

Vergaderjaar 2021–2022

36 176

Wijziging van de Mediawet 2008 in verband met het invoeren van een investeringsverplichting ten behoeve van Nederlands cultureel audiovisueel product

Nr. 4

ADVIES AFDELING ADVISERING RAAD VAN STATE EN NADER RAPPORT

Hieronder zijn opgenomen het advies van de Afdeling advisering van de Raad van State d.d. 30 september 2020 en het nader rapport d.d. 15 juli 2022, aangeboden aan de Koning door de Staatssecretaris van Onderwijs, Cultuur en Wetenschap, mede namens de Minister van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties. Het advies van de Afdeling advisering van de Raad van State is cursief afgedrukt.

Blijkens de mededeling van de Directeur van Uw kabinet van 26 juni 2020, nr. 2020001274, machtigde Uwe Majesteit de Afdeling advisering van de Raad van State haar advies inzake het bovenvermelde voorstel van wet rechtstreeks aan mij te doen toekomen.

Dit advies, gedateerd 30 september 2020, nr. W05.20.0210/I, bied ik U hierbij aan.

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.

De Afdeling geeft in het voorgaande een overzicht van de opmerkingen die zij in het advies puntsgewijs uitwerkt. Op deze opmerkingen wordt hierna bij de afzonderlijke uitwerkingen ingegaan.

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 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 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

¹ Memorie van toelichting, paragraaf 1

² Artikel 3b.3 van het wetsvoorstel.

³ Artikel 3b.8 van het wetsvoorstel.

⁴ Artikel 3b.4 van het wetsvoorstel.

⁵ Memorie van toelichting, paragraaf 2.2

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 aanbieders 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 moet 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

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

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, 3b.8, 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.

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

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

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 investeringsverplichting 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

¹⁴ Kamerstukken II 2019/20, 32 820, nr. 377, p.9–10.

¹⁵ Toelichting, p.6.

¹⁶ Memorie van toelichting, paragraaf 2.2

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.

Op de opmerkingen van de Afdeling ten aanzien van de effectiviteit van de maatregel, de aanbieders voor wie de verplichting geldt en het onderscheid tussen de landelijke publieke mediadienst en commerciële omroepen zal hieronder in dezelfde volgorde worden ingegaan.

Ten aanzien van de effectiviteit van de maatregel merkt de regering het volgende op. De (internationale) ontwikkelingen op de audiovisuele markt hebben geleid tot veranderingen in het kijkgedrag binnen Nederland. Deze veranderingen hebben directe, negatieve gevolgen voor de financiering van Nederlandse films, series en documentaires. Dergelijk media-aanbod is daardoor onder druk komen te staan. Om dit aanbod duurzaam te stimuleren, is het van belang om meer financiële ruimte te creëren voor de totstandkoming en distributie ervan. Een investeringsverplichting zorgt één op één voor extra financiële ruimte, omdat marktpartijen daardoor worden verplicht om (extra) te investeren in Nederlandse films, series en documentaires. De verwachting is dat de investeringen door de betrokken aanbieders jaarlijks in totaal ongeveer € 29,8 miljoen zullen bedragen, op basis van het in het wetsvoorstel opgenomen percentage (zie voor het percentage ook onder 3). Hoewel dit bedrag onder het volgens de Raad van Cultuur benodigde extra budget blijft, geeft de investeringsverplichting een substantiële impuls aan de productie van Nederlandse films, series en documentaires. Bij de evaluatie van het wetsvoorstel, vier jaar na de inwerkingtreding, kan inzicht worden verkregen in het totaal aan (extra) investeringen waartoe de verplichting heeft geleid.

De memorie van toelichting is op het punt van de effectiviteit en de verwachte opbrengst aangevuld om meer inzicht te geven in de keuze voor een investeringsverplichting.

