EUROPEAN COMMISSION

Brussels 17.11.2022
C(2022) 8470 final

Minister Wopke Hoekstra
Minister van Buitenlandse Zaken
Ministerie van Buitenlandse Zaken
Postbus 20061
2500 EB Den Haag
Nederland

Betreft: **Kennisgeving 2022/548/NL**

Voorstel van wet tot invoering van een investeringsverplichting voor aanbieders van commerciële mediadiensten op aanvraag

Mededeling van opmerkingen overeenkomstig artikel 5, lid 2, van Richtlijn (EU) 2015/1535

Excellentie,

In het kader van de kennisgevingsprocedure van Richtlijn (EU) 2015/1535[1] hebben de Nederlandse autoriteiten de Commissie op 18 augustus 2022 in kennis gesteld van het *"Voorstel van wet tot invoering van een investeringsverplichting voor aanbieders van commerciële mediadiensten op aanvraag"* (hierna "het aangemelde ontwerp").

De aanbieders van "commerciële mediadiensten op aanvraag", zoals bedoeld in het aangemelde ontwerp, en die onder het toepassingsgebied ervan vallen, vormen diensten van de informatiemaatschappij in de zin van artikel 1, onder b), van Richtlijn (EU) 2015/1535 en derhalve ook in de zin van artikelen 1 en 2 van Richtlijn 2000/31/EG (hierna "de richtlijn inzake elektronische handel")[2], voor zover zij voldoen aan de daarin vermelde voorwaarden (*"elke dienst die gewoonlijk tegen vergoeding, langs*

[1] Richtlijn (EU) 2015/1535 van het Europees Parlement en de Raad van 9 september 2015 betreffende een informatieprocedure op het gebied van technische voorschriften en regels betreffende de diensten van de informatiemaatschappij (codificatie), PB L 241 van 17.9.2015, blz. 1.
[2] Richtlijn 2000/31/EG van het Europees Parlement en de Raad van 8 juni 2000 betreffende bepaalde juridische aspecten van de diensten van de informatiemaatschappij, met name de elektronische handel, in de interne markt, PB L 178 van 17.7.2000, blz. 1.

elektronische weg, op afstand en op individueel verzoek van een afnemer van diensten wordt verricht").

Het aangemelde ontwerp is bedoeld om gebruik te maken van de mogelijkheid die is geboden in artikel 13, lid 2, van Richtlijn (EU) 2018/1808 tot wijziging van Richtlijn 2010/13/EU betreffende het aanbieden van audiovisuele mediadiensten[3] (richtlijn audiovisuele mediadiensten, hierna "AVMSD" genoemd) voor een lidstaat, om aanbieders van mediadiensten die in andere lidstaten zijn gevestigd maar gericht zijn op doelgroepen op zijn grondgebied (hierna "grensoverschrijdende VOD" genoemd) te verplichten om op niet-discriminerende en evenredige wijze bij te dragen aan de productie van Europese producties. Het aangemelde ontwerp is ook gericht op de omzetting van artikel 13, lid 6, van de AVMSD, dat voorziet in verplichte vrijstellingen van de mogelijke verplichting uit hoofde van artikel 13, lid 2, voor ondernemingen met een lage omzet of een klein publiek.

Het onderzoek van het aangemelde ontwerp heeft de Commissie ertoe gebracht de volgende opmerkingen te maken.

1. Betreffende de toepassing van directe investeringsverplichtingen op "grensoverschrijdende VOD-diensten" en artikel 13, lid 2, van de AVMSD

Artikel 3.29a van het aangemelde ontwerp definieert een *"commerciële mediadienst op aanvraag"* als *"mediadienst op aanvraag die door een commerciële media-instelling wordt verzorgd en waarbij het media-aanbod betrekking heeft op producten met bewegende beeldinhoud al dan niet mede met geluidsinhoud. Daaronder worden ook begrepen bijbehorende ondertitelingsdiensten en elektronische programmagidsen".*

