

No.W05.20.0210/I

's-Gravenhage, 30 september 2020

Bij Kabinetsmissive van 26 juni 2020, no.2020001274, heeft Uwe Majesteit, op voordracht van de Minister van Onderwijs, Cultuur en Wetenschap, mede namens de Minister voor Basis- en Voortgezet Onderwijs en Media en de Staatssecretaris van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties, bij de Afdeling advisering van de Raad van State ter overweging aanhangig gemaakt het voorstel van wet tot wijziging van de Mediawet 2008 in verband met het invoeren van een investeringsverplichting voor aanbieders van audiovisuele mediadiensten en bioscoopdiensten in Nederlands cultureel audiovisueel product, met memorie van toelichting.

Dit wetsvoorstel verplicht de landelijke publieke mediadienst (de NPO), aanbieders van bioscoopdiensten en aanbieders die mediadiensten op aanvraag verzorgen een percentage van hun inkomsten te besteden/investeren in een Nederlands cultureel audiovisueel product van hun eigen keuze.

De Afdeling advisering van de Raad van State onderschrijft het doel dat de regering met het wetsvoorstel beoogt te bereiken. Het Nederlands audiovisueel product dient een maatschappelijk belang en versterking hiervan ligt, gezien de ontwikkelingen binnen de markt, in de rede. Dit is door de Raad van Cultuur ook inzichtelijk gemaakt.¹ Desalniettemin maakt de Afdeling, met het oog op de effectiviteit, opmerkingen over de keuze voor deze specifieke maatregel en de vormgeving ervan.

Ten tweede merkt de Afdeling op dat uit het voorstel onvoldoende blijkt welke verplichtingen aan betrokkenen worden opgelegd, voor wie deze verplichtingen gelden en wie van de verplichtingen kan profiteren. Met name de onduidelijkheid over het begrip "Nederlands cultureel audiovisueel product" is problematisch, omdat dit de kern van het wetsvoorstel raakt. Door de inhoud van dit begrip in het ongewisse te laten, wordt onvoldoende helder wat de verplichting voor betrokken bedrijven zal inhouden. Om die reden is het voorstel nog niet voldragen.

Ook de effectiviteit van de maatregel en de verhouding tot het Unierecht kunnen moeilijk worden beoordeeld zolang de regering de inhoud van het begrip 'Nederlands cultureel audiovisueel product' niet verduidelijkt. De Afdeling acht het eveneens noodzakelijk dat de regering in de toelichting ingaat op de verhouding tussen dit voorstel en het recht op eigendom. Tot slot maakt de Afdeling opmerkingen over de beperkte consultatie die over dit wetsvoorstel heeft plaatsgevonden.

In verband met het voorgaande dient het wetsvoorstel nader te worden overwogen.

1. Inhoud van het wetsvoorstel

Dit voorstel legt verplichtingen op aan drie groepen mediadienstverleners. Ten eerste wordt de landelijke publieke mediadienst (NPO) verplicht om een percentage van zijn budgetten te besteden aan Nederlands cultureel audiovisueel product.² Ten tweede worden aanbieders van bioscoopdiensten verplicht om een percentage van de

¹ Memorie van toelichting, paragraaf 1

² Artikel 3b.3 van het wetsvoorstel.

relevante omzet per boekjaar te investeren in Nederlands cultureel audiovisueel product.³ Datzelfde geldt voor een derde groep, namelijk de commerciële bedrijven die mediadiensten op aanvraag verzorgen (hierna: mediadiensten op aanvraag).⁴ Die laatste groep valt uiteen in drie categorieën: mediadiensten op aanvraag met abonnementsmodel (ook wel: SVOD-diensten), mediadiensten op aanvraag met advertentiemodel (ook wel: AVOD-diensten) en mediadiensten op aanvraag met transactiemodel (ook wel: TVOD-diensten).

Indien een aanbieder meerdere diensten aanbiedt (zoals een bioscoopdienst en een TVOD of meerdere soorten mediadiensten op aanvraag), dan wordt de investeringsverplichting berekend per type dienst. De totale omvang van de investeringsverplichting van de aanbieder vormt de optelsom van deze verplichtingen.⁵

Enkele aanbieders van mediadiensten vallen expliciet buiten de reikwijdte van dit wetsvoorstel. Aanbieders van platforms waarop gebruikers zelf content plaatsen zijn hiervan een voorbeeld. Mochten dergelijke platforms daarnaast echter diensten aanbieden die wel zijn opgenomen in het wetsvoorstel (zoals een TVOD-dienst), dan moet een percentage van de omzet die over die dienst wordt behaald wel worden geïnvesteerd.⁶ Ook (lineaire) omroepdiensten van commerciële media-instellingen vallen niet onder de investeringsverplichting.⁷

