

KONINKRIJK BELGIË

ADVIES 35.686/1/V

VAN DE AFDELING WETGEVING
VAN DE RAAD VAN STATE

De RAAD VAN STATE, afdeling wetgeving, eerste vakantiekamer, op 8 juli 2003 door de Vlaamse minister van Wonen, Media en Sport verzocht hem, binnen een termijn van dertig dagen, 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, en van sommige andere bepalingen betreffende de radio-omroep en de televisie", heeft, na de zaak te hebben onderzocht op de zitting van 24 juli 2003, op 31 juli 2003 het volgende advies gegeven :

Met toepassing van artikel 84, § 3, eerste lid, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State, heeft de afdeling wetgeving zich in hoofdzaak beperkt tot het onderzoek van de bevoegdheid van de steller van de handeling, van de rechtsgrond alsmede van de vraag of aan de voorgeschreven vormvereisten is voldaan.

*

* *

STREKKING VAN HET ONTWERP

1. Het om advies voorgelegde voorontwerp van decreet beoogt in hoofdzaak de omzetting, in het interne recht van de Vlaamse Gemeenschap, van de Europese communicatierichtlijnen van 7 maart 2002. Het gaat meer bepaald om :

- richtlijn 2002/19/EG van het Europees Parlement en de Raad van de Europese Unie van 7 maart 2002 inzake de toegang tot en interconnectie van elektronische-communicatienetwerken en bijbehorende faciliteiten (Toegangsrichtlijn), die betrekking heeft op de toegang tot elektronische-communicatienetwerken en de verbinding (interconnectie) tussen deze netwerken;
- richtlijn 2002/20/EG van het Europees Parlement en de Raad van de Europese Unie van 7 maart 2002 betreffende de machtiging voor elektronische-communicatienetwerken en -diensten (Machtigingsrichtlijn), die betrekking heeft op de machtigingen voor het aanbieden van elektronische-communicatienetwerken en -diensten en de voorwaarden die de lidstaten hieraan kunnen verbinden;
- richtlijn 2002/21/EG van het Europees Parlement en de Raad van de Europese Unie van 7 maart 2002 inzake een gemeenschappelijk regelgevingskader voor elektronische-communicatienetwerken en -diensten (Kaderrichtlijn), die betrekking heeft op het statuut en de taken van de nationale regelgevende instanties (NRI) welke in de overige richtlijnen een centrale rol spelen, en die voorts enkele algemene bepalingen bevat;

.../...

- richtlijn 2002/22/EG van het Europees Parlement en de Raad van de Europese Unie van 7 maart 2002 inzake de universele dienst en gebruikersrechten met betrekking tot elektronische-communicatienetwerken en -diensten (Universeledienstrichtlijn), die betrekking heeft op de rechten van eindgebruikers (hoofdzakelijk relevant voor telecommunicatie, maar ook voor *must carry*-verplichtingen inzake omroep : zie artikel 31 van de richtlijn) ⁽¹⁾.

Deze communicatierichtlijnen hebben betrekking op de reglementering van de dienstverlening inzake elektronische-communicatienetwerken ⁽²⁾, met andere woorden de kanalen waarlangs signalen worden doorgegeven, ongeacht de aard van deze signalen (telecommunicatie, omroep of informatietechnologie ⁽³⁾). Ze zijn derhalve "technologieneutraal" en beogen, gelet op de voortschrijdende convergentie ⁽⁴⁾, een eenvormige regeling voor alle netwerken, ook al worden sommige soorten netwerken thans nog hoofdzakelijk voor omroep en andere hoofdzakelijk voor telecommunicatie gebruikt.