Volgens artikel 3.29e van het aangemelde ontwerp moet een media-instelling die een commerciële mediadienst op aanvraag aanbiedt 4,5% van haar "relevante omzet per boekjaar" investeren in "Nederlandse culturele audiovisuele producten". De "relevante omzet per boekjaar" bestaat uit "alle in Nederland gegenereerde omzet die verband houdt met het aanbieden van de betreffende commerciële mediadienst op aanvraag". Artikel 3.29i bepaalt dat artikel 3.29e ook van toepassing is op aanbieders van mediadiensten die krachtens artikel 2 van de AVMSD onder de bevoegdheid van een andere lidstaat vallen en een commerciële mediadienst op aanvraag verzorgen die zich geheel of gedeeltelijk richt op een publiek in Nederland, behalve wanneer de mediadienst een klein publiek heeft.

Artikel 3.29f definieert een "Nederlands cultureel audiovisueel product" als een Europese productie in de zin van artikel 1, onder n), van de AVMSD, die een "documentairefilm, documentaireserie, dramaserie of speelfilm is en voldoet aan ten minste twee van de volgende voorwaarden":

[3] Richtlijn (EU) 2018/1808 van het Europees Parlement en de Raad van 14 november 2018 tot wijziging van Richtlijn 2010/13/EU betreffende de coördinatie van bepaalde wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen in de lidstaten inzake het aanbieden van audiovisuele mediadiensten (richtlijn audiovisuele mediadiensten) in het licht van een veranderende marktsituatie, PB L 303 van 28.11.2018, blz. 69–92.

- het originele scenario is in overwegende mate geschreven in de Nederlandse of Friese taal;
- de hoofdpersonages drukken zich in overwegende mate uit in de Nederlandse of Friese taal;
- het scenario is gebaseerd op een origineel literair werk in de Nederlandse of Friese taal;
- het hoofdthema houdt verband met de Nederlandse cultuur, geschiedenis, maatschappij of politiek.

Met betrekking tot bovengenoemde financiële bijdrageregeling maakt de Commissie de volgende opmerkingen:

i) Investeringspercentage van 4,5% van de relevante omzet per boekjaar

Volgens vaste rechtspraak kunnen maatregelen die de vrijheid van dienstverrichting aantasten, gerechtvaardigd zijn indien zij een legitiem algemeen belang, zoals culturele en taalkundige verscheidenheid, nastreven. Gezien in het bijzonder de verplichting om de productie van Europese producties te financieren, heeft het HvJ-EU[4] bepaald dat de bescherming van taalkundige diversiteit beperkingen van het vrije verkeer van diensten kan rechtvaardigen, zolang de nationale maatregelen evenredig zijn. Hoewel het arrest betrekking had op verplichtingen die onder de bevoegdheid van de lidstaat aan aanbieders zijn opgelegd begrijpt de Commissie, dat hetzelfde doel ook kan worden aangevoerd met betrekking tot verplichtingen die aan grensoverschrijdende aanbieders worden opgelegd om financieel bij te dragen aan Europese producties, indien de beginselen van non-discriminatie en evenredigheid worden geëerbiedigd.

Het aangemelde ontwerp legt een investeringsverplichting op van 4,5% van de relevante omzet per boekjaar gegenereerd in Nederland[5]. Artikel 13, lid 3, van de AVMSD bepaalt dat de lidstaat waar een aanbieder is gevestigd, in dit geval Nederland, rekening houdt met de door de beoogde lidstaten opgelegde financiële bijdragen. Het aangemelde ontwerp bevat geen aanwijzingen over de vraag of en hoe dergelijke financiële bijdragen van andere lidstaten met betrekking tot in Nederland gevestigde diensten in aanmerking zijn genomen bij de vaststelling van de drempel van 4,5%. Aangezien beoogde lidstaten inderdaad verplichtingen hebben opgelegd aan grensoverschrijdende diensten die onder de jurisdictie van Nederland vallen, is de Commissie van mening dat onduidelijk is hoe aan de in artikel 13, lid 3, van de AVSMD vastgestelde verplichting zal worden voldaan.