Het wetsvoorstel legt de investeringsverplichting op aan commerciële aanbieders van mediadiensten op aanvraag die in Nederland gevestigd zijn. Daarnaast geldt de verplichting voor aanbieders die in een andere lidstaat van de EU zijn gevestigd, als deze aanbieder zich geheel of gedeeltelijk richt op publiek in Nederland. Als de mediadienst een lage omzet of een klein publiek heeft geldt de verplichting niet.⁸ Volgens de toelichting worden er op EU-niveau richtsnoeren ontwikkeld om te bepalen wanneer dit het geval is.⁹

Bij algemene maatregel van bestuur (amvb) zal worden vastgesteld wat begrepen moet worden onder Nederlands audiovisueel product, welk percentage van budgetten/omzetten moeten worden besteed/geïnvesteerd en wanneer een mediadienst zich richt op Nederlands publiek.¹⁰ Ook zal bij amvb worden bepaald welk percentage van het te besteden/investeren bedrag moet worden besteed aan onafhankelijke producties.¹¹

2. Geschiktheid van de maatregel

³ Artikel 3b.8 van het wetsvoorstel.

⁴ Artikel 3b.4 van het wetsvoorstel.

⁵ Memorie van toelichting, paragraaf 2.2

⁶ Memorie van toelichting, paragraaf 2.2

⁷ Memorie van toelichting, paragraaf 2.2

⁸ Artikel 3b.7 van het wetsvoorstel.

⁹ Memorie van toelichting, artikelsgewijze toelichting op voorgesteld artikel 3b.7.

¹⁰ Respectievelijk artikel 3b.2, artikelen 3b.3, eerste lid, 3b.4, eerste lid, 3b8, eerste lid, en artikel 3b.7, derde lid, artikel 3b.5, derde lid, van het wetsvoorstel.

¹¹ Artikelen 3b.3, derde lid en 3b.5, derde lid.

De Afdeling begrijpt dat de regering maatregelen wil nemen om het nationaal audiovisueel product, in het licht van de (internationale) marktontwikkelingen, te beschermen. Zij acht echter de keuze voor de voorliggende stimuleringsmaatregel onvoldoende toegelicht. Daarbij zet de Afdeling met name vraagtekens bij de effectiviteit van de maatregel en de vormgeving ervan. Wat de vormgeving van de maatregel betreft gaat het met name om de vraag voor wie de verplichting zou moeten gelden en meer specifiek om het onderscheid dat gemaakt wordt tussen de publieke mediadienst en commerciële omroepen.

a. *Effectiviteit van de maatregel*

Blijkens de toelichting heeft de regering diverse stimuleringsmaatregelen overwogen om het nationaal audiovisueel aanbod te beschermen. Uit het Europese onderzoek dat in de toelichting wordt aangehaald, blijkt dat ons omringende landen diverse soorten stimuleringsmaatregelen inzetten om het nationaal audiovisueel aanbod te beschermen.¹² Uiteindelijk is niet gekozen voor quota of heffingen, maar voor een investeringsverplichting. Deze laatstgenoemde maatregel zou het minst marktverstoring werken, onder andere omdat aanbieders zelf kunnen kiezen in welk Nederlands audiovisueel product zij investeren.¹³

Toch vindt ook met een investeringsverplichting een ingreep in de markt plaats, aangezien (private) bedrijven niet langer vrijelijk over hun omzetten kunnen beschikken (zie hierna ook punt 5 ten aanzien het recht op eigendom). Een investeringsverplichting ligt dan ook alleen in de rede als de regering voldoende aannemelijk kan maken dat deze maatregel een effectieve reactie vormt op het geconstateerde probleem.

De Afdeling merkt op dat uit de toelichting onvoldoende blijkt of, en zo ja, in hoeverre deze maatregel daadwerkelijk zal bijdragen aan de bescherming van het nationaal audiovisueel aanbod. Hoewel de regering stelt dat de investeringsverplichting een effectieve stimuleringsmaatregel is, wordt ook aangegeven dat het niet mogelijk is een compleet beeld van de verwachte opbrengst te geven. Meer recent heeft de regering aangegeven dat het door de Raad voor Cultuur ingeschatte benodigde extra budget van € 50 miljoen met de voorgestelde investeringsverplichting naar verwachting niet gehaald zal worden. Toch verwacht de regering wel dat met deze maatregel een forse stap gezet kan worden.¹⁴ Hoe groot deze stap is en of er aanvullende maatregelen nodig zijn om het doel te bereiken, blijft echter onduidelijk.

