

# HOUTHOFF

Minister van Onderwijs, Cultuur en Wetenschap,  
mw. mr. drs. I.K. van Engelshoven

Minister voor Basis- en Voortgezet Onderwijs en  
Media, de heer drs. A. Slob

Marry de Gaay Fortman  
Freeke Heijne  
Advocaten  
M +31 6 5184 5332  
E [m.fortman@houthoff.com](mailto:m.fortman@houthoff.com)  
[f.heijne@houthoff.com](mailto:f.heijne@houthoff.com)  
Postbus 75505 1070 AM Amsterdam  
Gustav Mahlerplein 50 Amsterdam

Amsterdam, 26 november 2020

Inzake: Reactie internetconsultatie re investeringsverplichting onder de Mediawet 2008

Onze ref: 480000491/25353230.2

Excellenties,

Met interesse hebben wij kennisgenomen van het wetsvoorstel investeringsverplichting voor het Nederlands cultureel audiovisueel product ("**Wetsvoorstel**"). In algemene zin juichen wij toe dat de wetgever (aanvullende) stimuleringsmaatregelen treft om de productie van Nederlands cultureel audiovisueel aanbod te behouden en waar mogelijk uit te breiden. Daartoe wil de wetgever in de Mediawet 2008 een investeringsverplichting opnemen voor aanbieders van verschillende audiovisuele mediadiensten waaronder commerciële mediadiensten *on demand*. Het Wetsvoorstel bevat in artikel 3b.8 ook een investeringsverplichting voor aanbieders van bioscoopdiensten. Daarmee worden bioscopen voor het eerst onder de reikwijdte van de Mediawet 2008 geplaatst. Wij zijn van mening dat dit niet kan.

## *Inleiding*

Directe aanleiding voor het Wetsvoorstel zijn de bevindingen van de Raad voor Cultuur in het rapport *Zicht op zo veel meer* van 22 februari 2018. In dat rapport wordt aangegeven dat door het veranderende televisielandschap de invloed van internationale (commerciële) aanbieders van met name *on demand* mediadiensten, zoals Netflix, Amazon Prime en Disney+, steeds dominantier wordt. Dit leidt (of kan leiden) tot verschraling van het Nederlandse aanbod. Het Wetsvoorstel moet leiden tot meer investeringen in Nederlands aanbod om die verschraling tegen te gaan.

Richtlijn (EU) 2018/1808 inzake audiovisuele mediadiensten ("**AVMSD**") en meer specifiek artikel 13 van die richtlijn biedt de grondslag voor het Wetsvoorstel. Artikel 13 bevat twee mogelijkheden voor lidstaten om Europese producties te stimuleren. Zo is vastgelegd dat aanbod van aanbieders van mediadiensten *on demand* dient bijvoorbeeld ten minste voor 30% te bestaan uit Europese producties. In het tweede lid van artikel is de mogelijkheid opgenomen voor lidstaten om

Houthoff is de handelsnaam van Houthoff Coöperatief U.A., statutair gevestigd te Amsterdam (KvK Amsterdam nr. 34216182). De algemene voorwaarden van Houthoff, waarin een beperking van aansprakelijkheid, de toepasselijkheid van Nederlands recht en de exclusieve bevoegdheid van de rechtbank te Amsterdam zijn bedongen, zijn op alle opdrachten van toepassing. De algemene voorwaarden worden op verzoek toegezonden, maar zijn eveneens te vinden op [www.houthoff.com](http://www.houthoff.com)

Houthoff is the trade name of Houthoff Coöperatief U.A. with registered office in Amsterdam (Chamber of Commerce Amsterdam no. 34216182). Houthoff's general terms and conditions, which stipulate a limitation of liability, the applicability of Dutch law and the exclusive jurisdiction of the District Court of Amsterdam, the Netherlands, are applicable to all services performed. A copy of the general terms and conditions is available on request or at [www.houthoff.com](http://www.houthoff.com)

"aanbieders van mediadiensten [te] verplichten een financiële bijdrage te leveren aan de totstandbrenging van Europese producties, onder meer door middel van directe investeringen in inhoud en bijdragen aan nationale fondsen". Deze investeringsverplichtingen kunnen ook worden opgelegd aan internationale aanbieders, die in een andere lidstaat zijn gevestigd, maar zich wel tot het publiek van die lidstaat richten. Volgens de AVMSD moeten de financiële bijdragen "proportioneel en niet-discriminerend" zijn.

