

KONINKRIJK BELGIË

ADVIES 44.986/1/V
VAN 10 SEPTEMBER 2008

VAN DE AFDELING WETGEVING
VAN DE RAAD VAN STATE

De RAAD VAN STATE, afdeling wetgeving, eerste vakantiekamer, op 23 juli 2008 door de Vlaamse minister van Bestuurszaken, Buitenlands Beleid, Media en Toerisme verzocht hem, binnen een termijn van dertig dagen, verlengd tot 15 september 2008, van advies te dienen over een voorontwerp van decreet "betreffende radio-omroep en televisie", heeft het volgende advies gegeven:

1. Met toepassing van artikel 84, § 3, eerste lid, van de wetten op de Raad van State, gecoördineerd op 12 januari 1973, heeft de afdeling wetgeving zich beperkt tot het onderzoek van de bevoegdheid van de steller van de handeling, van de rechtsgrond ⁽¹⁾, alsmede van de vraag of aan de te vervullen vormvereisten is voldaan.

*

* *

STREKKING VAN HET VOORONTWERP

1. Het om advies voorgelegde voorontwerp van decreet bevat een nieuwe regeling inzake radio-omroep en televisie in de Vlaamse Gemeenschap. Het ontwerp komt in de plaats van de decreten betreffende de radio-omroep en de televisie, gecoördineerd op 4 maart 2005 (hierna: mediadecreten 2005).

De bestaande bepalingen uit de mediadecreten 2005 worden in grote mate overgenomen. De voornaamste inhoudelijke wijzigingen die met het ontwerp worden beoogd hebben betrekking op de omzetting van de richtlijn 2007/65/EG van het Europees Parlement en de Raad van 11 december 2007 ⁽²⁾. Deze richtlijn wijzigt de zgn. richtlijn "Televisie zonder grenzen" ⁽³⁾, die voortaan richtlijn "Audiovisuele Mediadiensten" wordt genoemd. Voorts beoogt het ontwerp de regeling inzake radio-omroep en televisie te vereenvoudigen, coherenter te maken, te actualiseren en af te stemmen op toekomstige ontwikkelingen.

⁽¹⁾ Aangezien het om een voorontwerp van decreet gaat, wordt onder rechtsgrond de conformiteit met hogere rechtsnormen verstaan.

⁽²⁾ Richtlijn 2007/65/EG van het Europees Parlement en de Raad van 11 december 2007 tot wijziging van richtlijn 89/552/EEG van de Raad betreffende de coördinatie van bepaalde wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen in de lidstaten inzake de uitoefening van televisieomroepactiviteiten.

⁽³⁾ 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.

VOORAFGAANDE OPMERKING

2.1. De Raad van State, afdeling wetgeving, had graag aan dit omvangrijke en maatschappelijk relevante ontwerp van decreet de aandacht gegeven die het verdient. De Raad betreurt het dan ook dat het ontwerp aan zijn advies is voorgelegd tijdens een vakantieperiode terwijl hem daarenboven maar een beperkte tijd is toegemeten voor het onderzoek ervan. Bovendien belet die vakantieperiode niet dat toch veel adviesaanvragen gelijktijdig worden voorgelegd, zodat er binnen dezelfde korte tijd en tegen dezelfde vervaldatum advies over moet zijn uitgebracht.

2.2. Enkel wanneer de Raad van State wel over een ruimer tijdsbestek kan beschikken, vermag hij immers ten volle zijn bijdrage te leveren om - zoals ook de auteur van het ontwerp als doelstelling voor ogen staat - coherente regelgeving tot stand te brengen die niet binnen de kortste keren met reparatiewetgeving moet worden aangevuld en die niet tot talloze betwistingen tussen de burger en het bestuur - ook voor de rechter - aanleiding geeft.

De tekortkomingen van een in de huidige omstandigheden gegeven advies kunnen aan de hand van enkele concrete voorbeelden worden toegelicht.

2.3. De auteur stelt zich zo bijvoorbeeld tot doel de mediawetgeving te actualiseren en ze af te stemmen op toekomstige ontwikkelingen.

De Raad van State heeft niet kunnen onderzoeken of het ontwerp nog aanvulling behoeft om de verwezenlijking van deze doelstelling naderbij te brengen. Hij vraagt zich wel af, met de interpretatieve mededeling van de Commissie over bepaalde aspecten van de bepalingen van de richtlijn "Televisie zonder grenzen" betreffende televisiereclame (2004/C 102/02) voor ogen, of recente ontwikkelingen zoals splitscreen-reclame, interactieve reclame of virtuele reclame alvast aan de aandacht van de steller van het ontwerp ontsnapt lijken te zijn.

Volgens de Raad van State lijkt ook het onderscheid tussen lineaire en niet-lineaire omroepdiensten niet steeds weldoordacht te zijn geregeld in het ontwerp. Artikel 105 van het ontwerp, dat krachtens artikel 98 ook van toepassing is op niet-lineaire omroepdiensten, bevat voorschriften met betrekking tot het recht van

.../...

antwoord die niet geschikt lijken voor niet-lineaire omroepdiensten ⁽⁴⁾. De vraag rijst ook of het in artikel 114 en artikel 120 gemaakte onderscheid tussen lineaire en niet-lineaire omroepdiensten voor de toepassing van de regels in verband met korte nieuwsverslagen de toets met het gelijkheidsbeginsel kan doorstaan. Het is onduidelijk waarom een niet-lineaire omroepdienst, die enkel niet lineair uitzendt, geen beroep zou mogen doen op korte nieuwsverslagen in zijn algemene nieuwsprogramma's als hij aan alle voorwaarden voldoet. De definitie van "algemene nieuwsprogramma's" (artikel 2, 2/) sluit in elk geval niet uit dat niet-lineaire omroepdiensten dergelijke programma's zouden maken.

2.4. Coherente regelgeving vereist overeenstemming tussen de ontworpen tekst en de memorie van toelichting. Indien daarover twijfel bestaat, kan de Raad van State in normale omstandigheden uitleg vragen aan de gemachtigde en desgevallend tekstsuggesties doen.