De voornoemde communicatierichtlijnen hebben niet alleen betrekking op de netwerken waarlangs omroepsignalen worden doorgegeven, maar hebben zijdelings

⁽¹⁾ Voor een bespreking van deze richtlijnen en van de problemen die met omzetting ervan gepaard gaan, zie onder meer : PH. GÉRARD, R. QUECK, P. VALCKE en D. STEVENS, "Le nouveau cadre réglementaire européen des réseaux et services de communications électroniques - Enjeux pour la Belgique fédérale", *Auteurs & Media*, 2002, 257-272; P. VALCKE, D. STEVENS en J. DUMORTIER, "Van tele-communicatie naar elektronische-communicatie - een eerste verkenning van het nieuwe Europese kader voor de elektronische-communicatiesector", *R.W.*, 2002-2003, 841-856; D. STEVENS, C. UYTENDAELE en P. VALCKE (m.m.v. R. QUECK), "De implementatie van de communicatierichtlijnen in België : kwintet of kakafonie ?", *Computerrecht*, 2003, 44-61.

⁽²⁾ Zoals blijkt uit de definitie in artikel 2, tweede alinea, onder a), van de kaderrichtlijn, betekent de term "elektronisch" niet dat men zich beperkt tot de digitale transmissie van signalen. Ook analoge transmissie wordt bedoeld, zoals de klassieke radio- en televisieuitzendingen via radiogolven of via de kabel. Of signalen gedurende een onderdeel van het traject of een deel van dit traject in digitale vorm worden aangeboden, is derhalve niet relevant.

⁽³⁾ Informatietechnologie kan naargelang de aard ervan bevoegdheidsrechtelijk tot telecommunicatie of tot omroep worden gerekend.

⁽⁴⁾ De razendsnelle ontwikkeling van nieuwe technische mogelijkheden doet het verschil tussen omroep- en niet-omroepsignalen hoe langer hoe meer vervagen, zodat het onderscheid tussen beide steeds moeilijker te maken is.

ook repercussies op de eigenlijke omroepactiviteiten. Toch blijven deze omroepactiviteiten in hoofdzaak buiten het toepassingsgebied ervan; zij vallen onder andere internationale rechtsregels, waaronder de richtlijn "Televisie zonder grenzen" ⁽⁵⁾ die reeds eerder werd omgezet.

2. De wijzigingen welke het ontwerp beoogt aan te brengen in de decreten betreffende de radio-omroep en de televisie, gecoördineerd op 25 januari 1995 (hierna ook : omroepdecreet) komen in essentie neer op wat volgt.

Artikel 2 van het ontwerp beoogt de aanpassing van de definities opgenomen in het omroepdecreet, zowel de definities die verband houden met de communicatierichtlijnen, als de definitie van "omroepen", die wordt verruimd.

De bestaande kabelradio-omroepen worden hervormd tot een ruimer opgevatte soort omroepdienst, met name de radiodiensten. Zij geven hun signalen door hetzij langs kabelnetwerken, hetzij langs een ander elektronisch communicatienetwerk maar dan in digitale vorm (artikelen 3 en 5 tot 8).

De bestaande televisiediensten (die andere soorten van diensten aanbieden dan de klassieke omroepdiensten) worden eveneens hervormd. Voor deze diensten is voortaan geen erkenning meer vereist, maar volstaat een aanmelding bij het Vlaams Commissariaat voor de Media (VCM) voor elke dienst die wordt aangeboden (artikelen 9 tot 15). In deze regeling worden ook de bepalingen van het besluit van de Vlaamse regering van 24 juli 1996 betreffende de erkenning van televisiediensten verwerkt.

De bepalingen met betrekking tot de kabelmaatschappijen worden vervangen door een nieuwe regeling inzake de aanbieders van kabelnetwerken (artikel 4). Ook hiervoor is voortaan geen erkenning meer vereist, maar volstaat een aanmelding bij het VCM. De meeste bestaande bepalingen met betrekking tot kabelmaatschappijen (*must*

⁽⁵⁾ Richtlijn 89/552/EEG van de Raad van de Europese Gemeenschappen van 3 oktober 1989 betreffende de coördinatie van bepaalde wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen in de lidstaten inzake de uitoefening van televisie-omroepactiviteiten.

carry, *may carry*, graafrechten, enz.) worden in de ontworpen bepalingen overgenomen (artikel 16 - ontworpen artikelen 105 tot 113).