Over de aanbieders voor wie de verplichting geldt, merkt de regering het volgende op. De aanbodzijde van de (Nederlandse en internationale) audiovisuele markt is in de afgelopen jaren sterk veranderd door de opkomst van verschillende typen mediadiensten op aanvraag. Hoewel veel variatie bestaat tussen aanbieders, hebben zij met elkaar gemeen dat zij verdienen aan de Nederlandse kijker. Vooral voor aanbieders van commerciële mediadiensten op aanvraag geldt dat zij overwegend met internationaal media-aanbod aan de Nederlandse kijker verdienen. De financiële bijdrage van deze aanbieders aan de totstandkoming van Nederlandse films, series en documentaires blijft daar bij achter. Een investeringsverplichting die specifiek ziet op Nederlandse films, series en documentaires brengt dit meer in evenwicht. Hoewel voor bioscopen ook geldt dat zij vooral met internationaal aanbod verdienen aan de Nederlandse bezoeker, dragen bioscopen reeds financieel bij aan de totstandkoming van Nederlandse films door middel van het btw-convenant. De

¹⁷ Artikel 2.122 Mediawet 2008.

regering acht de bestaande afdracht middels het btw-convenant geschikt om de bijdrage van bioscopen aan Nederlandse films te waarborgen, zodat voor deze groep aanbieders een investeringsverplichting niet op zijn plaats is.

De memorie van toelichting is aangepast om bovenstaande overwegingen over de aanbieders voor wie de verplichting geldt duidelijker weer te geven. Het wetsvoorstel is aangepast zodat de investeringsverplichting niet geldt voor bioscopen.

Betreffende het onderscheid tussen de landelijke publieke mediadienst en de commerciële omroepen, is de regering met de Afdeling van mening dat beide een grote bijdrage leveren aan de Nederlandse audiovisuele sector. De landelijke publieke mediadienst handelt hierbij vanuit een publieke taak. Die publieke taak komt onder andere tot uitdrukking in de door de Afdeling aangehaalde verplichting om vijftig procent van het programma-aanbod uit Nederlands- of Friestalige producties te laten bestaan. Daarnaast bestaat de verplichting om een deel van de budgetten voor de verzorging van het media-aanbod te besteden aan (recente) onafhankelijke producties. Hiermee is de bijdrage van de landelijke publieke mediadienst aan de productie van Nederlandse films, series en documentaires voldoende gewaarborgd. Een afzonderlijke investeringsverplichting is voor de landelijke publieke mediadienst dan ook niet noodzakelijk en zou geen aanvullend stimulerend effect opleveren.

De opmerking van de Afdeling geeft de regering aanleiding het voorstel aan te passen, zodat aan de landelijke publieke mediadienst geen investeringsverplichting wordt opgelegd.

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 cultureel product moet worden besteed/geïnvesteed zal bij AMvB worden bepaald. Datzelfde geldt voor de criteria waaraan het 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 onvolledig. 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.

De Afdeling merkt op dat uit het wetsvoorstel onvoldoende blijkt wat de investeringsverplichting gaat betekenen, omdat het voor een aantal onderdelen grondslagen bevat voor nadere regelgeving bij AMvB. Op deze onderdelen wordt in het volgende afzonderlijk ingegaan.

Als eerste noemt de Afdeling de criteria aan de hand waarvan zal worden bepaald of een aanbieder zich richt op publiek in Nederland. Deze criteria zijn alleen relevant wanneer de aanbieder van een mediadienst niet is gevestigd in Nederland, maar wel verdient aan de Nederlandse kijker. De herziene richtlijn audiovisuele mediadiensten maakt het mogelijk om ook aan aanbieders van dergelijke diensten een investeringsverplichting op te leggen.¹⁸ De richtlijn biedt daarbij in de considerans handvatten voor de individuele beoordeling of een aanbieder die is gevestigd in een andere lidstaat zich richt op publiek in Nederland.¹⁹ Naar deze indicatoren wordt in de toelichting bij het wetsvoorstel verwezen. De in de richtlijn opgesomde indicatoren hebben een veelal objectief karakter, zodat deze geschikt zijn voor uitwerking bij AMvB. De regering acht de criteria daarnaast voldoende specifiek en volledig voor aanbieders in andere lidstaten om te kunnen beoordelen of de voorgestelde investeringsverplichting mogelijk op hen van toepassing zal zijn.