Hoewel de memorie van toelichting geen reglementaire waarde heeft ⁽⁵⁾, kan het immers nefast zijn voor de rechtszekerheid wanneer er een gebrek aan overeenstemming is tussen de in de memorie van toelichting gegeven verduidelijkingen

⁽⁴⁾ Artikel 105 (zie ook artikel 112, § 3, i.v.m. het recht van mededeling) bepaalt dat het antwoord uiterlijk opgenomen moet worden in de eerstvolgende uitzending van het programma na afloop van een termijn van twee vrije dagen. Indien geen uitzending gepland is, moet het antwoord binnen die termijn worden uitgezonden op een voor het publiek toegankelijk uur. Het komt de ontwerpers toe om te verduidelijken hoe het antwoord best wordt opgenomen in geval van niet-lineaire omroepdiensten zodat het doel van het recht van antwoord bereikt kan worden. Het is onduidelijk waarom artikel 105, § 1, derde lid, zich beperkt tot de aanbieder van lineaire omroepdiensten. Betekent dit *a contrario* dat de verzoeker wél toegang zou kunnen hebben tot de technische installaties die door de aanbieder van niet-lineaire omroepdiensten worden aangewend?

⁽⁵⁾ Indien derhalve - en bij wege van voorbeeld - in de memorie van toelichting bij artikel 35 en volgende te lezen valt dat het aantal zenduren voor levensbeschouwelijke verenigingen "niet onbeperkt kan stijgen" en enkel proportioneel mag toenemen wanneer bijkomende verenigingen erkend worden, dan is dit in rechte niet relevant. Als dit inderdaad de uitdrukkelijke bedoeling van de decreetgever is, moet zulks in artikel 35 van het ontwerp zelf tot uiting komen, door een of andere vorm van maximum zendtijd in het decreet in te schrijven en de Vlaamse Regering de mogelijkheid te geven deze proportioneel te laten stijgen bij de erkenning van nieuwe verenigingen.

en de tekst van het ontwerp ⁽⁶⁾ en wanneer er in de memorie van toelichting meermaals naar de verkeerde artikelnummers wordt verwezen.

Een treffend voorbeeld waar de memorie van toelichting verwarring creëert en de rechtszekerheid aantast, is te lezen bij de artikelen 105 en 112, § 3, tweede lid, van het ontwerp. Beide gebruiken dezelfde terminologie "een voor het publiek toegankelijk uitzenduur".

Volgens de memorie van toelichting is de draagwijdte ervan evenwel verschillend: in artikel 105 verwijst dit naar de tijdspanne tussen 17 uur en 23 uur, terwijl dit in artikel 112, § 3, zou verwijzen naar de tijdspanne tussen 19 uur en 20 uur.

De stellers doen er dus goed aan de memorie van toelichting nogmaals aan een grondig onderzoek te onderwerpen.

De in het ontwerp gehanteerde terminologie moet vanzelfsprekend op elkaar afgestemd zijn ⁽⁷⁾ en ondubbelzinnig ⁽⁸⁾. Verwijzingen moeten correct zijn ⁽⁹⁾.

⁽⁶⁾ Zie bijv. de artikelen 165, 181 en 183 (de doorgifteverplichting rust in beginsel niet op de "netwerken" maar op de dienstenverdelers).

⁽⁷⁾ Zo is niet duidelijk of er slechts één, dan wel verscheidene commissarissen kunnen worden aangeduid bij de openbare omroeporganisatie. De verschillende bepalingen spreken elkaar tegen (artikelen 9 en 15: de commissaris; artikel 11: commissaris(sen)), terwijl in de memorie van toelichting (p. 25) bij artikel 15 sprake is van commissaris(sen).

⁽⁸⁾ Zie bijvoorbeeld artikel 34, § 5, van het ontwerp, waar het voor de Raad niet duidelijk is of de notie "wetgevende verkiezing" ook betrekking heeft op de federale, of enkel op de Vlaamse verkiezingen. De ontworpen bepaling houdt ook geen rekening met het gegeven dat ook federale ministers en parlementsleden kandideren bij Vlaamse verkiezingen en *vice versa*. Verwezen kan ook worden naar de termen "particuliere" en "private" aanbieders wat, anders dan in het dagelijks woordgebruik, niet als synoniem lijkt te zijn opgevat (zie bv. artikel 154 van het ontwerp).

⁽⁹⁾ Zie bijvoorbeeld artikel 12 van het ontwerp, dat de ambten van commissaris van de federale regering nog steeds zoekt in artikel 1 van de Provinciewet. Overigens is de provinciegouverneur overeenkomstig artikel 59 van het Provinciedecreet in de eerste plaats een commissaris van de Vlaamse Regering.

2.5. Met een meer doorgedreven onderzoek van de teksten zou de afdeling wetgeving de steller van het ontwerp ook kunnen behoeden voor overbodige regelgeving en bijgevolg bijdragen tot de door de overheid nagestreefde deregulering ⁽¹⁰⁾.

Bepalingen waarvan de draagwijdte niet nader wordt geconcretiseerd en waarvan niet duidelijk is wat ze beogen toe te voegen, hebben geen plaats in een decreet. Als voorbeeld mag worden verwezen naar artikel 99 van het ontwerp. In dat opzicht koestert de Raad van State ook ernstige twijfels over de toegevoegde waarde aan de reeds bestaande regelgeving van, bijvoorbeeld, artikel 38 van het ontwerp.

Ook artikel 50 van het ontwerp is een overbodige bepaling, stellende deels wat evident is en herhalend deels wat reeds uit de bestaande wetgeving volgt. Artikel 53 van het ontwerp is dan weer een toonbeeld van inflatie aan wetgeving, daar het niets toevoegt aan de reeds vigerende federale en Vlaamse wetgeving ter zake ⁽¹¹⁾. Voor het ontworpen artikel 39 kan worden verwezen naar opmerking 13.

2.6. De wijze waarop sommige bepalingen van het ontwerp zijn geredigeerd, doet de vraag rijzen of ze wel stroken met de opzet van de auteur.

Artikel 17, § 1, 1/, van het ontwerp verwijst enkel naar de openbare-omroepopdracht vermeld in artikel 6, § 2, wat lijkt uit te sluiten dat de beheersovereenkomst meetbare doelstellingen regelt die rekening houden met de nevenactiviteiten als bedoeld in artikel 8 van het ontwerp.

