

Geachte heer ■■■,

1. Op 3 maart 2020 ontvingen wij het voorstel van wet tot wijziging van de Mediawet 2008 in verband met het invoeren van een investeringsverplichting ten behoeve van Nederlands cultureel audiovisueel product (hierna: het wetsvoorstel). U verzocht ons het wetsvoorstel te beoordelen op uitvoerings- en handhavingsaspecten.
2. Met deze brief informeren wij u over onze bevindingen. Wij beginnen met een aantal algemene opmerkingen. Vervolgens zullen wij per artikel onze opmerkingen over de uitvoerbaarheid en handhaafbaarheid van het wetsvoorstel aangeven. Daarbij houden we zoveel mogelijk de volgorde van de bepalingen in het wetsvoorstel aan.

Algemeen

3. Wij vragen ons af of het uit wetssystematisch oogpunt logisch is om het wetsvoorstel onder te brengen in hoofdstuk 3 van de Mediawet. De achtergrond van deze opmerking is dat hoofdstuk 3 van de Mediawet uitsluitend ziet op commerciële mediadiensten. Het wetsvoorstel bevat echter ook een investeringsverplichting voor de landelijke publieke mediadienst. Het lijkt ons logischer om de investeringsverplichting voor de landelijke publieke mediadienst in hoofdstuk 2 van de Mediawet op te nemen.
4. In overweging 39 van de Richtlijn tot wijziging van de Richtlijn Audiovisuele Mediadiensten (hierna: Wijzigingsrichtlijn) staat: *“Wanneer een lidstaat aanbieders van mediadiensten verplicht tot financiële bijdragen, dienen die bijdragen te worden ingezet voor een adequate bevordering van Europese producties, waarbij moet worden vermeden dat aanbieders van mediadiensten dubbele verplichtingen worden opgelegd. Indien de lidstaat waar de aanbieder van mediadiensten is gevestigd een dergelijke financiële bijdrage oplegt, dient deze lidstaat rekening te houden met eventuele financiële bijdragen die zijn opgelegd door lidstaten waarop de diensten gericht zijn”*. Daarnaast staat in artikel 13, derde lid, van de Wijzigingsrichtlijn, dat: *“Indien de lidstaat waar de aanbieder is gevestigd, een dergelijke financiële bijdrage oplegt, houdt deze lidstaat rekening met eventuele financiële bijdragen die zijn opgelegd door lidstaten waarop de diensten gericht zijn”*. In de memorie van toelichting merkt de regering in heel algemene bewoordingen op dat de in het wetsvoorstel opgenomen investeringsverplichting in vergelijking met investeringsverplichtingen van andere lidstaten, redelijk is. Daarmee wordt echter onvoldoende recht gedaan aan de boven weergegeven overweging 39 en artikel 13, eerste lid, van de Wijzigingsrichtlijn. Om uitvoeringsproblemen te voorkomen, verdient het volgens het Commissariaat aanbeveling dat in het wetsvoorstel een regeling wordt opgenomen voor die gevallen waarin meerdere lidstaten financiële heffingen opleggen aan een aanbieder.
5. Een aantal essentiële bepalingen van het wetsvoorstel moet nog nader moet worden uitgewerkt. Dit betreft onder andere artikel 3b.2 (criteria voor media-aanbod om aangemerkt te kunnen worden als Nederlands cultureel audiovisueel product), artikel 3b.5, vierde lid (regels over de gevolgen van ontbinding of niet-nakoming van een overeenkomst voor een investering), artikel 3b.6, derde lid (nadere regels over de aanlevering van informatie of stukken bij het Commissariaat) en artikel 3b.7, derde lid (indicatoren waaruit kan worden opgemaakt dat een commerciële mediadienst die onder de bevoegdheid van een andere lidstaat valt, zich richt op publiek in Nederland). Het wetsvoorstel is pas uitvoerbaar en handhaafbaar nadat deze uitwerkingen hebben plaatsgevonden. Bovendien achten wij het van essentieel belang dat het Commissariaat ook op deze uitwerkingen een uitvoeringstoets zal doen.
6. Daarnaast constateren wij dat een aantal begrippen in het wetsvoorstel onvoldoende wordt uitgewerkt. De uitvoerbaarheid en handhaafbaarheid van het wetsvoorstel valt of staat met goed uitgewerkte begrippen. Wij komen daar in het onderstaande op terug.
7. Het Commissariaat kan op grond van meerdere bepalingen in het wetsvoorstel ontheffing verlenen als een investeringsverplichting *“gelet op de aard of het onderwerp van de betreffende mediadienst, praktisch onuitvoerbaar of ongerechtvaardigd zou zijn”*. Als deze ontheffingsgronden niet verder worden uitgewerkt, zal het Commissariaat voor de invulling daarvan beleidsregels moeten opstellen.