De opmerking van de Afdeling geeft de regering geen aanleiding om het wetsvoorstel of de memorie van toelichting aan te passen.

Als tweede noemt de Afdeling de inhoud van de verplichtingen, in het bijzonder het percentage dat in het Nederlands cultureel audiovisueel product moeten worden geïnvesteerd. Dit percentage maakt een wezenlijk onderdeel uit van het wetsvoorstel, hetgeen voor de regering aanleiding is geweest om dit niet langer bij AMvB te bepalen maar op te nemen in het wetsvoorstel. Gekozen is voor een relatief eenvoudig systeem, met één percentage voor alle commerciële mediadiensten op aanvraag. Een verplichting ter hoogte van 4,5% wordt voorgesteld voor aanbieders commerciële mediadiensten op aanvraag, ongeacht het verdienmodel van die mediadienst.

Het wetsvoorstel is naar aanleiding van de opmerking van de Afdeling aangepast. De memorie van toelichting is op gelijke wijze aangepast en aangevuld. Dit geldt voor het algemeen deel van de toelichting en voor de artikelsgewijze toelichting bij het voorgestelde artikel 3.29e.

Ten aanzien van de inhoud van de verplichtingen merkt de Afdeling tevens op dat zij het problematisch vindt dat volgens het voorstel de criteria voor het Nederlands cultureel audiovisueel product bij AMvB worden bepaald. De regering heeft hierin aanleiding gezien om de criteria voor het Nederlands cultureel audiovisueel product op te nemen in het wetsvoorstel, en niet langer te delegeren naar het niveau van AMvB. Hiermee beoogt de regering aanbieders op het niveau van de wet inzicht te verschaffen in de producties waarin zij kunnen investeren om aan hun verplichtingen te voldoen. Uitgangspunt voor het Nederlands cultureel audiovisueel product is dat sprake moet zijn van een Europese productie in de zin van de richtlijn audiovisuele mediadiensten²⁰, die de vorm aanneemt van een documentairefilm, documentaireserie, dramaserie of

¹⁸ Richtlijn (EU) 2018/1808 van het Europees Parlement en de Raad van 14 november 2018, PbEU 2018, L 303/69.

¹⁹ Zie paragraaf 38 van de considerans.

²⁰ Artikel 1, onderdeel n, van Richtlijn 2010/13/EU.

speelfilm. Van deze begrippen zijn definities opgenomen in het wetsvoorstel. De productie moet daarnaast voldoen aan ten minste twee van vier criteria die verband houden met de Nederlandse of Friese taal en de Nederlandse cultuur. In de algemene toelichting en de artikelsgewijze toelichting bij voorgesteld artikel 3.29f wordt nader ingegaan op de in het wetsvoorstel opgenomen criteria.

Naar aanleiding van de opmerking van de Afdeling heeft de regering het wetsvoorstel aangepast. Dit heeft tevens geleid tot aanpassingen in het algemene deel van de memorie van toelichting, en de artikelsgewijze toelichting bij voorgesteld artikel 3.29f van het wetsvoorstel.

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 aan aanbieders die gevestigd zijn in andere lidstaten te verplichten een financiële bijdrage te leveren aan Europese producties.²¹ Een dergelijke verplichting moet echter wel evenredig en niet-discriminerend zijn en voldoen aan het (overige) Unierecht, waaronder de vrij-verkeersbepalingen.²²

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.²³ Aanvulling van de toelichting is op dit punt 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

²¹ 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.

²² 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.