Zo wordt het aan de televisieomroeporganisatie van de Vlaamse Gemeenschap niet verboden om aan productplaatsing te doen (zie artikel 49 van het ontwerp), zodat het zelfs in kinderprogramma's mogelijk lijkt als voldaan is aan de

⁽¹⁰⁾ Zo is het bijvoorbeeld niet nodig in artikel 15 van het ontwerp te bepalen dat de commissaris-revisor de bevoegdheden uitoefent, welke hem door de wetten op de handelsvennootschappen zijn toegekend. Zulks volgt immers reeds uit de suppletieve werking van die wetten.

⁽¹¹⁾ Het artikel laat wel na ál de beschermde criteria uit de reeds bestaande antidiscriminatie- en gelijkebehandelingswetgeving over te nemen. Het behoud ervan in het ontwerp zou dan weer vragen doen rijzen naar de reden waarom sommige criteria ontbreken.

voorwaarden vermeld in het decreet. De Raad van State gaat er van uit dat zulks wellicht niet de bedoeling is van de steller van het ontwerp.

Artikel 69, § 4, van het ontwerp biedt een ander voorbeeld: is commerciële communicatie voor speelgoed dat op vuurwapens lijkt geoorloofd wanneer die is gericht op personen ouder dan zestien jaar?

Luidens artikel 214, § 1, vierde lid, van het ontwerp mogen de leden van de VRM "geen binding" hebben met een bepaald aantal bedrijven of instellingen. Weliswaar heeft de Raad van State, afdeling wetgeving, ooit opgemerkt dat de notie "een functie uitoefenen" te beperkt was ⁽¹²⁾, maar de vraag rijst of de in het ontwerp gebruikte formulering geen onzekerheid laat bestaan over de precieze draagwijdte ervan: heeft de klant van de genoemde bedrijven er binding mee? Allicht kan een lid van de VRM moeilijk verboden worden klant te zijn van, bijvoorbeeld, een verdeler van omroepsignalen. Het is daarentegen niet aangewezen dat hij een significant afnemer is, en dus klant, bij een reclamebedrijf. Gelet op de weerslag van de beslissingen van de VRM is het evenmin aangewezen dat een lid van de algemene kamer aandeelhouder is van de genoemde bedrijven, maar het is niet duidelijk of dit ook onder het begrip "binding hebben" valt.

Dit zijn slechts enkele voorbeelden die aan de afdeling wetgeving opvielen, zelfs binnen het beperkte onderzoek van het ontwerp.

2.7. Tenslotte zou een rustiger onderzoek ook andere materiële vergissingen aan het licht kunnen brengen, zoals de verkeerde verwijzing naar "dit hoofdstuk" waar "deze titel" is bedoeld in artikel 194 van het ontwerp.

2.8. Wat voorafgaat zijn, het weze herhaald, opmerkingen die niet het resultaat zijn van een exhaustief onderzoek maar die enkel tot voorbeeld strekken van de aard van de mogelijke verbeteringen aan het ontwerp dank zij een weloverwogen en beredeneerd advies van de Raad van State. Hierna echter moet en zal de Raad zich beperken tot de hiervoor reeds vermelde problemen van vormvereisten, rechtsgrond en bevoegdheid. Ook binnen die beperking kan gelet op de omvang van het ontwerp, gezet tegenover de

⁽¹²⁾ Adv. R.v.St. nr. L. 26.251/8, *Parl. St.* Vl. Parl. 1996-97, nr. 742/1.

tijdsbeperking, geen waarborg worden gegeven, bijvoorbeeld, dat de richtlijn op volkomen wijze is omgezet.

VORMVEREISTEN

3. Voor het ontwerp zijn niet, of nog niet, alle voorgeschreven adviesverplichtingen afgewikkeld.

Zo werd geen begrotingsakkoord verleend, nadat de Inspectie van Financiën op 18 juni 2008 een ongunstig advies heeft gegeven.

In het dossier ontbreekt bovendien het advies van de Raad voor Cultuur, Jeugd, Sport en Media, een Kindeffectrapport en een advies van de SERV.

De Raad van State herinnert er aan dat zijn wettelijk voorgeschreven adviesbevoegdheid impliceert dat een ontwerp slechts na de afronding van de voorgeschreven beleidsadviezen en de eventuele aanpassing van het ontwerp aan die adviezen aan de afdeling wetgeving mag worden voorgelegd. Alleszins, zo deze adviezen of het nog te verlenen begrotingsakkoord nog aanleiding zouden geven tot wijzigingen in het ontwerp van decreet, dient opnieuw advies gevraagd te worden aan de Raad van State.

BEVOEGDHEID

4.1. De in het ontwerp geregelde aangelegenheden hebben in beginsel betrekking op de radio-omroep en de televisie, die krachtens artikel 127, § 1, 1/, van de Grondwet en artikel 4, 6/, van de bijzondere wet van 8 augustus 1980 tot hervorming der instellingen (hierna: BWHI) culturele aangelegenheden zijn die tot de bevoegdheid van de gemeenschappen behoren.

4.2. Terwijl de gemeenschappen bevoegd zijn voor radio-omroep en televisie, blijft de federale wetgever op grond van zijn residuaire bevoegdheid bevoegd voor de andere vormen van telecommunicatie.

.../...

De bevoegdheid van de gemeenschappen is niet gebonden aan een wijze van uitzenden of overbrengen. Zij staat de gemeenschappen toe de technische aspecten van de overdracht te regelen die een accessorium zijn van de aangelegenheid van radio-omroep en televisie. Het regelen van de overige aspecten van de infrastructuur, waarin onder meer de algemene politie van de radio-elektronische golven is begrepen, behoort tot de bevoegdheid van de federale wetgever ⁽¹³⁾.

