

KONINKRIJK BELGIE

ADVIES VAN DE RAAD VAN STATE

De RAAD VAN STATE, afdeling wetgeving, derde kamer, op 22 mei 2000 door de Vlaamse minister van Economie, Ruimtelijke Ordening en Media verzocht hem van advies te dienen over een voorontwerp van decreet "houdende wijziging van sommige bepalingen van de decreten betreffende de radio-omroep en de televisie, gecoördineerd op 25 januari 1995", heeft, na de zaak te hebben onderzocht op de zittingen van 20 juni 2000, 27 juni 2000 en 4 juli 2000, op laatstvermelde datum het volgende advies gegeven :

STREKKING VAN HET VOORONTWERP

Het voor advies voorgelegde voorontwerp van decreet beoogt, enerzijds, de invoeging van een hoofdstuk I ter betreffende de landelijke radio-omroepen in titel III van de decreten betreffende de radio-omroep en de televisie, gecoördineerd op 25 januari 1995 (artikel 2 van het ontwerp), en, anderzijds, een uitbreiding van de bevoegdheden van de Vlaamse Geschillenraad voor radio en televisie tot geschillen met betrekking tot de toepassing van bepaalde erkenningsvoorwaarden voor kabelradio's en landelijke radio-omroepen (artikel 3).

De regeling vervat in het ontworpen hoofdstuk I ter komt in grote lijnen neer op het volgende :

- onder landelijke radio's worden particuliere radio-omroepen verstaan, die uitzenden voor de hele Vlaamse Gemeenschap (ontworpen artikel 38sexies);
- de landelijke radio-omroepen brengen een verscheidenheid van informatie- en ontspanningsprogramma's; een beperkte samenwerking met andere radio-omroepen is mogelijk (ontworpen artikel 38septies);
- om erkend te worden en te blijven moeten de landelijke radio-omroepen voldoen aan bepaalde basisvoorwaarden (ontworpen artikel 38octies, § 1); de Vlaamse regering kan aanvullende erkenningsvoorwaarden ("kwalificatie-criteria") vaststellen (ontworpen artikel 38octies, §§ 2 en 3), alsmede de jaarlijkse vergoeding voor het behoud

.../...

van de erkenning en de zendvergunning en de te verstrekken financiële waarborgen bepalen (ontworpen artikel 38octies, § 4);

- de landelijke radio-omroepen moeten zich aan de erkenningsvoorwaarden houden, alsook aan de offerte die zij bij de erkenningsprocedure hebben ingediend; in de gegevens vermeld in de offerte kunnen zij slechts wijzigingen aanbrengen met de goedkeuring van het Vlaams Commissariaat voor de Media (ontworpen artikel 38novies);
- de Vlaamse regering regelt de frequentieplannen voor de landelijke radio-omroepen en bepaalt hoeveel omroepen erkend kunnen worden; zij bepaalt eveneens de erkenningsprocedure (artikel 38decies);
- het Vlaams Commissariaat voor de Media verleent de erkenningen, voor een termijn van negen jaar (ontworpen artikelen 38undecies en 38duodecies);
- de inhoud van de programma's wordt aan bepaalde beperkingen onderworpen (ontworpen artikel 38terdecies).

ONDERZOEK VAN DE TEKST

Artikel 2

Inleidende zin

In de opsomming van de decreten die titel III van de gecoördineerde decreten hebben gewijzigd, dient het decreet van 7 mei 1998 te worden weggelaten.

.../...

Ontworpen artikel 38octies

1. Luidens paragraaf 1 moeten de landelijke radio-omroepen, om erkend te worden en erkend te blijven, ten minste voldoen aan een aantal nader omschreven basisvoorwaarden. Zo moeten, luidens 1°, de radio-omroepen worden opgericht in de vorm van een rechtspersoon, waarvan het maatschappelijk doel bestaat uit het verzorgen van radioprogramma's. Volgens 2° moeten de zendinstallaties van de landelijke radio-omroepen en de maatschappelijke zetel van de landelijke radio-omroepen gelegen zijn in het Nederlandse taalgebied of in het tweetalig gebied Brussel-Hoofdstad.