8. Tenslotte verwachten wij dat het wetsvoorstel het nodige los zal maken in de mediasector. In het verlengde daarvan verwacht het Commissariaat een groot aantal ontheffingsverzoeken. Mede gelet op de open formulering van de ontheffingsbepalingen, zal de behandeling van vrijstellingsverzoeken – en van de mogelijk daarop volgende procedures in het kader van de rechtsbescherming – in dat geval een groot beslag leggen op de capaciteit van het Commissariaat.

Artikelsgewijze opmerkingen

Artikel 3b.1

9. Het begrip bioscoopdienst wordt gedefinieerd als “*dienst die bestaat uit het door de aanbieder op bepaalde tijdstippen aan de afnemer toegang verschaffen tot een fysieke ruimte waarin bepaalde films of andere audiovisuele werken worden vertoond, tegen betaling van toegangsgelden*”. Allereerst is deze definitie erg ruim. Zo zouden ook niet-commerciële diensten onder deze definitie kunnen vallen (voetbalkantines of cafés waarin tegen betaling films worden vertoond). Om dit te ondervangen zou in de definitie kunnen worden opgenomen dat het gaat om het aanbieden van films als reguliere bedrijfsactiviteit. Daarnaast is onduidelijk wanneer sprake is van een dienst. Is iedere bioscoop een dienst of valt alleen het concern dat bioscopen exploiteert onder deze definitie?
10. In de definitie van het begrip mediadienst op aanvraag met advertentiemodel staat dat de afnemer “*om niet*” toegang krijgt tot media-aanbod dat wordt omlijst door reclameboodschappen. Er vanuit gaande dat de gebruiker, om toegang te krijgen tot het media-aanbod van dit type mediadiensten, in veel gevallen (persoonlijke) data zal moeten afstaan, zal naar ons oordeel veelal geen sprake zijn van het om niet toegang krijgen. Als alternatief zou in het wetsvoorstel kunnen worden opgenomen dat wordt afgezien van het vragen van een geldelijke vergoeding.

Artikel 3b.3

11. In artikel 3b.3, eerste lid, staat dat tenminste zes procent van de budgetten, bedoeld in artikel 2.149, eerste lid, met uitzondering van onderdeel e, wordt besteed aan Nederlands cultureel audiovisueel product. Artikel 2.121 is van overeenkomstige toepassing. Allereerst is onduidelijk wie de norm adressaat is van deze bepaling en wie het Commissariaat kan aanspreken in geval van niet naleving ervan. Daarnaast is onduidelijk wat de overeenkomstige toepassing van artikel 2.121 inhoudt. Betekent dit dat de budgetten voor de in artikel 2.121 genoemde categorieën buiten toepassing blijven voor de berekening van de betrokken zes procent? En zo ja, zijn deze budgetten voldoende duidelijk geoormerkt? Of betekent dit dat de typen media-aanbod in artikel 2.21 niet worden aanmerkt als Nederlands cultureel audiovisueel product?
12. Daarnaast dienen de begrippen productie, coproductie en vooraankoop in artikel 3b.3, tweede lid, te worden gedefinieerd.