De convergentie tussen de sectoren radio- en televisieomroep, enerzijds, en telecommunicatie, anderzijds, leidt tot een despecialisatie van de infrastructuur en de netwerken en tot het ontstaan van nieuwe diensten, die niet meer beantwoorden aan de klassieke begrippen van omroep en telecommunicatie. Die evolutie neemt niet weg dat in het stelsel van bevoegdheidsverdeling de aangelegenheid van radio-omroep en televisie, enerzijds, en de andere vormen van telecommunicatie, anderzijds, aan onderscheiden wetgevers zijn toevertrouwd.

De recente technologische ontwikkelingen hebben tot gevolg dat de afbakening van de radio-omroep en de televisie, enerzijds, en de telecommunicatie, anderzijds, niet meer kan gebeuren aan de hand van technische criteria zoals de onderliggende infrastructuur, de gebruikte netwerken of de eindapparatuur, doch wel aan de hand van inhoudelijke en functionele criteria.

Uit de technologische convergentie van de telecommunicatiesector en de audiovisuele sector, inzonderheid het gezamenlijke gebruik van bepaalde transmissie-infrastructuur, blijkt, bij behoud van de huidige bevoegdheidsverdeling, de absolute noodzaak om te voorzien in samenwerking tussen de federale overheid en de gemeenschappen. De bevoegdheden van de federale Staat en de gemeenschappen inzake de elektronische communicatie-infrastructuur, zijn ten gevolge van de technologische evolutie, dermate verweven geworden dat ze niet meer dan in onderlinge samenwerking kunnen worden uitgeoefend. Daaruit volgt dat de wetgever, door eenzijdig een

⁽¹³⁾ Grondwettelijk Hof, nr. 132/2004, 14 juli 2004, B.4.2.

aangelegenheid te regelen, het evenredigheidsbeginsel zou schenden dat eigen is aan elke bevoegdheidsuitoefening ⁽¹⁴⁾.

Zich baserend op de hierboven geschetste rechtspraak heeft het Grondwettelijk Hof uitdrukkelijk aangenomen dat de aan de radio-omroep en de televisie en de telecommunicatie gemeenschappelijke elektronische transmissie-infrastructuur en -diensten in samenwerking tussen de federale Staat en de gemeenschappen moeten worden geregeld, teneinde te bewerkstelligen dat die overheden hun respectieve normen op elkaar afstemmen en om te vermijden dat die infrastructuur en die diensten aan tegenstrijdige bepalingen worden onderworpen ⁽¹⁵⁾.

Sommige onderdelen van de ontworpen regeling, met name de delen IV (dienstenverdelers) en V (netwerken) hebben een algemene draagwijdte en hebben betrekking op aan de radio-omroep en de televisie en de telecommunicatie gemeenschappelijke elektronische transmissie-infrastructuur en -diensten, zodat zij, om in overeenstemming te zijn met de bevoegdheidsverdelende regelen slechts kunnen worden aangenomen in samenwerking met de federale overheid.

Om tot nadere samenwerking te komen hebben de bevoegde overheden het samenwerkingsakkoord van 17 november 2006 betreffende het wederzijds consulteren bij het opstellen van regelgeving inzake elektronische communicatienetwerken (...) gesloten ⁽¹⁶⁾. Om in overeenstemming te zijn met de in dat akkoord gemaakte afspraken moet over het ontwerp overleg worden gepleegd in het Interministerieel Comité voor

⁽¹⁴⁾ Grondwettelijk Hof nr. 132/2004, 14 juli 2004, B.4.2.-B.6.2.; Grondwettelijk Hof nr. 128/2005, 13 juli 2007, B.6.2.; Grondwettelijk Hof nr. 163/2006, 8 november 2006, B.3.1.

⁽¹⁵⁾ Grondwettelijk Hof nr. 163/2006, B.10. I.t.t. arrest nr. 128/2005, dat enkel betrekking heeft op infrastructuur, heeft arrest nr. 163/2006 ook betrekking op transmissiediensten die gemeenschappelijk zijn.

⁽¹⁶⁾ Samenwerkingsakkoord van 17 november 2006 tussen de Federale Staat, de Vlaamse Gemeenschap, de Franstalige Gemeenschap en de Duitstalige Gemeenschap betreffende het wederzijds consulteren bij het opstellen van regelgeving inzake elektronische communicatienetwerken, het uitwisselen van informatie en de uitoefening van de bevoegdheden met betrekking tot elektronische communicatienetwerken door de regulerende instanties bevoegd voor telecommunicatie of radio-omroep en televisie, B.S. 28 december 2006, derde uitgave, 75371.

Telecommunicatie en Radio-Omroep en Televisie, opgericht bij artikel 9 van het voormeld samenwerkingsakkoord. Uit de notificatie van de Vlaamse Regering en de toelichting van de gemachtigde blijkt dat het ontwerp weliswaar is voorgelegd aan het Interministerieel Comité, maar volgens de gemachtigde heeft het overleg nog niet plaats gevonden. Dat overleg moet minstens betrekking hebben op de bepaling inzake de aan de radio-omroep en de televisie en de telecommunicatie gemeenschappelijke elektronische transmissie-infrastructuur en -diensten die ten aanzien van de vigerende tekst van de mediadecreten 2005 zijn gewijzigd, zoals bijvoorbeeld de invoering van de notie dienstenverdelers, de nieuwe bepalingen m.b.t. de *mustcarry*-verplichtingen en de nieuwe voorwaarden die worden bepaald voor het verkrijgen van een vergunning om een etheromroepnetwerk aan te bieden. Van de overige bepalingen kan immers worden aangenomen dat daarover reeds overleg is gepleegd met de federale overheid.

Nu zelfs dit overleg er nog niet eens is geweest, beschikt de Raad van State niet over voldoende gegevens om te kunnen inschatten of de ontworpen regeling de bevoegdheidsverdelende regels, in het bijzonder het evenredigheidsbeginsel, in acht neemt.

4.3. Verscheidene voorgelegde bepalingen regelen de commerciële communicatie i.v.m. tabak, geneesmiddelen en alcohol.

Zo verbiedt artikel 62 van het ontwerp de commerciële communicatie voor sigaretten en andere tabaksproducten en verbiedt artikel 63 de commerciële communicatie voor geneesmiddelen voor menselijk gebruik en medische behandelingen voor menselijk gebruik die alleen op doktersvoorschrift verkrijgbaar zijn. Artikel 65 bepaalt op zijn beurt waaraan commerciële communicatie voor alcoholhoudende dranken moet voldoen.