1.1. De erkenningsvoorwaarde dat de zendinstallaties van een landelijke radio-omroep gelegen moeten zijn binnen het verzorgingsgebied van de radio waarvoor een erkenning wordt uitgereikt (het Nederlandse taalgebied of het tweetalig gebied Brussel-Hoofdstad), lijkt verband te houden met imperatieven van technische aard.

Die voorwaarde doet geen problemen rijzen.

1.2. Het vereiste dat ook de maatschappelijke zetel gelegen moet zijn in het Nederlandse taalgebied of in het tweetalig gebied Brussel-Hoofdstad doet wel problemen rijzen.

1.2.1. Dat vereiste staat er immers aan in de weg dat een rechtspersoon met maatschappelijke zetel buiten het Nederlandse taalgebied of het tweetalig gebied Brussel-Hoofdstad,

.../...

kan worden erkend als landelijke radio-omroep. Dat vereiste impliceert dat een in een ander taalgebied of een andere staat gevestigde rechtspersoon niet in aanmerking kan komen voor een erkenning om in Vlaanderen en Brussel landelijke radiouitzendingen te verzorgen, hetzij bij wijze van grensoverschrijdende dienstverrichting, hetzij zelfs via een in Vlaanderen of Brussel gevestigd bijkantoor of agentschap.

Afgezien van de vraag of dat vereiste verenigbaar is met het bestaan van een economische unie in het Belgisch staatsverband, moet alleszins worden vastgesteld dat het bedoelde vereiste een beperking inhoudt van het vrij verrichten van diensten en de vrije vestiging. Een dergelijke beperking is in beginsel strijdig met het EG-Verdrag (zie de artikelen 43 tot 48 i.v.m. het recht van vestiging, en de artikelen 49 tot 55 i.v.m. het vrij verrichten van diensten) (1).

1.2.2. Een dergelijke beperking kan niettemin geoorloofd zijn, indien zij verantwoord is uit hoofde van de openbare orde, de openbare veiligheid of de volksgezondheid (artikel 46, lid 1, van het EG-Verdrag; die bepaling komt voor in het hoofdstuk over het recht van vestiging, maar is op grond van artikel 55 ook van toepassing op het vrij verrichten van diensten).

(1) Zie in diezelfde zin, i.v.m. het vrij verrichten van diensten, het hierna te bespreken arrest van het Arbitragehof van 2 februari 2000, nr. 13/2000, overw. B.7.3.

Het ontworpen vereiste lijkt echter niet uit hoofde van een van de genoemde belangen verantwoord te kunnen worden.

Weliswaar heeft het Arbitragehof op de openbare orde gesteund om te concluderen dat artikel 32, 2°, van de gecoördineerde decreten niet strijdig is met het beginsel van de vrije dienstverrichting. De genoemde decreetsbepaling vereist dat o.m. de maatschappelijke zetel van een particuliere radio gevestigd moet zijn in het Nederlandse taalgebied of het tweetalig gebied Brussel-Hoofdstad. In dit verband heeft het Hof erop gewezen dat "de particuliere radio's ... tot taak (hebben) een verscheidenheid van programma's te brengen inzake informatie, cultuur en ontspanning, met de bedoeling binnen hun verzorgingsgebied de communicatie onder de bevolking te bevorderen (artikel 28). Zij vervullen onmiskenbaar een sociaal-culturele functie die complementair is aan die van de openbare landelijke en regionale omroep en dragen aldus bij tot het behoud van het pluralisme in de media" (1).

Daargelaten of het Arbitragehof aan het begrip "openbare orde" een draagwijdte geeft die strookt met de traditioneel restrictieve interpretatie van het Hof van Justitie, moet in elk geval vastgesteld worden dat de kenmerken van de particuliere radio's, waarop het Arbitragehof steunt, niet terug te vinden zijn bij de landelijke radio's, bedoeld in het ontwerp. Het is immers niet de

(1) Arbitragehof, 2 februari 2000, nr. 13/2000, overw. B.7.3 en B.7.4.

bedoeling dat landelijke radio's binnen hun verzorgingsgebied de communicatie onder de bevolking bevorderen. De noodzaak om hen nauw te betrekken bij het leven van een relatief beperkte bevolking, is dus niet aanwezig.