ii) Alleen van toepassing op “commerciële mediadiensten op aanvraag”

Volgens het aangemelde ontwerp gaat de investeringsverplichting gelden voor aanbieders van commerciële mediadiensten op aanvraag. Wij begrijpen dat omroepen, van welke

[4] Arrest C-222/07 *Uteca.*

[5] In de zaak Uteca stelde het Hof vast dat een bijdrage van 5% van de inkomsten voor de voorfinanciering van Europese bioscoop- en televisiefilms en van 60% van dat aandeel van 5% voor de productie van werken in de officiële talen van de staat evenredig is en dus verenigbaar is met het recht van de Europese Unie.

aard ook, en mediadiensten op aanvraag die door publieke media worden geëxploiteerd van deze verplichting zullen worden uitgesloten.

Wat de omroepen betreft zou de differentiatie kunnen worden ondersteund door overweging 37 van de AVMSD, waarin wordt erkend dat omroepen al sterk investeren in Europese producties: "*Omroepen investeren tegenwoordig meer in Europese audiovisuele producties dan aanbieders van audiovisuele mediadiensten op aanvraag. Als een lidstaat waarop de diensten gericht zijn, besluit een omroeporganisatie die onder de bevoegdheid van een andere lidstaat valt, een financiële verplichting op te leggen, dient er rekening te worden gehouden met de rechtstreekse bijdragen aan de totstandbrenging van Europese producties en aan de verwerving van rechten betreffende Europese producties, in het bijzonder coproducties, die door die omroeporganisatie worden geleverd, rekening houdend met het evenredigheidsbeginsel. Dit doet geen afbreuk aan de bevoegdheid van de lidstaten om, overeenkomstig hun cultureel beleid en als een en ander verenigbaar is met staatssteunregels, de hoogte vast te stellen van de financiële bijdragen die onder hun bevoegdheid vallende aanbieders van mediadiensten verschuldigd zijn*".

In het geval dat een lidstaat besluit de verplichtingen alleen toe te passen op mediadiensten op aanvraag zou het echter ook noodzakelijk zijn de beginselen van het EU-recht, zoals evenredigheid en non-discriminatie, uit hoofde van artikel 13, leden 2 en 3, van de AVMSD, na te leven.

De door de Nederlandse autoriteiten verstrekte rechtvaardigingsgronden voor het van de culturele bijdrageregeling uitsluiten van omroepen en mediadiensten op aanvraag die door publieke media worden geëxploiteerd, verwijzen impliciet naar de redenering van overweging 37, zonder echter details te verstrekken *("Bij het merendeel van de commerciële omroepen die zich richten op het Nederlandse publiek is de bijdrage aan Nederlandse audiovisuele producties in brede zin en daarmee aan de Nederlandse audiovisuele sector zodanig groot, dat er reden is om de investeringsverplichting niet toe te passen op omroepdiensten van deze partijen"; "Voor de landelijke publieke omroepen geldt dat zij [...] een grote bijdrage leveren aan de Nederlandse audiovisuele sector. Dit geldt eveneens voor de mediadienst op aanvraag van de landelijke publieke mediadienst.")*.

De Commissie roept de Nederlandse autoriteiten op hun rechtvaardigingsgronden met betrekking tot de non-discriminatie van het toepassingsgebied van de maatregel verder te onderbouwen, bijvoorbeeld door concrete gegevens te verstrekken over de bestaande investeringen van omroepen en aanbieders van mediadiensten op aanvraag (commerciële en openbare) in Nederlandse audiovisuele producties.

iii) Investering in "Nederlandse culturele audiovisuele producten"

De hierboven beschreven investeringsverplichting geldt alleen voor "Nederlandse culturele audiovisuele producten", zoals gedefinieerd in artikel 3.29f. Hoewel deze definitie niet alleen naar taal verwijst, is de Commissie van mening dat dit zou kunnen leiden tot het creëren van voordeel ten gunste van productiebedrijven die in de

Nederlandse taal werken of van Nederlandse oorsprong zijn en die in de praktijk voornamelijk in Nederland zijn gevestigd.