Volgens een vaste rechtspraak evenwel van het Grondwettelijk Hof vallen bepalingen die de reclame of sponsoring regelingen van dergelijke producten met het doel de volksgezondheid te beschermen onder de federale bevoegdheid inzake de regelgeving van de voedingswaren. Het Hof staat in zijn rechtspraak daarbij ook steeds strikt - afwijzend - tegenover de mogelijkheid voor de decreetgever om niettemin regelgevend op

te treden op grond van artikel 10 BWHI ⁽¹⁷⁾. De Raad van State beschikt niet over elementen in feite of in rechte die voor een nieuwe invalshoek kunnen zorgen en erop kunnen wijzen dat deze rechtspraak niet langer zou worden gevolgd.

In het licht van deze rechtspraak moet worden besloten dat de decreetgever niet bevoegd is voor de regeling zoals vastgelegd in de artikelen 62, 63, en 65 van het ontwerp. Bovendien lijkt de voorvermelde redenering van toepassing te zijn op de regeling van artikel 66 in verband met suikerhoudend snoepgoed, van artikel 73 die bepaalt dat commerciële communicatie voor kinderen en jongeren geen buitensporig verbruik mag aanmoedigen of vergoelijken van voedingsmiddelen en dranken die stoffen bevatten waarvan een overmatig gebruik niet aanbevolen is (zoals vetten, transvetzuren, zout of natrium en suikers), van artikel 79 (reclame voor alcoholhoudende dranken in kinderprogramma's), van artikel 80 (telewinkelen met betrekking tot geneesmiddelen), van artikel 85 (radioverbod reclame voor alcoholhoudende dranken in reclameblok voor of na kinderprogramma's), van de artikelen 87-90 (verbod van sponsoring ivm tabaksproducten, alcoholhoudende dranken en geneesmiddelen) en artikel 97 (verbod productplaatsing tabaksproducten, sigaretten en geneesmiddelen). Voor zover deze

⁽¹⁷⁾ Arresten van het Grondwettelijk Hof nr. 6/92 van 5 februari 1991, nr. 7/93 van 27 januari 1993, nr. 17/93 van 4 maart 1993, nr. 102/99 van 30 september 1999, nr. 109/2000 van 31 oktober 2000 en nr. 36/2001 van 13 maart 2001. In het arrest 36/2001 bijvoorbeeld oordeelde het Hof in de volgende bewoordingen afwijzend over de vraag of de aangelegenheid zich leent tot een gedifferentieerde regeling:

"B.6.2. De gewesten die over de volheid van de bevoegdheid beschikken inzake de economische aangelegenheden, die in ieder geval het economisch expansiebeleid omvatten, dienen bij de uitoefening van die bevoegdheden rekening te houden met de aan de federale wetgever voorbehouden bevoegdheden. Indien elk gewest afzonderlijk maatregelen zou nemen waarvan het doel erin bestaat de aangelegenheid van zowel de sponsoring door tabak, producten op basis van tabak en soortgelijke producten, als de reclame in verband met die producten en met de producten van merken die met de genoemde producten zijn verbonden, te moduleren, zou daaruit voortvloeien dat het desbetreffende federale verbod verschillend zou worden toegepast in de onderscheiden gewesten, hetgeen zou indruisen tegen artikel 6, § 1, VI, derde lid, van de bijzondere wet van 8 augustus 1980. Immers, zoals blijkt uit de desbetreffende parlementaire voorbereiding, heeft de bijzondere wetgever «omwille van de vrijwaring van de economische unie en de monetaire eenheid en de bescherming van de volksgezondheid» (*Parl. St.*, Senaat, 1992-1993, nr. 558-1, p. 23), niet gewild dat de reglementering van de betrokken producten over verscheidene overheden zou worden gesplitst.

De betrokken aangelegenheid leent zich bijgevolg niet tot een gedifferentieerde regeling, zodat niet is voldaan aan de voorwaarden van artikel 10 van de bijzondere wet van 8 augustus 1980".

bepalingen de omzetting beogen van de richtlijn Audiovisuele Mediadiensten zal de federale overheid gelijkaardige bepalingen moeten uitvaardigen.

4.4. Artikel 58 bepaalt dat commerciële communicatie de consument niet mag misleiden omtrent een aantal opgesomde eigenschappen. Deze bepaling lijkt vooral de consument - kijker of luisteraar - te willen beschermen.

Overeenkomstig artikel 6, § 1, VI, vierde lid, BWHI is de federale overheid bevoegd om de algemene regels vast te stellen inzake de bescherming van de gebruiker. De gewesten kunnen dit regelgevend kader wel aanvullen (artikel 1 van het ontwerp stelt immers enkel dat het decreet een gemeenschapsaangelegenheid regelt). Een mogelijke toepassing van artikel 10 BWHI daargelaten, is de Vlaamse Gemeenschap niet bevoegd om regels vast te stellen betreffende de bescherming van de consument ⁽¹⁸⁾.

4.5. Volgens een arrest nr. 14/91 van het Grondwettelijk Hof van 28 mei 1991 behoren de regels inzake het recht van antwoord op radio en televisie, zoals vastgelegd bij federale wet, niet tot het bevoegdheidsterrein van de gemeenschapswetgever inzake de radio en televisie.