In onze optiek voldoet het onderhavige Wetsvoorstel niet aan artikel 13 lid 2 van de AVMSD voor zover die ziet op aanbieders van bioscoopdiensten. Wij lichten dat hieronder toe.

### *Bioscoopdiensten vallen buiten de reikwijdte van de AVMSD en de Mediawet 2008*

Tot op heden vallen (aanbieders van) bioscoopdiensten niet onder de Mediawet 2008. Ook de AVMSD beperkt het begrip 'audiovisuele mediadiensten' tot "*hetzij televisie-uitzendingen (...) hetzij audiovisuele mediadiensten op aanvraag*"<sup>1</sup>. Televisie-uitzendingen zijn "*mediadiensten voor het gelijktijdig bekijken van programma's op basis van een programmaschema*"<sup>2</sup>. Mediadiensten op aanvraag (*on demand*) zijn "*mediadiensten die de gebruiker de mogelijkheid biedt tot het kijken van programma's op diens individuele verzoek en op het door hem gekozen moment op basis van een door de aanbieder van mediadiensten geselecteerde programmacatalogus*"<sup>3</sup>.

Hoewel onder het begrip 'programma' ook wordt verwezen naar 'bioscoopfilms'<sup>4</sup>, wordt daarmee – getuige het vervolg van de opsomming van programma's – bedoeld een speelfilm als onderdeel van het programma dat ofwel op televisie ofwel *on demand* kan worden afgespeeld, niet een bioscoopdienst. In dit verband verwijzen wij ook naar de Engelse (*feature-length films*) en Franse (*films longs métrages*) vertaling van het begrip 'bioscoopfilm' in de AVMSD. Uit niks blijkt dat de Europese wetgever bioscoopdiensten onder de reikwijdte AVMSD heeft willen plaatsen. Dat is wezenlijk anders met de nieuwe (*on demand*) mediadiensten die met televisie te vergelijken zijn en wedijveren om hetzelfde publiek als televisie-uitzendingen en aldus op vergelijkbare wijze moeten worden gereguleerd<sup>5</sup>. Bioscopen wedijveren niet om hetzelfde publiek.

Ook in de huidige Mediawet 2008 wordt in het kader van 'programma' en 'programma-aanbod' verwezen naar films, die worden aangeboden door (publieke) omroepdiensten. In de parlementaire toelichting op de Mediawet 2008 wordt steeds verwezen naar omroepen, pers, internet, kranten, et cetera. Bioscopen en filmtheaters bieden weliswaar films aan het publiek aan, maar de toegankelijkheid is wezenlijk anders dan bij de in de AVMSD en Mediawet 2008 bedoelde audiovisuele diensten.

---

<sup>1</sup> Artikel 1 lid 1 onder a sub i van de AVMSD.

<sup>2</sup> Artikel 1 lid 1 onder e van de AVMSD.

<sup>3</sup> Artikel 1 lid 1 onder g van de AVMSD.

<sup>4</sup> Artikel 1 lid 1 onder b van de AVMSD.

<sup>5</sup> Zie Richtlijn (EU) 2010/13, overweging 24.

Voor zover het Wetsvoorstel financiële verplichtingen oplegt aan aanbieders van bioscoopdiensten, is dat onderdeel in strijd met hetgeen in artikel 13 lid 2 van de AVMSD is bepaald. Dat onderdeel zal dus moeten worden heroverwogen.

### *Het reguleren van aanbieders van bioscoopdiensten is niet gerechtvaardigd*

Ook als de AVMSD wel ruimte zou laten aan lidstaten om andere aanbieders van audiovisuele mediadiensten onder de reikwijdte van de AVMSD (en daarmee de Mediawet 2008) ten brengen, zou daarvoor voldoende rechtvaardiging moeten bestaan. Deze rechtvaardiging ontbreekt in het Wetsvoorstel. Weliswaar wordt voor de onderbouwing verwezen naar het eerdergenoemde rapport van de Raad voor Cultuur uit 2018, maar daarin zijn over de rol van bioscopen en filmtheaters zeer beperkt opmerkingen gemaakt en dan met name over het feit dat het grootste deel van markt in handen is van drie buitenlandse concerns en het marktaandeel van het Nederlandse product.<sup>6</sup> Waar die afname aan ligt, maakt het rapport niet echt duidelijk. Er wordt verondersteld dat dit samenhangt met de commerciële inslag van de grootste bioscoopconcerns.