Artikel 3b.4

13. Op grond van artikel 3b.4, tweede lid, bedraagt de investering zes procent van de relevante omzet per boekjaar voor omroepdiensten, mediadiensten met een abonnementsmodel en mediadiensten met een advertentiemodel. In afwijking daarvan bedraagt de investering drie procent van de relevante omzet per boekjaar voor een mediadienst met een transactiemodel. In de memorie van toelichting wordt deze keuze als volgt toegelicht: “*Tegelijkertijd zijn de typen mediadiensten niet allemaal hetzelfde. Daarom wordt onderscheid gemaakt tussen aanbieders waarvoor het gebruikelijk is om zelf te investeren in audiovisueel media-aanbod, en aanbieders die dat doorgaans niet doen. Hierdoor ontstaan twee categorieën. Voor de aanbieders die weliswaar direct verdienen aan media-aanbod maar doorgaans niet rechtstreeks in dit aanbod investeren (aanbieders van bioscoopdiensten en aanbieders van TVOD-diensten) zal een investeringsverplichting gelden ter hoogte van 3% van hun in Nederland gegenereerde relevante jaaromzet*”. Er zijn echter ook omroepdiensten, mediadiensten met een abonnementsmodel en mediadiensten met een advertentiemodel die doorgaans niet rechtstreeks in dit aanbod investeren. Wij vragen ons af wat dit betekent voor het gelijk speelveld. Bovendien voorzien wij dat dit in de uitvoeringspraktijk veel discussie zal opleveren.

14. Op grond van artikel 3b.4, vierde lid, bestaat de relevante omzet, uit “*alle in Nederland gegenereerde omzet die direct of indirect verband houdt met het aanbieden van de betreffende mediadienst. Hiertoe wordt gerekend omzet uit: a. reclameboodschappen; b. abonnementen; c. gebruikerstransacties; d. sponsoring; en e. productplaatsing*”. Allereerst dient de definitie van het begrip “omzet” te worden verduidelijkt. Wij voorzien namelijk dat juist hierover veel discussie zal ontstaan. Om constructies, zoals het kunstmatig drukken van omzet, te voorkomen is een duidelijk afgrenzing van het omzetbegrip essentieel. Voor een definitie van het omzetbegrip verwijzen we naar de IFRS 15 Accounting Standard. Daarnaast dient te worden verduidelijkt wanneer sprake is van “in Nederland gegenereerde omzet”. Ook is niet duidelijk of de opsomming in het vierde lid limitatief bedoeld is.

Artikel 3b.5

15. De begrippen “investering”, “vooraankoop” en “aankoop” dienen nader te worden gedefinieerd. Datzelfde geldt voor de uitvoering van een investering. In theorie is het nu mogelijk dat er nooit een audiovisueel product tot stand komt. Op grond van artikel 3b.5, derde lid, is de investering uitgevoerd wanneer “*een of meer overeenkomsten zijn gesloten betreffende een investering, vooraankoop of aankoop als bedoeld in het tweede lid*”. Voor de uitvoerbaarheid en handhaafbaarheid van de regeling dient nader te worden bepaald welke minimale afspraken moeten worden opgenomen in die overeenkomst(en). Dit om onwenselijke constructies te voorkomen.
16. Daarnaast wordt de mogelijkheid geboden om te investeren via een privaat fonds. In de memorie van toelichting wordt dat als volgt omschreven: “*De wijze van investeren wordt, binnen het kader van de hierboven beschreven investeringsvormen, aan marktpartijen gelaten. Aanbieders kunnen ervoor kiezen om rechtstreeks te investeren in Nederlands cultureel audiovisueel product. Ze kunnen er ook voor kiezen om te investeren via een privaat fonds, dat van deze aanbieder(s) de taak krijgt om de productie van Nederlands cultureel audiovisueel product mee te financieren*”. Voor de uitvoerbaarheid en handhaafbaarheid lijkt het ons goed dat in het wetsvoorstel eisen worden gesteld aan een dergelijk fonds. Zo dienen regels over checks and balances te worden opgenomen. Ook ontbreken regels op grond waarvan verantwoording dient te worden afgelegd over de besteding van de investeringen door dergelijke fondsen.