Anders dan wat de zo-even besproken aangelegenheid van de tabaksreclame en aanverwante aangelegenheden betreft, meent de afdeling wetgeving van de Raad van State dat er reden is om aan te nemen in het licht van latere rechtspraak van het Grondwettelijk Hof inzake grondrechten, dat het recht van antwoord niet als een op zich staande aangelegenheid moet worden beschouwd. Voor zijn omstandige redenering verwijst de Raad naar zijn advies nr. 30.993/AV/3 van 14 januari 2003 over een voorstel van decreet "houdende het recht op informatie via radio en televisie en houdende instelling van een recht van antwoord en een recht van mededeling ten aanzien van radio

⁽¹⁸⁾ In ondergeschikte orde stelt de Raad van State overigens vast dat de definitie die in het ontwerp wordt opgenomen voor misleidende commerciële reclame, niet is afgestemd op de definitie in artikel 2, b), van de richtlijn 2006/114/EG inzake misleidende reclame en vergelijkende reclame. Vooral het feit dat in het ontwerp zekerheid wordt vereist omtrent de onjuiste voorstelling die gewekt zal worden ("een onjuiste voorstelling *zal* wekken") lijkt niet in overeenstemming met de richtlijn, die enkel vereist dat die kan misleiden, kan beïnvloeden of schade kan toebrengen. Ook op andere punten zijn er verschillen.

en televisie" ⁽¹⁹⁾. De Raad erkent evenwel dat het aan het Grondwettelijk Hof zelf toekomt om uitsluitel te geven over de vraag of de leer van zijn arrest nr. 14/91 van 28 mei 1991, bekeken in het licht van zijn latere rechtspraak inzake grondrechten, nog actueel is. Het Grondwettelijk Hof heeft zich sinds het advies nr. 30.993/AV/3 van de Raad van State, afdeling wetgeving, nog niet kunnen buigen over deze kwestie naar aanleiding van een beroep tot nietigverklaring of een prejudiciële vraag.

ALGEMENE OPMERKINGEN

Het legaliteitsbeginsel uit artikel 23 van de Grondwet

5.1. Krachtens artikel 23, eerste en tweede lid, van de Grondwet heeft ieder het recht om een menswaardig leven te leiden en waarborgen de wet, het decreet of de ordonnantie, rekening houdend met de overeenkomstige plichten, de economische, sociale en culturele rechten, waarvan ze de voorwaarden voor de uitoefening bepalen. Het recht op culturele ontplooiing maakt krachtens artikel 23, derde lid, 5/, van de Grondwet deel uit van de genoemde rechten. Het organiseren van het omroepbestel derwijze dat, enerzijds, wordt geregeld op welke wijze omroepdiensten ontwikkeld door diverse auteurs kunnen worden verspreid en, anderzijds, wordt geregeld op welke wijze de eindgebruikers toegang hebben tot omroepprogramma's, is één van de manieren waarop de decreetgever uitvoering kan geven aan de verplichting om het grondrecht op culturele ontplooiing te waarborgen, zodat artikel 23 van de Grondwet te dezen van toepassing is.

Artikel 23, tweede lid, van de Grondwet staat er weliswaar niet aan in de weg dat de uitvoerende macht wordt belast met de nadere uitwerking van de betrokken regeling, maar de essentiële elementen ervan dienen door de wetgever te worden vastgesteld ⁽²⁰⁾. Machtigingen aan de uitvoerende macht mogen er niet op neerkomen dat de onnauwkeurigheid van de door de wetgever vastgestelde beginselen wordt opgevangen of dat onvoldoende omstandige beleidskeuzes worden verfijnd ⁽²¹⁾.

⁽¹⁹⁾ *Parl. St.*, Vl. Parl. 1999, nr. 52/2, 3-24.

⁽²⁰⁾ Zie bijv. Grondwettelijk Hof, nr. 189/2005, 14 december 2005, B.10.3.

⁽²¹⁾ Grondwettelijk Hof, nr. 147/2005, 28 september 2005, B.11.2.

5.2. Bij de beoordeling of een machtiging aan de uitvoerende macht in aangelegenheden waarop artikel 23 van de Grondwet van toepassing is, niet te ver gaat, houdt het Grondwettelijk Hof in het bijzonder rekening met de aard van de geregelde aangelegenheid, waarbij onder meer rekening wordt gehouden met het gegeven dat een omvattende regeling van de aangelegenheid door de wetgever "de doeltreffendheid van het door hem vastgestelde beleid in het gedrang zou brengen" ⁽²²⁾, met het gegeven dat de betrokken "maatregelen gemakkelijk [kunnen] worden aangepast om tegemoet te komen aan de vereisten van de technische ontwikkeling" ⁽²³⁾, met het gegeven dat een algemene en abstracte bepaling onverenigbaar is met de keuze van de wetgever om de geboden hulp te laten variëren in functie van de behoeften van de betrokken gerechtigden ⁽²⁴⁾, met het gegeven dat de regeling op "relatief soepele wijze [moet] kunnen worden aangepast aan de evolutie van de noden en middelen" ⁽²⁵⁾ in het betrokken beleidsdomein of met de "bijzonder technische en ingewikkelde" ⁽²⁶⁾ aard van de regeling ⁽²⁷⁾.

5.3. Op het eerste gezicht lijkt de ontworpen regeling de essentiële bepalingen van de betrokken regeling te bevatten en kunnen de meeste aan de Vlaamse Regering opgedragen bevoegdheden aanvaard worden, indachtig ook de onder 5.2. genoemde criteria en overwegingen.

Dit neemt niet weg dat de door het Grondwettelijk Hof ontwikkelde beginselen waaraan elke delegatiebepaling getoetst moet worden, strenger zijn dan in aangelegenheden die niet aan de formele wetgever zijn voorbehouden. Het noopt de Raad van State toch bij enkele delegatiebepalingen voorbehoud te maken.

⁽²²⁾ Grondwettelijk Hof, nr. 189/2005, 14 december 2005, B.10.3.

⁽²³⁾ *Ibid.*

⁽²⁴⁾ Grondwettelijk Hof, nr. 43/2006, 15 maart 2006, B.21.

⁽²⁵⁾ Grondwettelijk Hof, nr. 103/2006, 21 juni 2006, B.3.6.

⁽²⁶⁾ Grondwettelijk Hof, nr. 64/2008, 17 april 2008, B.32.2.

⁽²⁷⁾ Voor een gelijkaardig voorbeeld uit de adviespraktijk, maar dan m.b.t. het recht op sociale bijstand, Adv. R.v.St. nr. 44.583/3, 11 juni 2008, over een voorontwerp van decreet tot wijziging van het decreet van 30 maart 1999 houdende de organisatie van de zorgverzekering, *Parl. St.* Vl. Parl. 2007-08, nr. 1810/1, 23-32.