In het rapport, maar ook in de toelichting op het Wetsvoorstel stelt de wetgever vervolgens dat "*het grootste deel van de inkomsten [terecht komt] bij de eindexploitanten zoals bioscoopketens of digitale platforms – die niet investeren in de lokale industrie: de 'maker' wordt relatief karig be-deeld*".<sup>7</sup> Een (financiële) onderbouwing voor deze stelling ontbreekt en is ook overigens onjuist nu bioscopen en filmtheaters al sinds 1996 middels het zogenaamde *BTW-Convenant* een bijdrage betalen dat ten goede komt aan de Nederlandse film (zie verder hieronder).

In het rapport en de toelichting op het Wetsvoorstel zijn geen andere argumenten te vinden voor de noodzaak tot het reguleren van bioscopen en filmtheaters. Anders dan publieke en commerciële mediadiensten – lineair of *on demand* – maken bioscopen in de regel ook geen eigen films en hebben veel minder invloed op het aanbod. In het kader van de investeringsverplichting als bedoeld in artikel 13 lid 2 van de AVMSD, is een onderscheid tussen aanbieders van audiovisuele mediadiensten en aanbieders van bioscoopdiensten aldus gerechtvaardigd en moeten aanbieders van bioscoopdiensten buiten de reikwijdte van de Mediawet 2008 vallen en middels het BTW-convenant blijven bijdragen aan het bevorderen van de Nederlandse film.

### *De hoogte van de financiële bijdrage is niet proportioneel*

In het verlengde van voorgaande, geldt in algemene zin dat aan ondernemingen of organisaties niet zonder meer financiële verplichtingen kunnen worden opgelegd. Dat geldt specifiek voor artikel 13 lid 2 AVMSD. In die bepaling wordt aangegeven dat de financiële verplichting proportioneel moet zijn. Dat vereiste moet worden gezien in het licht van het eigendomsrecht zoals

---

<sup>6</sup> Raad voor Cultuur, *Zicht op zo veel meer*, 22 februari 2018, pp. 5 en 15.

<sup>7</sup> Raad voor Cultuur, 2018, p.17. Zie ook Toelichting op het Wetsvoorstel, p.7.

opgenomen in artikel 1 van het Eerste Protocol van het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens ("**Eerste Protocol EVRM**"). In beginsel heeft eenieder het recht op het ongestoord genot van eigendom, waartoe ook de omzet van aanbieders van bioscoopdiensten moet worden gerekend. Een inbreuk op dit recht is uitsluitend toegestaan indien de inbreuk (i) is voorzien bij wet (legitimitieit); (ii) een gerechtvaardigd algemeen belang dient (noodzakelijkheid); en (iii) de bevordering van het algemeen belang gerechtvaardigd is ten opzichte van de inbreuk op de bescherming van het individuele belang van het ongestoord genot van eigendom (proportionaliteit). Deze voorwaarden gelden cumulatief.

Hoewel het Wetsvoorstel in beginsel zou voorzien in de noodzakelijk legitimitieit en de bescherming van het Nederlands audiovisueel aanbod op zichzelf zou kunnen kwalificeren als algemeen belang, wordt niet voldaan aan het proportionaliteitsvereiste. Hoewel in de toelichting en het rapport van de raad voor Cultuur wordt vastgesteld dat het aanbod van Nederlandse films in bioscopen en filmtheaters onder druk staat, ontbreekt daarvoor een heldere verklaring. Niet kan worden vastgesteld dat het invoeren – en eigenlijk verhogen (zie hieronder) – van de investeringsverplichting voor aanbieders van bioscoopdiensten bijdraagt aan een meer Nederlandse programmering in diezelfde bioscopen, terwijl de inbreuk op het eigendomsrecht groot is.

Daarbij geldt dat – nu aanbieders van bioscoopdiensten (distributeurs en exploitanten) reeds een afdracht van € 0,15 per toegangskaartje betalen aan het Abraham Tuschinski Fonds ("**ATF**") – rechtvaardiging moet bestaan voor die extra inperking van het eigendomsrecht. Het enkele feit dat – op basis van andere afspraken – al een bijdrage wordt betaald, betekent niet dat die bijdrage zonder meer onder de Mediawet 2008 kan worden gebracht, waarbij de hoogte van de bijdrage bovendien wordt verhoogd zowel percentueel als ten aanzien van de uitbreiding van de relevante omzet waarover dat percentage wordt berekend.