Naast de regeling met betrekking tot de kabelnetwerken wordt een nieuwe regeling opgezet inzake radio-omroepnetwerken en televisieomroepnetwerken. In beide gevallen gaat het om het doorgeven van programmasignalen in digitale vorm via aardse zenders. Het aanbieden van deze netwerken veronderstelt een vergunning. Er gelden ook een aantal voorwaarden, waaronder aangepaste *may carry*-voorwaarden voor radio-omroepnetwerken en *must carry*- en *may carry*-voorwaarden voor televisieomroepnetwerken (artikel 16 - ontworpen artikelen 114 tot 115*nonies*).

Het ontwerp voorziet eveneens in een beperkte regeling voor het aanbieden van satellietomroepnetwerken. Daarbij gaat het om het doorgeven van programmasignalen in digitale vorm via satelliet in plaats van via aardse zenders. Daarvoor volstaat een kennisgeving (artikel 6 - ontworpen artikel 115*decies*).

Het decreet van 3 maart 2000 inzake het gebruik van normen voor het uitzenden van televisiesignalen, alsook het besluit van de Vlaamse regering van 13 oktober 1998 inzake het gebruik van normen voor het uitzenden van televisiesignalen worden in het omroepdecreet verwerkt, samen met een aantal bepalingen die nieuwe technische voorschriften van de communicatierichtlijnen omzetten, onder meer inzake applicatieprogramma-interfaces (API) en elektronische programmagidsen (EPG) (artikel 16 - ontworpen artikelen 115*undecies* tot 116).

Er wordt ook een aan de richtlijnen aangepaste regeling inzake strafrechtelijke sancties opgenomen (artikel 20).

BEVOEGDHEID

De gemeenschappen zijn ten dele bevoegd voor de omzetting van de richtlijnen inzake elektronische-communicatie, aangezien sommige van de betrokken richtlijnbeepalingen uitdrukkelijk betrekking hebben op omroepactiviteiten en sommige

andere richtlijnbepalingen algemeen geformuleerd zijn en zowel betrekking hebben op telecommunicatie als op omroep ⁽⁶⁾.

ALGEMENE OPMERKINGEN

1. Artikel 3, leden 2 en 3, van de Kaderrichtlijn luiden :

"2. De lidstaten waarborgen de onafhankelijkheid van de nationale regelgevende instanties door ervoor te zorgen dat zij juridisch gezien onderscheiden zijn van en functioneel onafhankelijk zijn van alle organisaties die elektronische-communicatienetwerken, -apparatuur of -diensten aanbieden. Lidstaten die de eigendom van of de zeggenschap over elektronische-communicatienetwerken en/of -diensten aanbiedende ondernemingen behouden, zorgen voor een daadwerkelijke structurele scheiding tussen de regelgevende taken en de met eigendom of zeggenschap verband houdende activiteiten.

3. De lidstaten zorgen ervoor dat de nationale regelgevende instanties hun bevoegdheden onpartijdig en op transparante wijze uitoefenen".

In de elfde overweging wordt daaromtrent gepreciseerd wat volgt :

"Overeenkomstig het beginsel van scheiding van regelgevende en operationele functies moeten de lidstaten de onafhankelijkheid van de nationale regelgevende instantie of instanties waarborgen teneinde ervoor te zorgen dat hun besluiten onpartijdig zijn. Deze eis van onafhankelijkheid doet niet af aan de institutionele autonomie en de constitutionele verplichtingen van de lidstaten of aan het beginsel van neutraliteit met betrekking tot de regeling van het eigendomsrecht in de lidstaten, dat is neergelegd in artikel 295 van het Verdrag. De nationale regelgevende instanties moeten over de nodige middelen (personeel, expertise en geldelijke middelen) beschikken om de hun opgedragen taken te kunnen uitvoeren".

De vraag rijst of de ontworpen regeling, waarbij aan de Vlaamse regering bevoegdheden als nationale regelgevende instantie (NRI) worden toegewezen, met de aangehaalde bepalingen van de Kaderrichtlijn in overeenstemming is, gelet op de specifieke situatie van de openbare omroep van de Vlaamse Gemeenschap.