²³ Daarbij verdient aandacht dat de eis in artikel 13, derde lid, dat (i) de financiële bijdrage uitsluitend gebaseerd mag zijn op 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 aanbieders is gevestigd.

*en daarbij zal moeten vaststaan dat de maatregel daartoe geschikt is en niet verder gaat dan nodig.*²⁴

*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.*²⁵

*In de toelichting is wel een paragraaf over de verhouding tot de staatssteunregels opgenomen.*²⁶ *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.

Zoals de Afdeling opmerkt kan de voorgestelde investeringsverplichting ook van toepassing zijn op aanbieders van mediadiensten die gevestigd zijn in een andere lidstaat. Dat is alleen zo als de betreffende commerciële mediadiensten op aanvraag zich richten op publiek in Nederland. De grondslag voor deze uitbreiding van de reikwijdte van de investeringsverplichting is de herziene richtlijn audiovisuele mediadiensten.²⁷ De voorgestelde investeringsverplichting is dan ook zo vormgegeven dat deze voldoet aan de in de richtlijn gestelde eisen van evenredigheid en non-discriminatie. Zoals reeds genoemd, is de Europese productie in de zin van de richtlijn audiovisuele mediadiensten het uitgangspunt voor de kwalificatie als Nederlands cultureel audiovisueel product.

De toelichting is naar aanleiding van de opmerkingen van de Afdeling aangevuld, om te verduidelijken hoe de investeringsverplichting zich verhoudt tot de richtlijn.

Met het (overige) Unierecht wordt met name bedoeld op de staatssteunregels en de vrij-verkeersbepalingen. De regering merkt hierover allereerst op dat de investeringsverplichting geen steunmaatregel oplevert in de zin van artikel 107, eerste lid, VWEU. De steun die de investeringsverplichting oplevert voor het Nederlands cultureel audiovisueel product wordt immers niet bekostigd met overheidsmiddelen. De middelen zijn afkomstig van marktpartijen, die zonder tussenkomst van de overheid investeringen uitvoeren op de markt voor het Nederlands cultureel audiovisueel product.

De regering merkt voorts nog het volgende op over hoe de investeringsverplichting zich verhoudt tot het vrij verkeer binnen de Europese Unie. Het wetsvoorstel bevat regels over het verlenen van commerciële mediadiensten op aanvraag. Het wetsvoorstel bevat daarnaast criteria voor producties om te kwalificeren als Nederlands cultureel audiovisueel product. Die criteria houden in dat producties een connectie moeten hebben met de Nederlandse cultuur, waaronder de Nederlandse of Friese taal. Het wetsvoorstel levert hiermee een mogelijke beperking op van de vrijheid van diensten, vestiging, kapitaal en werknemers op de interne

²⁴ HvJEU 5 maart 2009, *Unión de Televisións 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.

²⁵ Arrest UTECA, reeds aangehaald, punt 25.

²⁶ Memorie van toelichting, paragraaf 2.12

²⁷ Richtlijn (EU) 2018/1808 van het Europees Parlement en de Raad van 14 november 2018, PbEU 2018, L 3030/69.

markt. Deze beperking wordt echter gerechtvaardigd door het legitieme doel van behoud van culturele diversiteit, onder meer op het gebied van de Nederlandse en Friese taal. De investeringsverplichting is een geschikte maatregel om dit doel te bereiken, omdat zij direct leidt tot meer investeringen in Nederlandse films, series en documentaires. De vormgeving van de investeringsverplichting maakt dat deze tegelijkertijd niet verder gaat dan nodig. Dit blijkt onder meer uit de in het voorstel opgenomen vrijstelling en ontheffingsmogelijkheid, het beperkte deel van de relevante omzet dat dient te worden geïnvesteerd en de relatieve vrijheid die aanbieders hebben om te bepalen in welke producties zij investeren.