5.3.1. Er kan aldus worden betwijfeld of de essentiële elementen van de regeling inzake de uitzendingen door levensbeschouwelijke derden (zowel in artikel 35 als 37 van het ontwerp) zijn geregeld nu de Vlaamse Regering onbeperkt de zendtijd per vereniging in het algemeen en de erkenningsvoorwaarden voor verenigingen die radioprogramma's ⁽²⁸⁾ verzorgen, vrij kan bepalen. In het licht van artikel 23 van de Grondwet volstaat het niet meer om het soort erkenningsvoorwaarden enkel in de memorie van toelichting te omschrijven. Op zijn minst zou, net als bij de verenigingen die erkend kunnen worden om televisieuitzendingen te verzorgen, op zijn minst de doelstellingen van de vereniging in het decreet moeten worden geformuleerd.

5.3.2. Ook de delegatie aan de Vlaamse Regering in artikel 149 om de zogenaamde evenementenlijst op te stellen, lijkt in het licht van artikel 23 van de Grondwet niet aanvaardbaar. De grenzen van de delegatie zijn niet duidelijk aangegeven: er wordt niet verduidelijkt hoe de Vlaamse Regering moet vaststellen of een evenement van "aanzienlijk" belang is en er wordt evenmin verduidelijkt op basis waarvan de Vlaamse Regering bepaalt of een evenement volledig of gedeeltelijk rechtstreeks moet kunnen worden verslaan. Het komt de decreetgever toe om deze essentiële punten zelf te regelen.

Administratieve geldboetes en artikel 6 EVRM

6. Uit artikel 226 van het ontwerp blijkt dat de algemene kamer van de Vlaamse Regulator voor de Media (VRM) administratieve sancties, onder meer administratieve geldboetes kan opleggen aan aanbieders van omroepdiensten of aan de betrokken netwerken. In het verleden heeft het Grondwettelijk Hof ten aanzien van dezelfde soort geldboetes in de gecoördineerde decreten van 5 maart 2004 geoordeeld dat "de boeten, die kunnen oplopen tot 125 000 euro, (...) een preventief en een repressief karakter (hebben) en (...) strafrechtelijk (zijn) in de zin van artikel 6 van het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens, zodat de rechtzoekenden aan wie ze worden

⁽²⁸⁾ Voor de televisieprogramma's is daarentegen het doel van de verenigingen bepaald.

opgelegd aanspraak moeten kunnen maken op de waarborgen vervat in deze verdragsbepaling" ⁽²⁹⁾.

Eén van die waarborgen impliceert de mogelijkheid om tegen een beslissing van een orgaan van actief bestuur zoals de algemene kamer van de VRM, waarbij deze een van de genoemde sancties oplegt, beroep in te stellen met een schorsend karakter bij een rechter die oordeelt met volle rechtsmacht.

Ten aanzien van het beroep bij de afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State tegen de door de algemene kamer van het VRM opgelegde administratieve geldboeten, heeft het Grondwettelijk Hof opgemerkt dat de rechtzoekenden middels het beroep tot vernietiging bij de Raad van State beschikken over een daadwerkelijk beroep voor een onafhankelijk en onpartijdig rechtscollege in de zin van artikel 6 EVRM ⁽³⁰⁾. In laatste instantie zal het evenwel aan het Europees Hof voor de Rechten van de Mens toevallen om te oordelen of de omvang van de rechtsmacht van de afdeling bestuursrechtspraak bij het beslechten van een annulatieberoep, ingesteld tegen een door het VRM opgelegde administratieve geldboete, de toets van artikel 6 EVRM kan doorstaan.

Cultuurpactwetgeving

7.1. Artikel 19, eerste lid, van de wet van 16 juli 1973 waarbij de bescherming van de ideologische en filosofische strekkingen gewaarborgd wordt (hierna: de "Cultuurpactwet"), bepaalt dat de instituten voor radio en televisie, in de samenstelling van hun bestuurs- en beleidsorganen, de evenredige vertegenwoordiging van de politieke fracties in de Gemeenschapsraad in acht moeten nemen. Die bepaling is van toepassing, zelfs indien de overheid kiest voor een privaatrechtelijk statuut van de openbare omroep. De woorden "culturele ... instellingen en diensten ... ressorterend onder de overheid", in artikel 9, inleidende zin, van de Cultuurpactwet, doelen immers onder meer op de door

⁽²⁹⁾ Grondwettelijk Hof, nr. 14/2007, 17 januari 2007, B.3.3.

⁽³⁰⁾ Grondwettelijk Hof, nr. 14/2007, 17 januari 2007.

de overheid opgerichte "vennootschappen die als scherm dienen voor het optreden van die overheid" ⁽³¹⁾.

De Cultuurpactwet primeert dan ook op de vrijheid van vereniging, zoals die is georganiseerd door de wet van 27 juni 1921 ⁽³²⁾, op de vennootschapswetgeving en op de krachtens artikel 9 BWHI bijzondere regels.

Uit geen enkele bepaling van het ontwerp blijkt dat de evenredige vertegenwoordiging in acht genomen moet worden bij de benoeming van de leden van de raad van bestuur van de VRT.

7.2. Artikel 19, tweede lid, van de Cultuurpactwet bepaalt voorts dat de bestuurs- en beheersorganen moeten worden bijgestaan door een vaste adviescommissie waarin alle erkende verenigingen van gebruikers en alle ideologische en filosofische stekkingen vertegenwoordigd zijn. Die adviescommissie heeft recht op volledige informatie over de daden van de bestuurs- en beheersorganen. Het ontwerp moet aangevuld worden met een bepaling in die zin.

BIJZONDERE OPMERKINGEN

Artikel 1

8. Overeenkomstig artikel 3, lid 1, tweede alinea, van richtlijn 2007/65/EG, artikel 18, lid 1, derde alinea, van de Toegangsrichtlijn ⁽³³⁾, artikel 18, lid 1, derde alinea,

⁽³¹⁾ Verslag namens de Commissie voor de Cultuur over het voorstel dat tot de Cultuurpactwet heeft geleid, *Parl. St.*, Kamer, 1972-73, nr. 633-2, p. 5.

⁽³²⁾ Wet van 27 juni 1921 betreffende de verenigingen zonder winstoogmerk, de internationale verenigingen zonder winstoogmerk en de stichtingen.

