere overwegingen.

6. De zienswijze van Omroep MAX

De zienswijze van Omroep MAX is uiteengezet in de brief van 24 januari 2018 en de mondelinge toelichting daarop tijdens de hoorzitting op 4 februari 2019. De zienswijze van Omroep MAX laat zich samenvatten als volgt:

Omroep MAX heeft betoogd dat de Raad van Bestuur voor 2019 tot de conclusie is gekomen dat de intekening van Omroep MAX de beste papieren heeft en heeft verwezen naar de motivering daarvoor van de Raad van Bestuur.

Omroep MAX stelt dat een eventueel beroep op het vertrouwensbeginsel door AVROTROS niet aan de orde kan zijn. AVROTROS stelt in feite, dat zij in 2018 mocht vertrouwen op verlenging, en dat zij dit dus ook in 2019 mocht doen. Niet AVROTROS maar Omroep MAX heeft echter in 2018 een programma uitgezonden op het zaterdagochtendslot op NPO Radio 1 en van een verlenging in 2019 kan voor AVROTROS daarom geen sprake zijn.

Omroep MAX verwijst naar het advies van de Commissie daar waar overwogen is dat er in het kader van het Plaatsingsbesluit van 9 november 2017 jegens AVROTROS sprake zou zijn geweest van een verhoogde zorgvuldigheidsnorm op basis van artikel 4:51 van de Awb. Schending van deze norm was volgens deze Commissie gerechtvaardigd in het licht van het arbeidsconflict tussen AVROTROS en de presentatoren van Nieuwsshows. Omroep MAX verzoekt de Geschillencommissie haar advies van 3 april 2018 op dit punt bij te stellen. Naar het oordeel van Omroep

MAX kent de Commissie onvoldoende gewicht toe aan het uitgangspunt van jaarlijkse herbeoordeling van zendtijdtoewijzing door de Raad van Bestuur en de expliciete keuze van de wetgever artikel 4:51 van de Awb niet van toepassing te laten zijn op besluiten op grond van de Mediawet.

De verhoogde zorgvuldigheidsnorm stoelt ook op de onjuiste gedachte dat Omroep MAX het programma, of het format van AVROTROS zou hebben gekopieerd. Het idee van AVROTROS voor een ochtendmagazine, gepresenteerd door twee presentatoren is geen format en kan dus ook niet gekopieerd worden.

7. De beoordeling door de Commissie

De Commissie stelt vast dat het in deze procedure aan de orde zijnde bezwaar van AVROTROS tegen het plaatsingsbesluit van 19 juli 2018 van de Raad van Bestuur is gericht tegen twee onderdelen van dit besluit. De bezwaren zullen hierna per onderdeel worden besproken.

Radio 2, Plaatsingsbesluit Audio 2018-3 (3^e plaatsingsronde)

AVROTROS heeft aangegeven dat dit bezwaar - evenals de vorige bezwaarprocedure - ook betrekking heeft op de verdeling van zendtijd op NPO Radio 2 in 2018, ten aanzien van de slots 14.00 – 16.00 uur, ma-do, en 20.00 – 22.00 uur op vrijdag. Daarom is door AVROTROS verwezen naar de eerdere bezwaargronden hierover.

De Commissie stelt vast dat de vorige bezwaarprocedure betrekking had op het besluit van 9 november 2017 (Audio 2018-1), voor zover de Raad van Bestuur daarbij had besloten om deze slots tot en met 31 augustus 2018, met een daarbij behorend budget, toe te kennen aan respectievelijk de omroepen BNN-VARA en KRO-NCRV en niet aan AVROTROS. De Raad van Bestuur heeft bij beslissing van 1 mei 2018 dit bezwaar van AVROTROS ongegrond verklaard. Tegen laatstgenoemd besluit is thans nog een procedure aanhangig bij de rechtbank Midden-Nederland. Voorts heeft de Raad van Bestuur bij besluit van 3 april 2018 (Audio 2018-2) de hiervoor genoemde slots voor het gehele jaar 2018 - wederom - toegekend aan BNN-VARA en KRO-NCRV en niet aan AVROTROS, met een daarbij behorend hoger budget dan in het besluit Audio 2018-1. Bij deze slots is ook vermeld dat het een herziening betrof van de eerdere toekenning. Tegen het besluit van 3 april 2018 is door AVROTROS geen bezwaar gemaakt.

Vervolgens heeft de Raad van Bestuur in het besluit van 19 juli 2018 (Audio 2018-3) ten aanzien van de hiervoor genoemde twee slots vermeld dat sprake is van een ongewijzigd besluit. Zowel de toegekende slots als de daarbij behorende budgetten zijn ongewijzigd gebleven ten opzicht van het besluit Audio 2018-2.

