

**Advies van de Adviescommissie bezwaarschriften Publieke Omroep inzake het bezwaar van de vereniging KRO-NCRV tegen de besluiten van de Raad van Bestuur NPO van 17 september 2019 en 15 oktober 2019 inzake de definitieve plaatsingsbesluiten Video 2019.**

### **1. Taak en samenstelling Adviescommissie**

De Stichting Nederlandse Publieke Omroep (hierna de NPO) heeft op grond van artikel 19 van haar statuten een Adviescommissie bezwaarschriften (hierna: Adviescommissie). Op grond van artikel 20 van deze statuten is het de primaire taak van de Adviescommissie de Raad van Bestuur van de 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 Adviescommissie daarbij als een adviescommissie als bedoeld in artikel 7:13 van de Awb.

### **2. Procedure**

De vereniging KRO-NCRV (hierna: KRO-NCRV) heeft op 28 oktober 2019 bezwaar gemaakt tegen de definitieve plaatsingsbesluiten Video 2019 van 17 september 2019 en 15 oktober 2019. Het bezwaar is gericht tegen de inzet van Overgedragen Reserves Media-aanbod (hierna: ORMA) van KRO-NCRV voor drie programma's tot een totaal bedrag van € 1.000.000,-.

Op verzoek van de Adviescommissie heeft de Raad van Bestuur bij brief van 3 december 2019 een verweerschrift ingediend.

Op woensdag 22 januari 2020 zijn partijen, tijdens een door de Adviescommissie georganiseerde hoorzitting, in de gelegenheid gesteld hun standpunten nader toe te lichten. KRO-NCRV werd tijdens deze hoorzitting vertegenwoordigd door [REDACTED], advocaat, [REDACTED], hoofd juridische zaken, [REDACTED], hoofd financiën & control, en [REDACTED] Directievoorzitter van KRO-NCRV. De Raad van Bestuur werd vertegenwoordigd door [REDACTED], juriste, [REDACTED], juriste, [REDACTED], hoofd juridische zaken en [REDACTED], directeur Video van de NPO.

### **3. Feiten**

Bij brief van 20 december 2017 heeft de Minister van Onderwijs, Cultuur en Wetenschap (OCW) aangekondigd dat het budget voor de publieke omroep voor het jaar 2019 zal worden verlaagd tot € 740 miljoen. Dit betekende een budgetdaling van € 62 miljoen ten

opzichte van het jaar 2018. Vervolgens is met de motie Pechtold c.s.' de regering verzocht de tegenvallende reclame-inkomsten in 2019 tot € 40 miljoen te compenseren'. Daarbij werd als voorwaarde gesteld dat de NPO een plan zou opstellen om tegenvallende reclame-inkomsten de komende jaren op te vangen.

Tezamen met het College van Omroepen (CvO) heeft de Raad van Bestuur vervolgens een plan van aanpak uitgewerkt, dat op 8 november 2018 aan de Minister van OCW is gezonden. In dit plan staat dat de opgelegde budgetkorting voor de jaren 2019 en verder onder andere wordt opgevangen door de inzet van niet-bestede middelen, zoals onder meer de Overgedragen Reserves Media-aanbod (ORMA). Dit betreft reserves van de landelijke publieke media-instellingen die meer bedragen dan het op grond van artikel 2.174, tweede lid, van de Mediawet 2008 (Mw) toegestane maximum. Voor het jaar 2019 werd in het plan een inzet van ORMA begroot van € 4 miljoen.

De omvang en samenstelling van de ORMA wordt jaarlijks pas bekend in de maand mei, zodra de jaarrekeningen van alle omroepen over het voorafgaande jaar zijn vastgesteld. Op het moment dat de begroting voor het boekjaar 2019 moest worden ingediend was de omvang van de ORMA dus nog een onzekere prognose. Voordien was de ORMA in de begroting een 'PM-post' en vormde het uiteindelijk beschikbare bedrag aan ORMA een aanvulling op het budget dat beschikbaar was voor de programmering in het betreffende jaar.

In de Begroting voor 2019 is de inzet van ORMA (€ 4 miljoen) opgenomen als 'overige baten' in de begroting van de Directie Video en vastgelegd in het Addendum jaarplan video 2019 dat op 11 december 2018 is vastgesteld door de Raad van Bestuur.