Zoals hierboven vermeld, lijkt de investeringsverplichting in het aangemelde ontwerp niet van toepassing te zijn op Europese producties zoals gedefinieerd in artikel 1, lid 1, onder n), van Richtlijn 2010/13/EU en krachtens artikel 13, lid 2, van dezelfde richtlijn. Artikel 13, lid 2, van de AVMSD verwijst in wezen naar de financiële steun voor de productie van Europese producties. Om te beginnen moet worden opgemerkt dat de richtlijn geen soortgelijke bepaling bevat betreffende financiële verplichtingen voor de productie van nationale bioscoopfilms en audiovisuele activiteiten. Ook bevat de richtlijn geen enkele bepaling betreffende de bestemming van een deel van of alle relevante inkomsten voor werken in de officiële taal van een lidstaat.

De Commissie herinnert eraan, dat het HvJ-EU een enge interpretatie heeft gegeven aan de toegestane beperkingen van het vrij verrichten van diensten, zoals hierboven onder i) is uiteengezet.

In dit licht wil de Commissie de Nederlandse autoriteiten eraan herinneren dat een dergelijk groot deel van de Nederlandse culturele audiovisuele producten (100%) die investeringsverplichtingen genieten, in vergelijking met Europese producties, gerechtvaardigd en evenredig zou moeten zijn met het oog op het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie. De Commissie is van mening, dat de evenredigheid van deze keuze in verband met de investeringsverplichting die uitsluitend van toepassing is op "Nederlandse culturele audiovisuele producten", zoals gedefinieerd in het aangemelde ontwerp, een aanvullende motivering zou vereisen, in tegenstelling tot een investeringsverplichting die slechts een deel voor dergelijke inhoud uit de algemene investeringsverplichtingen voor Europese producties bestemt.

2. Betreffende de omzetting van de vrijstellingsbepaling van artikel 13, lid 6, van de AVMSD

Artikel 13, lid 6, van de AVMSD verplicht de lidstaten, die gebruik maken van bovengenoemde mogelijkheid om financiële bijdragen op te leggen krachtens artikel 13, lid 2, van de AVMSD, in vrijstellingen te voorzien voor aanbieders van mediadiensten met een lage omzet of een klein publiek. Bovendien kunnen de lidstaten ook afzien van dergelijke verplichtingen of vereisten wanneer deze wegens de aard of het thema van de audiovisuele mediadiensten onuitvoerbaar of ongerechtvaardigd zouden zijn.

Krachtens artikel 13, lid 7, van de AVMSD heeft de Commissie richtsnoeren opgesteld voor de berekening van het aandeel Europese producties in de catalogi van aanbieders op aanvraag alsook voor de definitie van een "klein publiek" en een "lage omzet" in het kader van de bovengenoemde vrijstellingen[6].

i) Vrijstelling voor "klein publiek"

[6] Mededeling van de richtsnoeren van de Commissie overeenkomstig artikel 13, lid 7, van de richtlijn audiovisuele mediadiensten voor het berekenen van het aandeel Europese producties in catalogi op aanvraag en het definiëren van de begrippen "klein publiek" en "lage omzet" 2020/C 223/03.

Volgens artikel 3.29i van het aangemelde ontwerp is de bijdrageverplichting niet van toepassing op grensoverschrijdende VOD-diensten met een klein publiek. Deze term wordt echter niet gedefinieerd in het aangemelde ontwerp. In de toelichting bij het aangemelde ontwerp wordt verwezen naar de richtsnoeren van de Commissie (2020/C 223/03) voor een "uitleg van het concept" van de term "klein publiek". In dit verband is de Commissie weliswaar ingenomen met de verwijzing naar haar richtsnoeren, maar is zij van mening dat verdere verduidelijkingen in het aangemelde ontwerp moeten worden aangebracht om de interpretatie van de definitie van "klein publiek" te verduidelijken en te bevestigen of deze verwijst naar de door de Commissie gebruikte definitie, om de nodige rechtszekerheid over het gebruik van deze term te waarborgen.