De Commissie stelt vast dat het in deze procedure door AVROTROS bestreden besluit van 19 juli 2018 ten aanzien van de door AVROTROS bestreden slots in dit besluit een (blote) herhaling is van het eerder genomen primaire besluit over deze slots in het besluit Audio 2018-2. Een herhaald besluit is slechts een besluit als bedoeld in artikel 1:3, eerste lid, van de Awb, indien het rechtsgevolgen in het leven roept die niet reeds door een eerder besluit teweeg waren gebracht. Hiervan is in dit geval geen sprake, omdat het rechtsgevolg ten aanzien van de bestreden slots reeds door het besluit Audio 2018-2 is teweeg gebracht. Dit betekent dat het besluit Audio 2018-3 ten aanzien van de bestreden slots niet aangemerkt kan worden als een besluit en dat het bezwaar van AVROTROS in zoverre niet-ontvankelijk verklaard dient te worden. Het feit dat AVROTROS stelt dat haar belang in deze bezwaarprocedure uitsluitend is gelegen in een vergoeding van geleden schade als gevolg van de zendtijdverdeling ten aanzien van de genoemde slots, kan niet tot een ander oordeel leiden over de ontvankelijkheid van het bezwaar. Als AVROTROS de rechtmatigheid van deze onderdelen van de zendtijdverdeling, ook voor het tijdvak vanaf september 2018, had willen betwisten - als grondslag voor een vordering tot schadevergoeding - had het op haar weg gelegen om bezwaar te maken tegen het besluit Audio 2018-2 van 3 april 2018.

Radio 1, Plaatsingsbesluit Audio 2019-1 (1^e plaatsingsronde)

Ten tweede is het bezwaar van AVROTROS gericht tegen de beslissing van de Raad van Bestuur om het slot NPO Radio 1 8.30 – 11.00 uur op zaterdagen ook in 2019 met het daarbij behorend budget toe te kennen aan Omroep MAX en niet aan AVROTROS. Ten aanzien van het bezwaar tegen dit onderdeel van het besluit overweegt de Commissie als volgt.

De Commissie heeft allereerst met enige verwondering geconstateerd dat AVROTROS in het kader van het, in het jaarplan Audio 2019 beschreven, proces waarin omroepen kunnen intekenen met een voorstel voor te verzorgen media-aanbod en tijdens de daarna volgende plaatsingsprocedure, diverse mogelijkheden niet heeft benut om haar belangstelling kenbaar te maken voor het slot van 8.30 – 11.00 uur op de zaterdag, dan wel haar belangen ter zake te behartigen. Zo heeft AVROTROS tijdens de gesprekken voorafgaand aan de intekening niet kenbaar gemaakt dat zij voornemens was in te tekenen voor dit slot. Verder heeft AVROTROS na kennisneming van het concept-plaatsingsschema van 13 juni 2018 geen gebruik gemaakt van de mogelijkheid een advies te geven aan de zendermanager over dit slot. Wel heeft AVROTROS op 21 juni 2018 gevraagd om een toelichting op de gemaakte keuze, welke toelichting is verstrekt op 12 juli 2018. Ten slotte heeft AVROTROS geen gebruik gemaakt van de gelegenheid om

bedenkingen kenbaar te maken tegen het voorgenomen plaatsingsbesluit van 3 juli 2018. Dit alles laat onverlet dat AVROTROS tijdig bezwaar heeft gemaakt tegen het besluit van 19 juli 2018.

Ten aanzien van de stelling van AVROTROS dat het bestreden besluit - evenals het besluit over 2018 met betrekking tot dit slot - in strijd is met artikel 2.88 van de Mediawet, ziet de Commissie geen aanleiding voor een andere conclusie dan hetgeen daarover al is vermeld in haar advies van 3 april 2018. Door de keuze dit slot toe te kennen aan Omroep MAX is naar het oordeel van de Commissie geen inbreuk gemaakt op de programmatische autonomie van enige omroep. Artikel 2.88 van de Mediawet strekt ertoe dat omroepen zelf inhoudelijke programmakeuzes mogen maken, ook ten aanzien van de presentator van een programma. Dit laat echter onverlet dat de Raad van Bestuur bij het beoordelen van intekeningen en het maken van keuzes tussen verschillende intekeningen voor een slot onder meer de daarin vermelde presentator(en) een rol kan laten spelen.