Op 29 april 2019 heeft KRO-NCRV een afschrift van zijn jaarrekening overgelegd aan de Raad van Bestuur. Uit deze jaarrekening blijkt dat het saldo ORMA ultimo 2018 € 1.498.000,- bedraagt. Vervolgens is tussen partijen een discussie ontstaan over de inzet van de ORMA, waarbij KRO-NCRV zich op het standpunt heeft gesteld dat er geen grondslag is de ORMA 2018 te labelen als overige beschikbare middelen in de begroting 2019.

Bij brief van 11 juni 2019 heeft de Raad van Bestuur aan de omroepen, die ultimo 2018 hadden meegedeeld dat de totaal beschikbare ORMA slechts € 2,1 miljoen bedraagt, dat deze tegenvaller kan worden gecompenseerd door enkele meevallers binnen de omroepbrede middelen.

Bij emailbericht van 3 juli 2019 is KRO-NCRV geïnformeerd over hoe de Directie Video voornemens is de inzet van ORMA op te nemen in het door de Raad van Bestuur te nemen plaatsingsbesluit. Vervolgens is overleg gevoerd tussen partijen over een mogelijk andere inzet van ORMA.

Bij brief van 16 juli 2019 heeft de Raad van Bestuur het voornemen tot een plaatsingsbesluit 2019 kenbaar gemaakt aan de publieke media-instellingen. In dit

voornemen is ten aanzien van de inzet van de ORMA van KRO-NCRV ter hoogte van € 1.498.000,- vermeld dat € 498.000,- daarvan wordt aangewend ten behoeve van de vermindering van de eigen bijdrage bij drie titels van KRO-NCRV en dat de resterende € 1 miljoen wordt ingezet ter compensatie van de budgetkorting van de Minister van OCW bij één programma van KRO-NCRV. De overige omroepen zijn geïnformeerd over deze afwijking op het plan van aanpak, maar hebben daartegen geen bedenkingen geuit. KRO-NCRV heeft vervolgens bij brief van 23 juli 2019 bedenkingen geuit tegen het voorgenomen plaatsingsbesluit van 16 juli 2019. Tijdens een hoorzitting op 23 augustus 2019 zijn de bedenkingen nader toegelicht en besproken.

De Raad van Bestuur heeft vervolgens op 17 september 2019 een definitief plaatsingsbesluit genomen, waarbij uitgebreid wordt ingegaan op de bedenkingen van KRO-NCRV. Door de Raad van Bestuur is overwogen dat het voorgenomen plaatsingsbesluit van 16 juli 2019 niet in strijd was met enige afspraak of regeling en met voldoende zorgvuldigheid tot stand is gekomen, uitgaande van de bijzondere situatie die voor 2019 geldt en de gezamenlijke afspraken die de omroepen en Raad van Bestuur in dit verband hebben gemaakt. Desalniettemin heeft de Raad van Bestuur besloten het besluit voor drie titels van KRO-NCRV te wijzigen om zo ten dele tegemoet te komen aan de wensen van KRO-NCRV. Het totaal beschikbare budget voor de betreffende titels verandert hiermee echter niet, de wijziging is in die zin slechts boekhoud technische van aard.

Op 15 oktober 2019 heeft de Raad van Bestuur een nieuw definitief plaatsingsbesluit 2019 genomen.

Namens KRO-NCRV is bezwaar gemaakt tegen de besluiten van 17 september 2019 en 15 oktober 2019.

#### **4. De standpunten van partijen**

##### **4.1. Het standpunt van KRO-NCRV.**

De plaatsingsbesluiten zijn volgens KRO-NCRV in strijd met artikel 4 van de door de Raad van Bestuur vastgestelde Bindende Regeling Mediareserves (hierna: Bindende Regeling). Op grond van dit artikel geldt dat omroeporganisaties ten aanzien van ORMA gedurende het eerst volgende boekjaar een voorkeursrecht hebben om deze gelden in overleg met de net- en zendermanagers van de NPO in te zetten. Met dit voorkeursrecht is niet verenigbaar dat de ORMA in 2019 tegen de wil van KRO-NCRV wordt ingezet ten koste van budget dat KRO-NCRV toekomt. KRO-NCRV mocht ervan uitgaan dat zij in overleg met de NPO mocht bepalen voor welke programma's haar ORMA 2018 ingezet zou worden. Uit het plan van aanpak, de NPO begroting 2019 en het Addendum Video daarbij volgt volgens KRO-NCRV niet dat de omroeporganisaties afstand doen van hun