De Vlaamse Radio- en Televisie-omroep (VRT) is als openbare omroep van de Vlaamse Gemeenschap immers structureel verbonden met de Vlaamse overheid. De

⁽⁶⁾ Zie ook advies 33.255/4 van 5 juni 2002, *Parl. St.*, Kamer, DOC 50 1937/001, 54-57.

Vlaamse Gemeenschap is van rechtswege voor honderd procent aandeelhouder (artikel 5 van het omroepdecreet). De Vlaamse regering verpersoonlijkt de algemene vergadering van de aandeelhouders (artikel 9), benoemt de Raad van Bestuur en de gedelegeerd bestuurder (artikelen 11 en 13). De Vlaamse regering sluit een vijfjaarlijkse beheersovereenkomst met de VRT (artikelen 15 en volgende) en oefent, door middel van de door haar aangewezen gemeenschapsafgevaardigde, toezicht uit op de VRT (artikel 25).

Met name dient men zich af te vragen of de decreetgever voor bepaalde marktregulerende aspecten nog langer kan voorzien in een delegatie van beslissingsbevoegdheid of regelgevende bevoegdheid aan de Vlaamse regering zonder te voorzien in een voldoende structurele scheiding tussen de overheid die haar omroep beheert en de overheid die als NRI optreedt.

Het is daarenboven niet duidelijk welke marktregulerende beslissingen de NRI onafhankelijk moet kunnen nemen. Het kan niet de bedoeling zijn dat de Vlaamse regering of de bevoegde Vlaamse minister geen enkele regelgevende bevoegdheid meer zou kunnen hebben ten aanzien van elektronische-communicatienetwerken omwille van de vereisten die de Kaderrichtlijn oplegt aan een NRI.

Overigens mag men ook de draagwijdte van de richtlijnen niet uit het oog verliezen bij deze beoordeling. Zo is de bevoegdheid die bij het decreet van 4 juni 2003 aan de Vlaamse regering is gegeven inzake de erkenning van particuliere radio-omroepen, vanuit het oogpunt van de communicatierichtlijnen niet voor kritiek vatbaar, omdat de erkenning van omroepen niet onder het toepassingsgebied van deze richtlijnen valt. De zend- en transportvergunningen, die nog steeds door het VCM worden verleend, vallen wel onder het toepassingsgebied, maar aangezien het VCM structureel voldoet aan de eisen inzake onafhankelijkheid en onpartijdigheid, is er ter zake geen probleem.

Het staat aan de stellers van het ontwerp om de tekst in het licht van het voorgaande opnieuw te bekijken, onder meer wat de ontworpen artikelen 115*vicies semel* en 115*vicies bis* betreft. Binnen het beperkte onderzoek van een adviesaanvraag op dertig dagen is het de Raad van State, afdeling wetgeving, niet mogelijk hieromtrent een meer uitgewerkt advies te geven.

2. Overeenkomstig artikel 18, lid 1, derde alinea, van de Toegangsrichtlijn, artikel 18, lid 1, derde alinea, van de Machtigingsrichtlijn, artikel 28, lid 2, van de Kaderrichtlijn en artikel 38, lid 2, van de Universeledienstrichtlijn, dienen de lidstaten die bepalingen vaststellen en bekendmaken die nodig zijn om uitvoering te geven aan de betrokken richtlijn, in die bepalingen zelf of bij de officiële bekendmaking daarvan naar de richtlijn te verwijzen.

Daarom is het raadzaam in het ontwerp een artikel in te voegen waarin wordt verwezen naar de richtlijnen waaraan uitvoering wordt gegeven.

Artikel 3

Uit de toelichting bij artikel 3 van het ontwerp kan worden opgemaakt dat ook internetradio's onder het toepassingsgebied van de nieuwe regeling inzake radiodiensten vallen en dus onderworpen zullen zijn aan de erkenningsverplichting. Dit strookt met de tekst van de artikelen 3 en volgende van het ontwerp. Internetradio's geven immers radioprogramma's in digitale vorm door via een elektronische-communicatienetwerk.