b. *De aanbieders voor wie de verplichting geldt*

De investeringsverplichting geldt voor verschillende groepen, die uiteenlopende activiteiten ontplooiën. De Afdeling mist in de toelichting een deugdelijke onderbouwing van de effectiviteit en evenredigheid van de maatregel ten aanzien van deze verschillende groepen. In het algemeen stelt de regering dat de oorzaak van het probleem, namelijk het onder druk staan van Nederlands aanbod, is gelegen in de groei van nieuwe, vaak internationale spelers die audiovisueel aanbod op de markt brengen.¹⁵

¹² Memorie van toelichting, paragraaf 1 verwijst naar European Audiovisual Observatory, 'Mapping of national rules for the promotion of European works in Europe, januari 2019 (<https://www.obs.coe.int>).

¹³ Memorie van toelichting, paragraaf 1

¹⁴ Kamerstukken II 2019/20, 32820, nr. 377, p.9-10.

¹⁵ Toelichting, p. 6.

Met de investeringsverplichting wordt van de spelers op de (internationale) markt die ook een Nederlands publiek aanspreken gevraagd dat zij eveneens verantwoordelijkheid nemen voor de productie van nationaal aanbod. Wat echter uit de toelichting niet duidelijk wordt, is waarom een investeringsverplichting voor de verschillende spelers een logische en evenredige reactie vormt op het geconstateerde probleem. Zo wordt bijvoorbeeld niet duidelijk waarom voor bioscopen, voor zover zij niet bijdragen aan de productie van audiovisuele producten, de investeringsverplichting een logische maatregel is om het Nederlandse aanbod te versterken.

c. *Onderscheid tussen de landelijke publieke mediadienst en commerciële omroepen*

De (lineaire) landelijke publieke mediadienst valt onder de reikwijdte van het wetsvoorstel, hetgeen betekent dat een nader te bepalen percentage van de budgetten die aan de NPO ter beschikking worden gesteld, moet worden besteed aan Nederlands cultureel audiovisueel product. Voor (lineair uitzendende) omroepdiensten van commerciële media-instellingen geldt de investeringsplicht niet. Volgens de toelichting is dit laatste te verklaren door het feit dat de bijdrage aan de Nederlandse audiovisuele sector zodanig groot is, dat er geen reden is om de investeringsverplichting toe te passen op omroepdiensten van deze partijen.¹⁶

De Afdeling stelt hierbij de vraag of hetzelfde argument niet zou kunnen gelden voor de landelijke publieke mediadienst. Hierbij merkt de Afdeling op dat ingevolge de Mediawet 2008 de NPO reeds verplicht is om vijftig procent van het programma-aanbod uit Nederlands- of Friestalige producties te laten bestaan.¹⁷

d. *Conclusie*

Gezien de hiervoor genoemde punten adviseert de Afdeling de keuze voor een investeringsverplichting, in het licht van de onzekere effectiviteit ervan, nader toe te lichten. Zij adviseert daarbij in te gaan op de effectiviteit en evenredigheid ten aanzien van de verschillende groepen waarvoor de maatregel zou moeten gelden. Daarbij adviseert de Afdeling om het onderscheid tussen de landelijke publieke mediadienst en commerciële aanbieders van mediadiensten nader toe te lichten en indien nodig het wetsvoorstel aan te passen.

3. Onvolledigheid van het voorstel

De Afdeling merkt op dat meerdere belangrijke aspecten van de investeringsplicht worden gedelegeerd aan de lagere regelgever. Hierdoor blijkt uit het wetsvoorstel als geheel onvoldoende wat de verplichtingen voor in het bijzonder bedrijven gaan betekenen.

Ten eerste blijkt niet uit het wetsvoorstel voor wie de verplichting exact gaat gelden. Aan de hand van bij amvb vastgestelde criteria wordt bepaald of een aanbieder zich richt op een Nederlands publiek. Ten tweede is de inhoud van de verplichting nog vaag. Welk percentage aan/in het Nederlands audiovisueel product moet worden besteed/geïnvesteed zal bij amvb worden bepaald. Datzelfde geldt voor de criteria

¹⁶ Memorie van toelichting, paragraaf 2.2

¹⁷ Artikel 2.122 Mediawet 2008.

waaraan een product moet voldoen om als Nederlands cultureel audiovisueel product te kunnen profiteren van de investeringsplicht.