Wat betreft het beroep van AVROTROS op het vertrouwensbeginsel wijst de Commissie erop dat thans sprake is van een andere feitelijke situatie dan tijdens de beoordeling van het besluit van 9 november 2017 (Plaatsingsbesluit Audio 2018-1). Vanaf 1 januari 2018 heeft Omroep MAX immers dit slot verzorgd met het programma Nieuwsweekend. De Commissie ziet niet in op welke concrete feiten of omstandigheden AVROTROS het vertrouwen heeft kunnen baseren dat voor 2019 dit slot aan haar zou worden toegewezen. Door AVROTROS is ook niets aangevoerd waarop dit vertrouwen gebaseerd zou kunnen zijn. Voor zover AVROTROS bedoelt een causale relatie te leggen tussen het besluit over 2018 en het thans bestreden besluit over 2019, wijst de Commissie erop dat in het advies van 3 april 2018 uitgebreid is gemotiveerd waarom volgens haar geen sprake is geweest van een schending van het vertrouwensbeginsel. De Commissie onderschrijft die motivering nog volledig. Dit geldt ook voor hetgeen de Commissie toen heeft overwogen over de analoge toepassing van artikel 4:51 van de Awb, die namens Omroep MAX is betwist. De Commissie ziet voldoende aanknopingspunten voor analoge toepassing van dit artikel in de situatie die in 2018 beoordeeld moest worden en vindt steun voor die visie in onder meer de uitspraak van de Afdeling Bestuursrechtspraak van de Raad van State van 6 februari 2013 (ECLI:NL:RVS:2013:BZ0700).

Met betrekking tot het transparantievereiste heeft de Commissie in het advies van 3 april 2018 over NPO Radio 2 ten overvloede overwogen dat de toen door de Raad van Bestuur gehanteerde procedure bij het verdelen van zendtijd niet in alle opzichten voldeed aan het in de rechtspraak gestelde transparantievereiste dat onder andere een passende mate van openbaarheid met betrekking tot de verdelingsprocedure en de daarin toe te passen criteria verlangt. Met name de

diverse mogelijkheden voor bilateraal overleg, die toen zowel voor als na de intekening voor de omroepen openstonden met de Directie Audio, leken niet te voldoen aan deze vereisten, omdat onduidelijk was welke elementen in die overleggen het besluitvormingsproces beïnvloeden en in hoeverre de reacties op verzoeken van de Directie Audio in die gesprekken in de besluitvorming een rol spelen. Tevens vroeg de Commissie zich af of er in de besluitvormingspraktijk voldoende waarborgen zijn ingebouwd voor evenwichtig advisering – met voldoende checks and balances - door de Directie Audio aan de Raad van Bestuur inzake het nemen van een definitief plaatsingsbesluit. De Commissie heeft de Raad van Bestuur geadviseerd om de procedure nader te onderzoeken op in ieder geval deze aspecten.

De Raad van Bestuur heeft aangegeven dat naar aanleiding van dit advies een aantal wijzigingen is doorgevoerd om het programmeerproces waar nodig verder te verhelderen. Deze wijzigingen zijn grotendeels vastgelegd in het Jaarplan Audio 2019 en hebben betrekking op de kwalitatieve en kwantitatieve doelstellingen en de passende financiële kaders bij bepaalde soorten programmering. Verder is in het Jaarplan Audio 2019 een genreschema opgenomen, waarbij is aangegeven bij welke programmering wijziging het meest gewenst is om aan de doelstellingen te kunnen voldoen. Voor de andere onderdelen van de programmering geldt als uitgangspunt de programmering zoveel mogelijk te continueren. Ten slotte is ten aanzien van de bilaterale gesprekken bepaald dat omroepen vrijelijk met de zendermanager kunnen spreken over hun plannen en intekeningen tot een vooraf kenbaar gemaakte datum. Als daarna, na kennisneming van het conceptschema of het voorgenomen plaatsingsbesluit, discussie ontstaat over een bepaald tijdslot, dan worden alle gesprekken daarover met de betrokken omroepen gezamenlijk gevoerd of worden die omroepen over en weer volledig geïnformeerd hierover.

De Commissie stelt allereerst met genoeg vast dat de door de Raad van Bestuur gehanteerde procedure bij het verdelen van zendtijd inmiddels op diverse punten is aangepast en bijgesteld, om zo meer transparantie te bieden voor alle betrokkenen. De nu gehanteerde procedure, zoals beschreven in het Coördinatieglement en nader uitgewerkt in het Jaarplan Audio 2019, is in haar ogen, in het licht van het bepaalde in afdeling 2.2.1 van de Mediawet en de toelichting daarop, een voldoende heldere en transparante procedure. Ten eerste is daarin duidelijk aangegeven voor welke slots wijziging dan wel continuering wordt beoogd en aan welke eisen de intekeningen voor de verschillende slots moeten voldoen. Verder is de te volgen procedure gedetailleerd beschreven in het Jaarplan, met daarin diverse mogelijkheden om eventuele bezwaren kenbaar te maken - in de vorm van

bedenkingen of een negatief advies - alvorens het definitieve plaatsingsbesluit wordt genomen door de Raad van Bestuur.