voorkeursrecht op grond van de Bindende Regeling. De wijze waarop de Raad van Bestuur de ORMA over 2018 wil inzetten was voor KRO-NCRV een verrassing. Verder wijst KRO-NCRV erop dat uit artikel 4 van de Bindende Regeling weliswaar volgt dat de inzet van ORMA niet volledig ter vrije keuze staat van een omroep, maar uit dit artikel volgt ook niet dat wanneer (nog) geen overeenstemming is bereikt over die inzet de Raad van Bestuur bevoegd is om tegen de uitdrukkelijke wensen van KRO-NCRV ORMA in 2019 in te zetten voor de programmering. Als de Raad van Bestuur de bevoegdheid om af te wijken van de Bindende Regeling noodzakelijk achtte, dan had deze regeling moeten worden ingetrokken.

Voorts is aangevoerd dat de plaatsingsbesluiten in strijd zijn met de meerjarige afspraken tussen de Raad van Bestuur en KRO-NCRV. Op grond van artikel 15.1 van het Coördinatiereglement aanbodkanalen kan de Directeur Video met een omroep voorwaardelijke meerjarige afspraken maken. Het doel van deze afspraken is de omroep in staat te stellen om meerjarige overeenkomsten met derden te kunnen sluiten of om te kunnen investeren in media-aanbod dat een productietijd kent van langer dan een jaar. Voor het programma "Dit zijn wij" is een meerjarige afspraak gemaakt en nu wordt ORMA gedeeltelijk ingezet voor de financiering van dit programma. Volgens KRO-NCRV is evident dat partijen hebben bedoeld af te spreken dat het totale bedrag voor dit programma door de Raad van Bestuur ter beschikking zou worden gesteld en niet zou worden gefinancierd uit ORMA van KRO-NCRV.

Ten slotte is aangevoerd dat de Raad van Bestuur heeft verzuimd tijdig te beslissen op een als bezwaarschrift aan te merken emailbericht van KRO-NCRV. Tijdens de hoorzitting is dit punt echter niet langer gehandhaafd.

#### 4.2. Het standpunt van de Raad van Bestuur.

Ten aanzien van de Bindende Regeling is de Raad van Bestuur van mening dat KRO-NCRV een verkeerde voorstelling van zaken geeft. ORMA betreft overgedragen budget, dat formeel ter beschikking staat van de Raad van Bestuur. Voor dit budget heeft de Raad van Bestuur in een bindende regeling ex art. 2.60 van de Mw vastgelegd dat deze middelen in het eerstvolgend boekjaar exclusief worden ingezet voor de programmering van de omroep die de ORMA heeft ingebracht en nog niet voor de programmering in algemene zin (dus niet ten behoeve van alle omroepen). Bij welke titels dit budget in dat eerste jaar vervolgens daadwerkelijk wordt ingezet, wordt in overleg tussen de omroep en de net- of zendermanager bepaald. Het is dus zeker niet zo dat eenzijdig door een omroep kan worden bepaald waar de ORMA op wordt ingezet. Verder heeft de Raad van Bestuur erop gewezen dat de omroepen in het kader van het plan van aanpak en de begroting 2019 hebben afgesproken om de bezuinigingen te compenseren door de inzet van ORMA. Daarmee is dus ook afgesproken dat daar waar

ORMA wordt ingezet de bijdrage, vanuit de middelen die via de Raad van Bestuur beschikbaar zijn, wordt verminderd. De Raad van Bestuur mag ervan uitgaan dat de omroepen weten welke afspraken zij hebben gemaakt bij het opstellen van de begroting 2019 en het plan van aanpak. Deze afspraken zijn verder uitgewerkt in het Addendum jaarplan video 2019 dat aan de omroepen is gecommuniceerd. Daarmee is kenbaar gemaakt voor alle omroepen dat de verwachte € 4 miljoen ORMA is toegevoegd aan de beschikbare middelen van de Directie Video. Ten slotte merkt de Raad van Bestuur in dit verband op, dat het redelijkerwijs niet voorstelbaar is dat de consequentie van de afspraak om de ORMA in te zetten ter compensatie van de budgetkorting, te weten dat dezelfde middelen niet meer met een ander doel kunnen worden ingezet (zoals het compenseren van de eigen bijdrage of het oplossen van andere financiële knelpunten), voor de omroepen onduidelijk was.