In de toelichting op het Wetsvoorstel stelt de wetgever ten onrechte vast dat voor aanbieders van bioscoopdiensten de investeringsverplichting beperkt is ("*De investeringsverplichting levert dan ook geen onevenredige last op voor aanbieders*"<sup>8</sup>). Voor bioscopen geldt dat aanbieders boven een omzet van € 1 miljoen, 3% van de omzet behaald uit kaartverkoop, abonnementen en reclame moeten investeren. Dat is een aanzienlijke verhoging van de huidige bijdrage van € 0,15 per toegangskaartje (1,79% van de gemiddelde toegangsprijs), welke bijdrage bovendien wordt gedeeld tussen de distributeurs en de exploitanten. Ook moet 3% worden afgedragen over de reclame-inkomsten. De eigendomspositie van aanbieders van bioscoopdiensten wordt hiermee fors beperkt, terwijl daarvoor de rechtvaardiging ontbreekt in zowel het Wetsvoorstel als het rapport van de Raad voor Cultuur. Overigens heeft de Raad voor Cultuur geadviseerd de heffing voor aanbieders van bioscoopdiensten te beperken tot toegangskaartjes ("*opbrengsten uit de toegang*"); waarom in het Wetsvoorstel voor aanbieders van bioscoopdiensten ook de omzet uit

---

<sup>8</sup> Toelichting op het Wetsvoorstel, p.15.

reclame mee wordt geteld, blijft onduidelijk en disproportioneel. Het is de wetgever in die situatie niet toegestaan om het eigendomsrecht te beperken.

### *Voorgestelde financiële bijdragen in strijd met het gelijkheidsbeginsel*

Naast het feit dat de verplichtingen proportioneel moeten zijn, mogen de financiële verplichtingen niet discrimineren. De Raad voor Cultuur en wetgever maken een onderscheid tussen filmtheaters en de meer commerciële bioscopen en spreekt daarbij een duidelijke voorkeur uit voor het bevorderen van de filmtheaters. Dat kan niet los gezien worden van de vrijstellingsgrens van € 1 miljoen per aanbieder per jaar<sup>9</sup>; waarbij de wetgever erkent dat deze grens door filmtheaters in de regel niet worden gehaald. Daarmee rust de investeringsverplichting met name – of mogelijk zelfs uitsluitend – op de (drie) grote bioscoopketens. Een rechtvaardiging voor dat onderscheid ontbreekt, nu zowel de wetgever als de Raad voor Cultuur vaststellen dat ook in de filmtheaters het Nederlands aanbod onder druk staat. De voorgestelde investeringsverplichting is in strijd met het gelijkheidsbeginsel en het Wetsvoorstel kan ook daarom niet ongewijzigd in stand blijven.

### *Conclusie*

Hoewel het wetsvoorstel zich dus primair richt op de uitbreiding van de bestaande investeringsverplichtingen naar internationale aanbieders van commerciële mediadiensten, zou die verplichting ook moeten gaan gelden voor aanbieders van bioscoopdiensten. Dat verbaast omdat aanbieders van bioscoopdiensten tot op heden niet onder de reikwijdte van de Mediawet 2008 vallen en de relevante Europese richtlijn AVMSD niet de intentie heeft om dit te veranderen.

Op grond van bovenstaande concluderen wij dat het wetsvoorstel in strijd is met de AVMSD, de feitelijke oplegging van de investeringsverplichting aan aanbieders van bioscoopdiensten niet gerechtvaardigd is, de omvang disproportioneel is en de vrijstelling leidt tot discriminatie van de grotere, internationale bioscopen. Het Wetsvoorstel moet op deze onderdelen worden aangepast en wel door aanbieders van bioscoopdiensten uit te zonderen van de investeringsverplichting zoals opgenomen in Hoofdstuk 3b uiteraard onder instandhouding van de afspraken onder het BTW-convenant. Dat lijkt ook in lijn met het advies van de Raad voor Cultuur.

Uiteraard zijn wij beschikbaar voor een nadere toelichting.

Vriendelijke groet,  
Houthoff



Marry de Gaay Fortman



Freeke Heijne

<sup>9</sup> Artikel 3b.8 lid 3 van het Wetsvoorstel.