Verder zijn inmiddels de mogelijkheden voor bilateraal overleg meer gereguleerd en beperkt. Uitgaande van de wens van de omroepen en de Raad van Bestuur om in de fase voor de intekeningen overleg te kunnen voeren over eventuele intekeningen en de daaraan te stellen eisen, is een beperking van dit overleg tot uiterlijk de sluitingsdatum van de intekeningen een aanvaardbare waarborg ter voorkoming van ongewenste beïnvloeding tijdens het besluitvormingsproces. Wel verdient het aanbeveling deze beperkingen ook expliciet op te nemen in het Jaarplan zodat deze beperking voor een ieder kenbaar is.

Ten aanzien van de gehanteerde verdelingscriteria is het Jaarplan Audio 2019 voor het slot zaterdagochtend 8.30 – 11.00 uur in algemene zin voldoende duidelijk, nu uit het daarin opgenomen genreschema blijkt dat dit slot een verdiepingsprogramma is en daarin tevens is vermeld aan welke eisen zo'n programma moet voldoen. In zoverre is sprake van voldoende duidelijkheid over de gestelde eisen. Onduidelijk is echter op welke wijze de Raad van Bestuur twee soortgelijke intekeningen voor eenzelfde slot tegen elkaar afweegt. De Commissie onderkent dat het in het algemeen moeilijk is om bij intekeningen op een verdiepingsprogramma als hier aan de orde al vooraf expliciet en gedetailleerd aan te geven hoe de intekeningen op de verschillende eisen worden gewogen en hoe die resultaten worden vergeleken met andere intekeningen voor dat programma. Die afweging zal steeds per geval op grond van ingediende aanvragen en rekening houdend met alle relevante aspecten moeten gebeuren. Dit betekent dat ter bevordering van een voldoende mate van transparantie vooral eisen gesteld moeten worden aan de wijze waarop verantwoording wordt afgelegd van de wegingen en waarderingen die hebben plaatsgevonden. De beoordeling van de afweging die is gemaakt tussen verschillende inschrijvingen zal hierna plaatsvinden in het kader van de bespreking van het motiveringbeginsel. De Commissie merkt ten aanzien van de gehanteerde verdelingscriteria verder nog op dat het aanbeveling verdient om toetsingsaspecten die voorzienbaar zijn en die in elk geval relevant worden geacht, zoals in dit geval bijvoorbeeld de luister- en waarderingscijfers, zoveel mogelijk al te vermelden in het Jaarplan Audio.

Ten slotte is de Commissie tot de slotsom gekomen dat geen sprake is van een schending van het motiveringbeginsel. De Raad van Bestuur heeft in het bestreden besluit weliswaar niet expliciet gemotiveerd waarom het onderhavige slot aan Omroep MAX en niet aan AVROTROS is toegekend, maar daartoe was binnen de geldende procedure op dat moment ook geen directe aanleiding, omdat AVROTROS geen bedenkingen had ingediend tegen het voorgenomen plaatsingsbesluit van 3

juli 2018. Nadat duidelijk was geworden dat AVROTROS wel bezwaren had tegen deze toekenning, heeft de Raad van Bestuur in het verweerschrift de keuze voor toekenning van dit slot aan Omroep MAX gemotiveerd. De Commissie is van oordeel dat dit een deugdelijke motivering is, waarbij rekening wordt gehouden met de in het Jaarplan Audio 2019 genoemde uitgangspunten bij de beoordeling van intekeningen, zoals continuïteit van de programmering en het halen van de bezuinigingsdoelstelling. Verder heeft de Raad van Bestuur adequaat gemotiveerd dat bij deze keuze gewicht is toegekend aan het feit dat de luister- en waarderingscijfers van het door Omroep MAX verzorgde programma goed waren, dat het door Omroep MAX voorgestelde presentatie-duo jarenlange ervaring heeft in duo-presentatie en op elkaar is ingespeeld met een goede chemie en dat het ongewenst is om op dezelfde dag twee verschillende programma's met dezelfde presentator te programmeren.

Het hiervoor overwogene leidt tot de slotsom dat de Commissie adviseert om dit bezwaar van AVROTROS ongegrond te verklaren.


8. Advies

De Commissie adviseert de Raad van Bestuur:

- Het bezwaar van AVROTROS gericht tegen het hiervoor omschreven onderdeel van het besluit Audio 2018-3 van 19 juli 2018 niet-ontvankelijk te verklaren.
- Het bezwaar van AVROTROS gericht tegen het hiervoor omschreven onderdeel van het besluit Audio 2019-1 van 19 juli 2018 ongegrond te verklaren.

Aldus vastgesteld door Mr. T.L. de Vries, Mr. M. C. van der Laan en Prof. Mr. W. den Ouden en op 25 februari 2019 aan de Raad van Bestuur toegezonden.

De Geschillencommissie


Mr. A.S. van Lijf
Secretaris