De Afdeling vindt in het bijzonder dat laatste aspect problematisch. Het wetsvoorstel heeft immers als doel het Nederlands cultureel audiovisueel product te versterken, maar maakt niet duidelijk wat hieronder moet worden verstaan. Hierdoor blijkt uit het wetsvoorstel onvoldoende wat betrokken burgers en bedrijven kunnen verwachten. Daarnaast leidt de onduidelijke definitie ertoe dat de effectiviteit van de maatregel niet te beoordelen is. Tot slot kan hierdoor de verhouding tussen dit voorstel en het Unierecht onvoldoende worden beoordeeld (zie ook punt 4).

Doordat meerdere belangrijke aspecten van de investeringsverplichting niet in de wet zijn verankerd, is het wetsvoorstel op dit moment onvoldragen. De Afdeling adviseert het voorstel en de toelichting dan ook aan te vullen. Indien dit niet mogelijk is omdat er op dit moment nog onvoldoende duidelijkheid kan worden geboden over de bovenstaande aspecten, adviseert de Afdeling vooralsnog af te zien van indiening van het voorstel.

Onverminderd het voorgaande maakt de Afdeling hierna opmerkingen over de verhouding tot het Unierecht (punt 4), de verhouding tot het recht op eigendom (punt 5) en de consultatie (punt 6).

4. Unierecht

Het valt de Afdeling op dat in de toelichting slechts summier wordt ingegaan op de verhouding tussen dit voorstel en het Unierecht.

De Afdeling merkt op dat ook buitenlandse aanbieders zijn onderworpen aan de investeringsplicht. De richtlijn audiovisuele mediadiensten biedt ruimte om aanbieders die gevestigd zijn in andere lidstaten te verplichten een financiële bijdrage te leveren aan Europese producties.¹⁸ Een dergelijke verplichting moet echter wel evenredig en niet-discriminerend zijn en voldoen aan het (overige) Unierecht, waaronder de vrij-verkeersbepalingen.¹⁹

De voorgestelde investeringsplicht is nadrukkelijk gericht op Nederlands cultureel audiovisueel product. In de toelichting wordt niet duidelijk of dit is aan te merken als 'Europese productie', of is beoogd invulling te geven aan voornoemde richtlijnbevestigingen en zo ja, of deze daarmee in overeenstemming is.²⁰ Aanvulling van de toelichting op dit punt is nodig.

Daarbij verdient ook aandacht dat het voorstel niet alleen gevolgen heeft voor voornoemde aanbieders, maar ook voor producenten. Immers, alleen "Nederlands audiovisuele producten" kunnen profiteren van de maatregel.

De vraag daarbij is hoe 'Nederlands' dat product moet zijn om onder de definitie te vallen. Dat wordt uit de toelichting niet duidelijk. Uit het oogpunt van het vrij verkeer geldt dat hoe 'Nederlandser' het product moet zijn, des te aannemelijker het is dat in de praktijk Nederlandse producenten (maar ook acteurs, regisseurs en andere betrokkenen), meer van de investeringsplicht zullen profiteren dan spelers uit andere lidstaten. Dit zou kunnen leiden tot discriminatie, dan wel anderszins een belemmering van het vrije verkeer kunnen opleveren. Een dergelijke belemmering zal moeten worden gerechtvaardigd door een legitiem doel en daarbij zal moeten vaststaan dat de maatregel daartoe geschikt is en niet verder gaat dan nodig.²¹

Aan deze vragen besteedt de toelichting geen aandacht. Het antwoord op die vragen is ook relevant indien de investeringsplicht niet onder de reikwijdte van de richtlijn zou vallen. Vanzelfsprekend gelden ook dan de Europese verdragsregels, waaronder die inzake het vrij verkeer.²²

¹⁸ Artikel 13, tweede en derde lid, richtlijn audiovisuele mediadiensten (Richtlijn 2010/13/EU van het Europees Parlement en de Raad van 10 maart 2010, PbEU 2010, L 95). Onder Europese producties wordt onder meer verstaan: producties die afkomstig zijn uit lidstaten.

¹⁹ Dit geldt ook indien sprake is van een verplichting zoals bedoeld in artikel 13, tweede lid, van de richtlijn audiovisuele mediadiensten. Zie artikel 13, derde lid, laatste volzin.

²⁰ Daarbij verdient aandacht dat de eis in artikel 13, derde lid, dat (i) de financiële bijdrage uitsluitend gebaseerd mag zijn op de inkomsten die zijn gegenereerd in de lidstaten waarop de diensten gericht zijn en (ii) dat de lidstaat die een financiële verplichting oplegt, rekening houdt met eventuele financiële bijdragen die zijn opgelegd door de lidstaten waarin de aanbieder is gevestigd.