Uit het arrest van het Arbitragehof kunnen bijgevolg geen conclusies worden getrokken voor de beoordeling van het ontworpen artikel 38octies, § 1, 2°.

1.2.3. Buiten het EG-Verdrag zelf, zijn er in het Europees gemeenschapsrecht geen andere geschreven regels die verband houden met de beginselen van vrije vestiging en vrije dienstverrichting, toegepast op de activiteiten van radio-omroepen (1).

Voor het beoordelen van de verenigbaarheid van beperkingen op het vrij verrichten van diensten en de vrije vestiging met het Europees gemeenschapsrecht, dient echter ook nog rekening te worden gehouden met ongeschreven beginselen, waarvan toepassing gemaakt is in de rechtspraak van het Hof van Justitie.

(1) Terloops kan opgemerkt worden dat de situatie van radio-omroepen op dit punt anders is dan die van televisieomroepen. Wat deze laatste soort omroepen betreft, is aan het beginsel van de vrije dienstverrichting immers concreet uitwerking gegeven in richtlijn 89/552/EEG van de Raad van 3 oktober 1989 betreffende de coördinatie van bepaalde wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen in de lidstaten inzake de uitoefening van televisie-omroepactiviteiten.

Aldus heeft het Hof in tal van arresten duidelijk gemaakt dat het beginsel van de vrije dienstverrichting niet absoluut is. Bij afwezigheid van gemeenschapsvoorschriften die de vrijheid van dienstverrichting nader omschrijven, kunnen de lidstaten alsnog bepaalde specifieke eisen stellen aan dienstverrichters (1). Uit de recente rechtspraak van het Hof van Justitie blijkt dat die mogelijkheid ook bestaat in verband met maatregelen van nationaal recht die een beperking inhouden van de vrijheid van vestiging (2).

Het nemen van zulke maatregelen is echter slechts geoorloofd als voldaan is aan de vier voorwaarden voor de toepassing van de zgn. "rule of reason" : "... (Nationale) maatregelen die de uitoefening van de in het (EG-)Verdrag gewaarborgde fundamentele vrijheden kunnen belemmeren of minder aantrekkelijk kunnen maken, (moeten) aan vier voorwaarden ... voldoen : zij moeten zonder discriminatie worden toegepast, hun rechtvaardiging vinden in dwingende redenen van algemeen belang, geschikt zijn om de verwezenlijking van het nagestreefde doel te waarborgen en niet

(1) Zie, o.m., in verband met het uitzenden van reclameboodschappen via kabeltelevisie, H.J., 18 maart 1980, Debauve, Jur., 1980, 833. Zie ook, i.v.m. het vrij verrichten van diensten in het algemeen, H.J., 4 december 1986, Commissie/Duitsland, Jur., 1986, 3755.

(2) H.J., 31 maart 1993, Kraus, Jur., 1993, I-1663; H.J., 30 november 1995, Gebhard, Jur., 1995, I-4165; H.J., 9 maart 1999, Centros, Jur., 1999, I-1459.

verder gaan dan voor de bereiking van dat doel noodzakelijk is" (1).

De beperking bedoeld in het ontworpen artikel 38octies, § 1, 2°, lijkt echter niet te voldoen aan de voorwaarden voor toepassing van de "rule of reason".

Wat de reden voor het opleggen van de vereisten bedoeld in die bepaling betreft, wordt in de memorie van toelichting gesteld dat het onderzoek naar de werking van het radiostation, door de daartoe aangestelde ambtenaren, ter plaatse uitgevoerd moet kunnen worden.

Daargelaten of dit een dwingende reden van algemeen belang is, moet in elk geval vastgesteld worden dat de verplichting om niet enkel de zendinstallaties, maar ook de maatschappelijke zetel te vestigen in Vlaanderen of Brussel, niet geschikt lijkt om het aldus beoogde doel te bereiken, en met dat doel niet in een evenredigheidsverband staat. Om toezicht te kunnen uitoefenen op de werking van een radiostation, is het immers in beginsel niet nodig dat de overheid toegang heeft tot de plaats die enkel de maatschappelijke zetel is.