Ten aanzien van de meerjarige afspraken is aangevoerd dat daarmee een budgetgarantie wordt gegeven maar dat niet wordt bepaald waaruit die afspraak wordt gefinancierd. KRO-NCRV mocht er volgens de Raad van Bestuur van uitgaan dat de betreffende garantie ten laste zou gaan van de beschikbare middelen van de Directie Video. In 2019 bestaan deze middelen blijkens de begroting 2019 van de Directie Video, uit het OCW-budget en overige baten, waaronder de ORMA ultimo 2018. Van strijd met de meerjarige afspraken is dus geen sprake.

## **5. De beoordeling door de Commissie**

De Commissie stelt voorop dat het in deze procedure aan de orde zijnde bezwaar van KRO-NCRV tegen de besluiten van de Raad van Bestuur van 17 september 2019 en 15 oktober 2019 is gericht tegen de onderdelen van deze besluiten waarbij de Raad van Bestuur heeft besloten om ORMA tot een totaal bedrag van € 1 miljoen in te zetten in 2019 voor drie programma's ("Dit zijn wij, Ministerie van gehandicaptenzaken en Voor wie steek jij een kaarsje op?") van KRO-NCRV. Daarbij verschillen partijen allereerst van mening over de vraag of deze besluiten in overeenstemming zijn met het bepaalde in de Bindende Regeling. Ten aanzien van dit geschilpunt overweegt de Commissie het volgende.

Op grond van de artikelen 2.152 en 2.152a van de Mw verdeelt de Raad van Bestuur de budgetten van de landelijke publieke mediadienst die door de Minister van OCW beschikbaar zijn gesteld op grond van artikel 2.149 van de Mw. Deze verdeling is nader uitgewerkt in het Coördinatiereglement Aanbodkanalen en leidt uiteindelijk tot plaatsingsbesluiten waarin media-aanbod wordt 'geplaatst' en daarvoor budget wordt toegekend aan de omroepen. Op grond van artikel 2.174, tweede lid, van de Mw is een maximum gesteld aan de reserves die de landelijke publieke mediadienst kan

aanhouden. Voorts is in het eerste lid van dit artikel bepaald dat de Raad van Bestuur nadere voorwaarden kan stellen aan het maximum aan reserves dat de landelijke publieke media-instellingen kunnen aanhouden. Dit is gedaan in de Bindende Regeling.

In deze regeling is in artikel 1 bepaald dat gefuseerde omroeporganisaties, zoals KRO-NCRV, een reserve kunnen aanhouden tot een maximum van € 5,5 miljoen. Verder is in artikel 3, onder a, van de Bindende Regeling bepaald dat gelden die in strijd met artikel 1 zijn gereserveerd, worden teruggevorderd door de Raad van Bestuur en worden toegevoegd aan de ORMA. Ten aanzien van de ORMA is in artikel 4, onder a, van de Bindende Regeling bepaald dat deze gelden in het eerstvolgende boekjaar door de betreffende omroep conform artikel 2.176 van de Mw worden ingezet voor de programmering in dat jaar. Gedurende dit eerstvolgende boekjaar geldt er een voorkeursrecht voor de betreffende omroep om deze gelden in overleg met de net- en zendermanagers van de NPO in te zetten voor de programmering van dat jaar. Het daarop volgende jaar vervalt dit voorkeursrecht en kunnen deze gelden worden ingezet voor programmering van alle omroepen. De Bindende Regeling bepaalt verder dat de ORMA pas na het einde van het eerste volgende boekjaar liquide moet worden terugbetaald aan c.q. verrekend met de Raad van Bestuur.

De Commissie stelt vast dat de Bindende Regeling een algemeen verbindend voorschrift is, waarin expliciet is bepaald dat voor de inzet van ORMA in het eerstvolgende boekjaar een voorkeursrecht voor de betreffende omroep geldt. Dit voorkeursrecht impliceert, gelet op de formulering "in overleg met", dat deze gelden slechts met wederzijdse instemming kunnen worden ingezet. Voorts is blijkens de stukken en de mededelingen over dit voorkeursrecht tijdens de hoorzitting sprake van een jarenlange praktijk waarbij eventuele ORMA jaarlijks steeds een extra budget vormde boven het door de Minister van OCW beschikbaar gestelde budget, dat ook ingezet kon worden voor het compenseren van eigen bijdragen van de omroepen en voor andere financiële knelpunten.