²¹ HvJEU 5 maart 2009, *Unión de Televisiones Comerciales Asociadas (UTECA)/ Administración General del Estado*, C-222/07, ECLI:EU:C:2009:124, punt 24. In de conclusie bij dit arrest (ECLI:EU:C:2008:468) schetst A-G Kokott in punten 78-87 de mogelijke belemmerende effecten van een dergelijke investeringsverplichting.

²² Arrest UTECA, reeds aangehaald, punt 25.

In de toelichting is wel een paragraaf over de verhouding tot de staatssteunregels opgenomen.²³ Uit deze toelichting wordt echter niet duidelijk of de investeringsverplichting inderdaad als steunmaatregel in de zin van artikel 107, eerste lid, VWEU moet worden aangemerkt en derhalve ter goedkeuring aan de Europese Commissie moet worden voorgelegd.

Gelet op de hiervoor genoemde punten adviseert de Afdeling de toelichting aan te vullen en, zo nodig, het wetsvoorstel aan te passen.

5. Recht op eigendom

In de toelichting wordt niet ingegaan op de verhouding tussen dit wetsvoorstel en het recht op eigendom.²⁴ Met het opleggen van een investeringsplicht aan (private) ondernemingen vindt, door middel van regulering, een inmenging in het recht op eigendom plaats.²⁵ Over een deel van de omzetten kunnen deze ondernemingen immers niet vrijelijk beschikken, daar het wetsvoorstel voorschrijft dat dit deel geïnvesteerd dient te worden in Nederlands audiovisueel product. Dat de aanbieders zelf bepalen in welke productie zij investeren, doet hieraan niet af.

Een dergelijke inmenging kan gerechtvaardigd zijn. Hiervoor geldt dan wel dat daarin bij wet is voorzien, de beperking een algemeen belang dient en er sprake is van een redelijk evenwicht tussen de belangen van, in dit geval, de ondernemingen en het algemene belang. In dat kader wijst de Afdeling er nogmaals op dat duidelijk moet zijn wat de verplichting inhoudt, op wie deze rust en met welk doel deze in het leven wordt geroepen. Tevens moet de effectiviteit van de maatregel voldoende aannemelijk zijn.

De Afdeling adviseert in de toelichting te motiveren waarom sprake is van toelaatbare inmenging in het recht op eigendom.

6. Consultatie

De toelichting vermeldt dat internetconsultatie niet heeft plaatsgevonden en dat in plaats daarvan is gekozen voor een 'gerichte consultatie'. Dit aangezien met de meeste partijen die te maken krijgen met de investeringsverplichting reeds gesprekken waren gevoerd en hun eerste reactie op het wetsvoorstel al bekend waren.²⁶

De Afdeling wijst erop dat de regering uitgangspunten heeft vastgesteld aangaande internetconsultatie. Daarin is aangegeven dat ten behoeve van de transparantie van het wetsvoorstel in principe alle wetgeving in internetconsultatie wordt gebracht, tenzij het bijvoorbeeld om puur technische wijzigingen of de implementatie van EU-regelgeving gaat. In die laatste gevallen is internetconsultatie optioneel.²⁷

²³ Memorie van toelichting, paragraaf 2.12.

²⁴ Artikel 1 van het Eerste Protocol bij het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en fundamentele vrijheden) en artikel 17 van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie.

²⁵ Zie de voorlichting van de Afdeling advisering van 3 juli 2012 (W12.12.0147/III) voor een uiteenzetting van de verschillende verschijningsvormen van inmenging met het eigendomsrecht.

²⁶ Memorie van toelichting, paragraaf 6.

²⁷ Kamerstukken II 2016/17, 29515, nr. 397, p. 5.

Het onderhavige wetsvoorstel valt echter niet in één van deze categorieën. Noch is sprake van spoed- of noodwetgeving, of van een situatie waarbij calculerend gedrag moet worden voorkomen of waarin consultatie niet in betekende mate kan leiden tot aanpassing van het voorstel.²⁸ Daarnaast is een 'gerichte' consultatietermijn van één week kort, zeker wanneer men dit afzet tegen de termijn van vier weken, die normaliter bij internetconsultatie is voorschreven.

De Afdeling adviseert om gelet op het voorgaande en de overtuiging dat het voorstel thans nog onvoldragen is, het voorstel alsnog aan een toereikend consultatieproces te onderwerpen, tenzij zwaarwegende redenen zich daartegen verzetten.

De Afdeling advisering van de Raad van State heeft een aantal bezwaren bij het voorstel en adviseert het voorstel niet bij de Tweede Kamer der Staten-Generaal in te dienen, tenzij het is aangepast.

De vice-president van de Raad van State,

²⁸ Zie Draaiboek voor de Regelgeving, nr. 16 (Internetconsultatie).