Bovendien, en vooral, is het vereiste discriminerend. Zoals hiervoor reeds is opgemerkt (opmerking 1.2.1), volgt uit het vereiste dat de erkenning niet verleend kan worden aan een buitenlandse rechtspersoon, ongeacht of deze omroepactiviteiten zou willen uitoefenen

(1) H.J., 30 november 1995, Gebhard, Jur., 1995, I-4197, overw. 37; H.J., 9 maart 1999, Centros, Jur., 1999, I-1495, overw. 34.

bij wijze van grensoverschrijdende dienstverrichting, dan wel via een in Vlaanderen of Brussel gevestigd bijkantoor of agentschap.

1.2.4. De conclusie is dan ook dat het ontworpen artikel 38octies, § 1, 2°, in zoverre het bepaalt dat de maatschappelijke zetel in het Nederlandse taalgebied of in het tweetalig gebied Brussel-Hoofdstad gelegen moet zijn, onverenigbaar is met het Europees gemeenschapsrecht.

2. Het ontworpen artikel 38octies, § 2, machtigt de Vlaamse regering om aanvullende kwalificatiecriteria op te leggen, aan elk van deze criteria een weging toe te kennen, en de precieze voorwaarden van toekenning van de erkenning en de zendvergunning te bepalen.

In het licht van paragraaf 1, waarin de "basisvoorwaarden" voor de erkenning worden bepaald, en van paragraaf 3, waarin wordt aangegeven waarop de aanvullende kwalificatiecriteria betrekking hebben, is het niet duidelijk wat bedoeld wordt met het bepalen van de "precieze voorwaarden van toekenning van de erkenning en de zendvergunning". De memorie van toelichting bij het ontwerp geeft hierover geen uitsluitsel.

Indien de stellers van het ontwerp met deze machtiging het uitwerken van procedureregels op het oog hebben, dan kunnen de bedoelde woorden worden weggelaten, gelet op het ontworpen artikel 38decies, § 2, luidens welke bepaling de Vlaamse regering o.m. de procedure voor het

.../...

indienen van de erkenningsaanvragen bepaalt, alsmede de termijnen voor het onderzoeken en het afhandelen van het dossier.

Indien de stellers van het ontwerp daarentegen erkenningsvoorwaarden beogen, andere dan de basisvoorwaarden en de aanvullende kwalificatiecriteria, dient zulks verduidelijkt te worden, en dienen minstens de essentiële kenmerken van deze voorwaarden in het ontwerp zelf omschreven te worden. Bovendien zal in dat geval moeten worden aangegeven hoe, met het oog op de beoordeling van de erkenningsaanvragen, deze voorwaarden zich verhouden tot de basisvoorwaarden en de aanvullende kwalificatiecriteria (1).

Ontworpen artikel 38novies

1. Uit de memorie van toelichting blijkt dat men voor de toewijzing van de erkenningen zal werken met een lastenboek waarin de basisvoorwaarden en de aanvullende kwalificatiecriteria met hun wegingscoëfficiënt worden opgenomen. Voorts wordt in de memorie van toelichting daaromtrent nog verduidelijkt dat een beroep wordt gedaan op de techniek van de algemene offerte-aanvraag, gelet op de schaarste van de frequenties en op het feit dat de vraag om erkenningen groter zal zijn dan het aantal erkenningen dat kan worden afgegeven.

(1) Uit de memorie van toelichting blijkt immers dat de ingediende erkenningsaanvragen vooreerst dienen te voldoen aan de basisvoorwaarden bedoeld in het ontworpen artikel 38octies, § 1, en vervolgens door het Vlaams Commissariaat voor de Media worden beoordeeld op grond van de aanvullende kwalificatiecriteria, met hun wegingscoëfficiënt.

Uit het ontworpen artikel 38novies, § 1, kan weliswaar onrechtstreeks worden afgeleid dat de kandidaat-omroepen hun erkenningsaanvraag zullen moeten indienen onder de vorm van een offerte. Het zou echter aanbeveling verdienen om in het ontwerp een bepaling op te nemen waarin uitdrukkelijk wordt voorzien in de verplichting voor de kandidaten om een erkenningsaanvraag in te dienen bij wege van een offerte.

Een dergelijke bepaling zou bijvoorbeeld in het ontworpen artikel 38decies, § 2, geïncorporeerd kunnen worden.