ii) Vrijstelling voor "lage omzet"

Artikel 3.29e, lid 4, van het aangemelde ontwerp, dat van toepassing is op zowel binnenlandse als grensoverschrijdende video-on-demanddiensten, bepaalt dat de financiële verplichting niet van toepassing is in gevallen waarin de video-on-demanddienst een "relevante omzet per boekjaar" van minder dan 30 miljoen euro heeft. Net als voor de financiële verplichting bestaat de "relevante omzet per boekjaar" uit "alle in Nederland gegenereerde omzet die verband houdt met het aanbieden van de betreffende commerciële mediadienst op aanvraag".

Hoewel in de toelichting bij het aangemelde ontwerp opnieuw wordt verwezen naar de richtsnoeren van de Commissie voor een "uitleg van het concept" van de term "lage omzet" merkt de Commissie op, dat het aangemelde ontwerp aanzienlijk afwijkt van de richtsnoeren met betrekking tot de voorgestelde drempel voor een dergelijke "lage omzet". In de richtsnoeren van de Commissie werd overwogen, dat de drempel voor lage omzet kon worden vastgesteld aan de hand van het concept van micro-ondernemingen dat is ontwikkeld in de Aanbeveling 2003/361/EG uit de bijdrageverplichting, d.w.z. ondernemingen met een totale jaaromzet van ten hoogste 2 miljoen euro. Deze aanbeveling is gebaseerd op overweging 40 van Richtlijn 2018/1808, volgens welke verplichtingen inzake de bevordering van Europese producties de ontwikkeling van de markt niet mogen ondermijnen en de toetreding van nieuwe spelers op de markt moeten toestaan.

De toelichting bij het aangemelde ontwerp geeft aan, dat in het ontwerpvoorstel oorspronkelijk een drempel van 1 miljoen euro werd voorgesteld, die vervolgens werd verhoogd tot 30 miljoen euro. Hoewel de Nederlandse autoriteiten geen rechtvaardiging hebben gegeven voor de vaststelling van een dergelijke hoge drempel merkt de Commissie op, dat de vaststelling van een drempel van 30 miljoen euro het aantal VOD-diensten dat binnen het toepassingsgebied van het aangemelde ontwerp valt aanzienlijk vermindert. De Commissie is zich ervan bewust dat artikel 13, lid 2, van Richtlijn 2010/13 het aan de lidstaten overlaat of zij een financiële bijdrageregeling opleggen. Een drempel van 30 miljoen euro kan echter niet worden gerechtvaardigd door het voornemen om nieuwe marktdeelnemers toe te laten. De Commissie verzoekt de Nederlandse autoriteiten daarom de gekozen drempel toe te lichten.

De Nederlandse autoriteiten worden verzocht rekening te houden met bovenstaande opmerkingen en overwegingen om ervoor te zorgen dat nationale wetgeving wordt aangenomen en toegepast in overeenstemming met het toepasselijke EU-recht. De opmerkingen voor deze kennisgeving doen geen afbreuk aan de beoordeling, na goedkeuring, van de Nederlandse wetgeving in het kader van de kennisgeving van nationale maatregelen voor de omzetting van de AVMSD.

De Commissie herinnert er voorts aan dat de definitieve tekst, zodra deze is aangenomen, aan de Commissie moet worden meegedeeld overeenkomstig artikel 5, lid 3 van Richtlijn (EU) 2015/1535.

Hoogachtend,

Voor de Commissie

Kerstin Jorna
Directeur-generaal

Directoraat-generaal Interne Markt,
Industrie, Ondernemerschap en
Midden- en Kleinbedrijf

VOOR GELIJKLUIDEND AFSCHRIFT
Voor de secretaris-generaal

Martine DEPREZ
Directeur
Besluitvorming & Collegialiteit
EUROPESE COMMISSIE