De Raad van Bestuur heeft met de afspraken met het CvO rond het plan van aanpak en de begroting 2019 beoogd om af te wijken van het voorkeursrecht ten aanzien van ORMA en om ORMA in 2019 tot een bedrag van € 4 miljoen niet - zoals voordien gebruikelijk - te laten gelden als *extra* budget. Voor dit bedrag was immers in ieder geval geen sprake meer van een mogelijk *extra* budget in de vorm van ORMA. Voorts was het voorkeursrecht voor de inzet van ORMA als gevolg van deze afspraken weliswaar niet formeel boekhoudkundig onmogelijk geworden, maar wel ernstig beperkt, omdat het niet meer kon worden ingezet voor het compenseren van eigen bijdragen en andere financiële

knelpunten, zoals voordien steeds mogelijk was. De Raad van Bestuur is van oordeel dat hij bevoegd is de inzet van ORMA zelfstandig te bepalen voor zover in overleg met de betreffende omroep hierover geen overeenstemming kan worden bereikt.

De Commissie heeft begrip voor de moeilijke situatie waarmee de Raad van Bestuur en de omroepen zijn geconfronteerd als gevolg van de substantiële bezuinigingen die moesten worden gerealiseerd in 2019 en stelt vast dat het plan van aanpak en het Addendum bij de begroting Video 2019, zeker voor de nauw hierbij betrokken omroepen zoals KRO-NCRV, voldoende helder was over wat dit zou gaan betekenen voor de inzet van ORMA vanaf 2019. Dit laat echter onverlet dat de Commissie moet beoordelen of de door KRO-NCRV bestreden onderdelen van de plaatsingsbesluiten in overeenstemming met het bepaalde in artikel 4 van de Bindende Regeling zijn genomen. Deze vraag wordt ontkennend beantwoord. Vaststaat dat de Raad van Bestuur de Bindende Regeling en het daarin vervatte voorkeursrecht niet heeft gewijzigd of (tijdelijk of gedeeltelijk) buiten werking heeft gesteld. Nu de Raad van Bestuur, tegen de expliciete wensen van KRO-NCRV in heeft besloten om ORMA voor € 1 miljoen in te zetten voor drie programma's van KRO-NCRV, moet worden geconcludeerd dat de Raad van Bestuur niet in overeenstemming met het bepaalde in artikel 4 van de Bindende Regeling heeft gehandeld. Er is immers geen sprake van een inzet van ORMA "in overleg met" KRO-NCRV. Reeds op deze grond kunnen de bestreden besluiten, naar het oordeel van de Commissie, niet in stand blijven. Dit betekent dat de Raad van Bestuur alsnog in overleg met KRO-NCRV nieuwe besluiten dient te nemen over de inzet van ORMA 2018 van KRO-NCRV. Daarbij geldt als uitgangspunt dat het voorkeursrecht moet worden uitgelegd naar de betekenis en inhoud die daaraan in de loop der jaren is gegeven, zoals hiervoor is beschreven inclusief het jaarlijks gebruikelijke *extra* budget. Tevens dient de Raad van Bestuur te beslissen op het verzoek van KRO-NCRV om vergoeding van kosten op grond van artikel 7:15 van de Awb.

Nu het vorenstaande al leidt tot de conclusie dat het bezwaar gegrond is, behoeft hetgeen is opgemerkt over de eventuele strijd met de meerjarige afspraken geen bespreking.

## **6. Advies**

De Commissie adviseert de Raad van Bestuur:

- Het bezwaar van de vereniging KRO-NCRV tegen de hiervoor omschreven onderdelen van de besluiten van de Raad van Bestuur van 17 september 2019 en

15 oktober 2019, gegrond te verklaren en deze besluiten te herroepen met  
inachtneming van hetgeen hiervoor is overwogen.

Aldus vastgesteld door Mr. T.L. de Vries, Mr. M.C. van der Laan en Prof. Mr. W. den  
Ouden en op 12 februari 2020 aan de Raad van Bestuur toegezonden.

De Adviescommissie,



Mr. A.S. van Lijf

Secretaris