2. In paragraaf 2 vervange men de woorden "aan de door hen ingediende offerte" door "in de gegevens vermeld in de door hen ingediende offerte".

Ontworpen artikel 38decies

1. In paragraaf 1, eerste lid, volstaat het te verwijzen naar "artikel 95, § 5", zonder vermelding van het opschrift en de datum van de gecoördineerde decreten.

2. In het tweede lid van paragraaf 1 wordt bepaald dat de landelijke radio-omroepen beschikken over een frequentiepakket waarmee ze zeventig procent kunnen bereiken van de bevolking binnen de "Vlaamse ruit", zoals gedefinieerd in het Ruimtelijk Structuurplan Vlaanderen.

.../...

Het is allicht de bedoeling dat elke omroep afzonderlijk zeventig procent van de "Vlaamse ruit" kan bereiken. Zoals de ontworpen bepaling echter geredigeerd is, kan men ze interpreteren alsof dit minimumbereik geldt voor alle omroepen samen.

Men schrijve derhalve : "De landelijke radio-omroepen beschikken elk over een ...".

3.1. In het vierde lid van paragraaf 1 schrijve men "via frequentiemodulatie in de FM-band ..." in plaats van "via frequentiemodulatie ...".

3.2. Nog met betrekking tot het vierde lid heeft de gemachtigde ambtenaar verduidelijkt dat met "digitaal" bedoeld wordt : "digitaal via de ether". Zij stelt voor het woord "digitaal" te vervangen door "digitaal aards".

3.3. Volgens hetzelfde lid kunnen de programma's van landelijke radio-omroepen, in afwijking van de artikelen 38bis tot 38quinquies, via het kabelnet worden doorgegeven.

Het is niet duidelijk waarin de afwijking bestaat van alle bepalingen van het hoofdstuk over de kabel-radio-omroepen die uitzenden voor de hele Vlaamse Gemeenschap. Het komt de Raad van State voor dat de woorden "in afwijking van artikel 38bis tot en met 38quinquies" eenvoudig weggelaten kunnen worden.

.../...

Wel zou het nuttig zijn om in artikel 112 van de gecoördineerde decreten een bepaling op te nemen, waarbij kabelmaatschappijen de mogelijkheid verleend wordt of de verplichting opgelegd wordt om omroepprogramma's van erkende landelijke radio-omroepen door te geven. In het ontworpen artikel 38decies, § 1, vierde lid, zou dan naar die bepaling verwezen kunnen worden.

Ontworpen artikel 38undecies

Gelet op de ontworpen artikelen 38sexies en 38novies, § 1, zou het ontworpen artikel 38undecies, zoals het geredigeerd is, uit het ontwerp weggelaten kunnen worden.

Het zou daarentegen nuttig kunnen zijn om in artikel 38undecies te preciseren dat de beoordelingsbevoegdheid van het Vlaams Commissariaat voor de Media beperkt is tot een "conformiteitstoets", zoals wordt aangegeven in de memorie van toelichting.

Ontworpen artikel 38duodecies

Het volstaat te verwijzen naar "artikel 116ter", zonder vermelding van het opschrift en de datum van de gecoördineerde decreten.

Artikel 3

.../...

In het ontworpen artikel 116octies decies, § 1, vervange men het woord "artikel" door "de artikelen".

Artikel 4

Deze bepaling is overbodig, aangezien het voorliggende ontwerp enkel bepalingen bevat die de gecoördineerde decreten zelf wijzigen. Er is m.a.w. geen aanleiding om de ontworpen bepalingen nog te coördineren met die van de gecoördineerde decreten.

.../...

De kamer was samengesteld uit

de Heren	W. DEROOVER,	voorzitter,
	D. ALBRECHT,	staatsraden,
	P. LEMMENS,	
	A. ALEN,	assessoren van de
	H. COUSY,	afdeling wetgeving,
Mevrouw	F. LIEVENS,	griffier.

Het verslag werd uitgebracht door de H. J. VAN NIEUWENHOVE, auditeur. De nota van het Coördinatiebureau werd opgesteld en toegelicht door de H. J. DRIJKONINGEN, referendaris.

DE GRIFFIER,

DE VOORZITTER,

F. LIEVENS

W. DEROOVER