De opmerkingen van de Afdelingen geven de regering geen aanleiding het wetsvoorstel aan te passen. De memorie van toelichting is op onderdelen aangevuld om voorgaande overwegingen te reflecteren.

5. Recht op eigendom

In de toelichting wordt niet ingegaan op de verhouding tussen dit wetsvoorstel en het recht op eigendom.²⁸ Met het opleggen van een investeringsplicht aan (private) ondernemingen vindt, door middel van regulering, een inmenging in het recht op eigendom plaats.²⁹ 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 een toelaatbare inmenging op het recht op eigendom.

De investeringsverplichting leidt ertoe, zoals de Afdeling opmerkt, dat ondernemingen over een beperkt deel van hun in Nederland gegeneerde, relevante omzet niet langer vrijelijk kunnen beschikken. Zij worden immers verplicht dit deel in te zetten voor investeringen in het Nederlands cultureel audiovisueel product. Dit levert een inmenging op in het eigendomsrecht van betrokken ondernemingen. Deze regulering van eigendom wordt gerechtvaardigd door het algemene belang dat wordt gediend met het stimuleren van de culturele diversiteit van Nederland op audiovisueel gebied, waaronder ook diversiteit op het gebied van de Nederlandse en Friese taal. De regering beoogt met de vormgeving van de investeringsverplichting een evenwicht te bereiken tussen de belangen van de ondernemingen enerzijds, en het algemene belang anderzijds. Dat heeft er onder meer toe geleid dat de investeringsverplichting slechts op een beperkt deel van de relevante omzet ziet, en dat ondernemingen zelf

²⁸ Artikel 1 van het Eerste Protocol bij het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden) en artikel 17 van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie.

²⁹ 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.

mogen bepalen in welke productie(s) zij investeren. Daarnaast zijn aanbieders met een relevante omzet per boekjaar van minder dan € 30 miljoen vrijgesteld van de investeringsverplichting, en kunnen aanbieders in individuele gevallen om ontheffing vragen.

De memorie van toelichting is naar aanleiding van de opmerking van de Afdeling aangevuld met de argumentatie die volgens de regering de inmenging in het recht op eigendom toelaatbaar maakt.

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.³⁰

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.³¹

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 bekende mate kan leiden tot aanpassing van het voorstel.³² 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.

Uit de gerichte consultatie die over dit wetsvoorstel is gehouden, zijn veel nuttige reacties naar voren gekomen. Naar aanleiding van de opmerking van de Afdeling heeft de regering over het wetsvoorstel alsnog een openbare internetconsultatie gehouden. Hierbij is een consultatietermijn van vier weken aangehouden. Gelet op de reeds besproken aanvullingen in het wetsvoorstel, heeft de regering besloten om het wetsvoorstel in de aangevulde vorm in openbare internetconsultatie te geven.

Naar aanleiding van de openbare internetconsultatie zijn 22 reacties ontvangen. Veel partijen onderschrijven het belang van een stimuleringsmaatregel voor Nederlands cultureel audiovisueel aanbod. Zij plaatsen echter opmerkingen bij de uitwerking daarvan in het wetsvoorstel. De memorie van toelichting is aangevuld met een bespreking van de consultatiereacties die zijn ontvangen. De reacties gaven aanleiding tot een aantal wijzigingen in het wetsvoorstel. Deze worden in paragraaf zes van de toelichting besproken.

³⁰ Memorie van toelichting, paragraaf 6.

³¹ Kamerstukken II 2016/17, 29 515, nr. 397, p.5.

³² Zie Draaiboek voor de Regelgeving, nr. 16 (Internetconsultatie).

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,
Th. C. de Graaf.*

Ik moge U verzoeken, mede namens de Minister van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties, het hierbij gevoegde gewijzigde voorstel van wet en de gewijzigde memorie van toelichting aan de Tweede Kamer der Staten-Generaal te zenden.

De Staatssecretaris van Onderwijs, Cultuur en Wetenschap,
G. Uslu