Elders in de memorie van toelichting wordt echter gesteld dat voor internetradio's geen erkenning vereist is :

"Een erkenning is niet vereist voor internetradio's die verder echter wel onderworpen zijn aan de gecoördineerde decreten betreffende de radio-omroep en de televisie" ⁽⁷⁾.

Indien dit werkelijk de bedoeling is van de stellers van het ontwerp, zal dat uitdrukkelijk in de tekst van het ontwerp tot uiting moeten worden gebracht.

⁽⁷⁾ Ook in de memorie van toelichting wordt bij de televisiediensten eveneens de klassieke televisieomroep via internet als voorbeeld aangehaald, en vermeld dat daarvoor een kennisgeving volstaat.

Artikel 6

Het vereiste dat de maatschappelijke zetel moet gelegen zijn in het Nederlandse taalgebied of het tweetalige gebied Brussel-Hoofdstad (zie het ontworpen artikel 38undecies, derde lid), is onverenigbaar met het Europees gemeenschapsrecht. De redenering ontwikkeld in het advies 30.207/3 van 4 juli 2000 ⁽⁸⁾, geldt mutatis mutandis voor de radiodiensten.

Artikel 15

Ontworpen artikel 69bis

1. Luidens artikel 4, lid 1, van de richtlijn inzake elektronische handel ⁽⁹⁾, dienen de lidstaten ervoor te zorgen dat het starten en het uitoefenen van een activiteit van dienstverlener op het gebied van de informatiemaatschappij niet afhankelijk wordt gesteld van een voorafgaande vergunning of enig ander vereiste met gelijke werking. In overeenstemming met deze bepaling onderwerpt het ontwerp de televisiediensten niet aan een erkenningsverplichting.

Het aantal en de aard van de voorwaarden die door het ontworpen artikel 69bis worden opgelegd doen echter de vraag rijzen of geen sprake is van een vereiste met gelijke werking. Vraag is bijvoorbeeld of voor een interactieve televerkoopdienst het vereiste bedoeld in § 1, 3°, wel enige relevantie heeft.

2. Volgens paragraaf 1, 7°, dient de televisiedienst in het Nederlands uit te zenden, behoudens afwijkingen toe te staan door het VCM.

Dit vereiste is niet verenigbaar met de vrijheid inzake het gebruik van de in België gesproken talen, gewaarborgd bij artikel 30 van de Grondwet. Weliswaar is de

⁽⁸⁾ *Parl. St.*, Vl. Parl., 2000-2001, 413/1, 33-39.

⁽⁹⁾ Richtlijn 2000/31/EG van het Europees Parlement en de Raad van de Europese Unie van 8 juni 2000 betreffende bepaalde juridische aspecten van de diensten van de informatiemaatschappij, met name de elektronische handel, in de interne markt.

Vlaamse Gemeenschap op grond van artikel 129 van de Grondwet bevoegd om, in afwijking van het in artikel 30 gehuldigde beginsel, het gebruik van de talen op drie gebieden te regelen. De ontworpen regeling kan echter in geen enkele van die drie uitzonderingen worden ondergebracht ⁽¹⁰⁾. Het 7° dient dan ook geschrapt te worden.

Artikel 16

Ontworpen artikel 105

Luidens paragraaf 2 dient het VCM twee maanden op voorhand op de hoogte te worden gebracht van het aanbieden van een kabelnetwerk. Er geldt bijgevolg een wachttermijn van twee maanden. Bovendien biedt die bepaling aan de Vlaamse regering de mogelijkheid om aanvullende kennisgevingsverplichtingen op te leggen, die "objectief gerechtvaardigd [moeten zijn] in relatie tot het betrokken netwerk, niet discriminerend, proportioneel en transparant".