Artikel 3b.6

17. Op grond van artikel 3b.6, eerste lid, informeert een commerciële media-instelling het Commissariaat uiterlijk op de laatste dag van het tweede boekjaar na het boekjaar waarin de relevante omzet, bedoeld in artikel 3b.4, tweede en derde lid, is gegenereerd, over: a. de samenstelling en hoogte van de relevante omzet; en b. de uitvoering van de investering bedoeld in artikel 3b.4, eerste lid, voor zover van toepassing. Anders dan voor de publieke omroepdienst, bestaat op dit moment voor commerciële media-instellingen geen verplichting om financiële verantwoording af te leggen aan het Commissariaat. Voor de uitvoerbaarheid en handhaafbaarheid verzoeken wij u daarom om de commerciële media-instellingen te verplichten om de verantwoording te laten voorzien van een accountantsverklaring. Daartoe dient eveneens een controleprotocol te worden opgesteld.
18. Daarnaast is artikel 3b.6, eerste lid, niet van toepassing op een commerciële media-instelling waarvan de totale in Nederland gegenereerde omzet minder dan €1 miljoen per boekjaar betreft. Voor de handhaafbaarheid van deze bepaling verzoeken wij u om in het wetsvoorstel op te nemen dat commerciële media-instellingen zich uitsluitend met een saldobevestiging, voorzien van een accountantsverklaring, op deze uitzondering kunnen beroepen.

Artikel 3b.7

19. De investeringsverplichting geldt op grond van artikel 3b.7 ook voor een commerciële aanbieder van mediadiensten die krachtens artikel 2 van de richtlijn audiovisuele mediadiensten onder de bevoegdheid van een andere lidstaat valt en een mediadienst als bedoeld in artikel 3b.4, eerste lid, onder a, b of d, verzorgt die zich geheel of gedeeltelijk richt op publiek in Nederland, behalve wanneer de mediadienst een lage omzet of een klein publiek heeft.
20. Allereerst zetten wij vraagtekens bij de handhaafbaarheid van deze bepaling. Het Commissariaat is niet bevoegd om bij in andere lidstaten gevestigde aanbieders van mediadiensten gegevens op te vragen over de naleving van deze verplichting. De werking van de Algemene wet

bestuursrecht gaat immers niet de grens over. Daarnaast zullen ook de toezichthouders in de lidstaten naar alle waarschijnlijkheid niet over deze bevoegdheid beschikken. Het betreft immers wetgeving van een andere lidstaat. De handhaafbaarheid valt of staat daarmee met een goede relatie met toezichthouders in andere lidstaten en met de relatie van deze toezichthouders met de betrokken in hun lidstaten gevestigde aanbieders van commerciële mediadiensten.

21. Daarnaast merken wij op dat het Commissariaat beleidsregels dient op te stellen voor de uitleg van de begrippen “lage omzet” en “klein publiek”. De Europese Commissie werkt momenteel nog aan richtsnoeren voor de uitleg van hiervan. Het Commissariaat zal deze richtsnoeren verwerken in zijn beleidsregels.

Tenslotte

22. Kijkend naar het gehele wetsvoorstel heeft het Commissariaat zorgen over de reikwijdte en interpretatie van een aantal kernbegrippen uit het wetsvoorstel. Gelet daarop zetten wij op dit moment vraagtekens bij de uitvoerbaarheid en handhaafbaar van het wetsvoorstel.
23. Wij vertrouwen erop u hiermee van dienst te zijn geweest. Uiteraard staan wij open voor nader overleg.

Hoogachtend,
COMMISSARIAAT VOOR DE MEDIA,

████████████████████
Voorzitter

████████████████████
Commissaris