Uit artikel 3 van de Machtigingsrichtlijn volgt dat van de betrokken onderneming kan worden verlangd dat zij een kennisgeving indient vooraleer zij tot het aanbieden van elektronische-communicatienetwerken of het aanbieden van elektronische-communicatiediensten overgaat. In artikel 3, lid 2, wordt evenwel bepaald dat na de eventueel vereiste kennisgeving de onderneming haar activiteiten kan aanvangen. Aldus lijkt de richtlijn geen ruimte te laten voor een wachttermijn, terwijl de kennisgeving luidens artikel 3, lid 3, alleen betrekking mag hebben op de minimale informatie die nodig is om de nationale regelgevende instantie in staat te stellen een register of lijst van aanbieders bij te houden en gericht dient te zijn op de identificatie van de aanbieders. De vraag rijst dan ook of de ontworpen regeling op deze punten overeenstemt met de richtlijn.

⁽¹⁰⁾ Zie in dezelfde zin : advies 19.964/8 van 8 juni 1990, *Parl. St.*, Vl. P., 1989-90, nr. 285/4, 4 (lokale radio's); advies 19.965/8 van 8 juni 1990, *Parl. St.*, Vl. P., 1989-90, nr. 315/2 (niet-openbare radio's); advies 20.861/8 van 7 juni 1991, *Parl. St.*, Vl. P., 1990-91, nr. 509/2, 10 (regionale televisieverenigingen); advies 24.662/8 van 7 mei 1996 (televisiediensten); advies 25.437/1/V van 30 juli 1996, *Parl. St.*, Vl. P., 1996-97, nr 416/1, 8-9 (televisiediensten).

Ontworpen artikel 110

Volgens de memorie van toelichting is voor het transport van programmasignalen via draad geen goedkeuring van het VCM vereist; een kennisgeving volstaat. Dit komt echter niet tot uiting in de tekst van het ontwerp, zodat het ontwerp op dit punt moet worden aangepast.

Ontworpen artikel 115

Voor het vereiste (zie 2°) dat de aanbieder zijn maatschappelijke zetel moet hebben in het Nederlandse taalgebied of het tweetalige gebied Brussel-Hoofdstad, kan worden verwezen naar wat bij artikel 6 is opgemerkt.

Ontworpen artikel 115quater

Uit paragraaf 1 blijkt dat de erin vermelde televisie-omroepprogramma's gelijktijdig en in hun geheel via "een" televisieomroepnetwerk moeten worden doorgegeven (*must carry*) en dat de Vlaamse regering "het" televisieomroepnetwerk bepaalt dat deze televisieomroepprogramma's kosteloos moet doorgeven.

Het is echter de vraag op grond van welke criteria de Vlaamse regering de *must carry*-verplichting aan één bepaalde televisieomroepnetwerk dient op te leggen. Daarom is het aan te bevelen dit in het ontwerp te verduidelijken, te meer daar uitdrukkelijk wordt bepaald dat er geen vergoeding is verschuldigd in geval van een dergelijke verplichting.

Gelet op artikel 31 van de Universeledienstrichtlijn, dient in de memorie van toelichting tot uiting te worden gebracht welke doelstellingen van algemeen belang het opleggen van de verplichting noodzakelijk maken en om welke redenen die doorgifte door het betrokken televisieomroepnetwerk kosteloos dient te gebeuren. Blijkens artikel 31, lid 2, van de Universeledienstrichtlijn mag er geen sprake zijn van discriminatie in de behandeling van de ondernemingen die elektronische-communicatienetwerken aanbieden. De ontworpen regeling zal er echter toe leiden dat één

.../...

televisieomroepnetwerk de doorgifteverplichting opgelegd krijgt en daarvoor geen passende vergoeding ontvangt.

Ontworpen artikel 115^{septies}

De opmerking bij het ontworpen artikel 110 kan hier worden herhaald.

De kamer was samengesteld uit

de Heren	W. DEROOVER,	eerste voorzitter,
	J. BAERT,	staatsraden,
	G. VAN HAEGENDOREN,	
	J. VELAERS,	assessor van de afdeling wetgeving,
Mevrouw	A. BECKERS,	griffier.

Het verslag werd uitgebracht door de H. J. VAN NIEUWENHOVE, auditeur.

DE GRIFFIER,

DE EERSTE VOORZITTER,

A. BECKERS

W. DEROOVER