⁽³³⁾ Richtlijn 2002/19/EG van het Europees Parlement en de Raad van 7 maart 2002 inzake de toegang tot en interconnectie van elektronische-communicatienetwerken en bijbehorende faciliteiten.

van de Machtigingsrichtlijn ⁽³⁴⁾, artikel 28, lid 2, van de Kaderrichtlijn ⁽³⁵⁾ en artikel 38, lid 2, van de Universeledienstrichtlijn ⁽³⁶⁾, dienen de lidstaten die bepalingen vast te stellen en bekend te maken 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 2

9. Artikel 2, 32/, definieert productplaatsing.

Artikel 1, m), van de richtlijn Audiovisuele Mediadiensten definieert productplaatsing als "elke vorm van audiovisuele commerciële communicatie die bestaat in het opnemen van of het verwijzen naar een product of dienst of een desbetreffend handelsmerk binnen het kader van een programma, tegen betaling of soortgelijke vergoeding". Deze definitie verwijst naar "elke vorm" en is niet beperkt tot "lineaire" commerciële communicatie. De verwijzing naar "lineaire" in artikel 2, 32/, van het ontwerp kan dan ook best geschrapt worden om in overeenstemming te zijn met de richtlijn.

Artikel 9

10. De commissaris is geen orgaan van de vennootschap. In artikel 9, eerste lid, dient het 4/ dan ook weggelaten te worden.

⁽³⁴⁾ Richtlijn 2002/20/EG van het Europees Parlement en de Raad van 7 maart 2002 betreffende de machtiging voor elektronische-communicatienetwerken en -diensten.

⁽³⁵⁾ Richtlijn 2002/21/EG van het Europees Parlement en de Raad van 7 maart 2002 inzake een gemeenschappelijk regelgevingskader voor elektronische-communicatienetwerken en -diensten.

⁽³⁶⁾ Richtlijn 2002/22/EG van het Europees Parlement en de Raad van 7 maart 2002 inzake de universele dienst en gebruikersrechten met betrekking tot elektronische-communicatienetwerken en -diensten.

Artikelen 27 en 28

11. Uit artikel 2 APKB ⁽³⁷⁾ volgt dat de statutaire rechtspositie de regel is en dat enkel indien een bepaalde functie onder de toepassing valt van een van de uitzonderingen van artikel 2, tweede lid, bijvoorbeeld voor "bijkomende of specifieke opdrachten", de aanwerving bij arbeidsovereenkomst kan geschieden. Volgens het Grondwettelijk Hof staat het aan de bevoegde overheid om de functies aan te wijzen die specifieke opdrachten inhouden; toch mag zij bij de uitoefening van die bevoegdheid het begrip "specifieke opdracht" niet miskennen ⁽³⁸⁾.

Het is dan ook zeer de vraag of de functies bedoeld in de artikelen 27, § 1, en 28 van het ontwerp onder de in artikel 2 APKB bedoelde uitzonderingen vallen.

Artikel 36

12. Zoals hiervoor reeds is opgemerkt is de term "wetgevende verkiezingen" onduidelijk. De Raad van State ziet alvast geen reden om hier, althans voor de toepassing van dit artikel, niet ook de federale verkiezingen onder te begrijpen. Hij stelt vast dat, zoals het artikel is opgevat, enkel zendtijd wordt gegeven aan de politieke partijen die in het Vlaams Parlement zijn vertegenwoordigd door een politieke fractie. Partijen die (nog) niet (of niet meer) zijn vertegenwoordigd, of (nog) niet (of niet meer) de sterkte hebben van een fractie krijgen geen zendtijd. Het ontwerp houdt bijgevolg ook geen rekening met het eventueel bestaan van politieke partijen met een politieke vertegenwoordiging - al dan niet met de sterkte van een fractie - in het federale parlement of in het Europees Parlement. Ook lokale lijsten, ongeacht hun eventueel reeds bewezen electorale sterkte, blijven verstoken van elke zendtijd bij lokale verkiezingen. De tijd ontbreekt om te

⁽³⁷⁾ Koninklijk besluit van 22 december 2000 tot bepaling van de algemene principes van het administratief en geldelijk statuut van de rijksambtenaren die van toepassing zijn op het personeel van de diensten van de Gemeenschaps- en Gewestregeringen en van de Colleges van de Gemeenschappelijke Gemeenschapscommissie en van de Franse Gemeenschapscommissie, alsook van de publiekrechtelijke rechtspersonen die ervan afhangen.

⁽³⁸⁾ Grondwettelijk Hof, nr. 39/97, 14 juli 1997, B.8.3.

onderzoeken of al deze beperkingen stroken met de beginselen die het recht op vrije en gelijk toegankelijke verkiezingen regelen ⁽³⁹⁾.

Artikel 39

13. Artikel 39 van het ontwerp stelt dat omroepactiviteiten niet mogen aansporen tot haat.

Deze bepaling is een gedeeltelijke herneming van artikel 96, § 2, van de mediadecreten 2005. Het is ook ingegeven door artikel 3ter van de richtlijn Audiovisuele Mediadiensten.

De draagwijdte van deze bepaling is hoogst onduidelijk. In de artikelen van de mediadecreten 2005 en de richtlijn, is slechts sprake van aanzetten tot haat "op grond van ras, geslacht, godsdienst of nationaliteit". De verwijzing naar deze gronden valt weg in het thans ontworpen artikel, waardoor het toepassingsgebied ervan meer onbepaald en potentieel zeer ruim wordt. Zodanig ruim dat het onduidelijk is of deze regeling verder strekt dan de bestaande federale en regionale anti-discriminatiewetgeving, die aanzetten tot haat niet enkel verbiedt maar ook strafbaar stelt.

Zo wordt aanzetten tot haat strafbaar gesteld door artikel 20 van de wet van 30 juli 1981 ter bestraffing van bepaalde door racisme of xenofobie ingegeven daden. Het betrokken artikel stelt de aanzet tot discriminatie, haat, geweld of segregatie op basis van nationaliteit, een zogenaamd ras, huidskleur, afkomst of nationale of etnische afstamming strafbaar. Artikel 22 van de wet van 10 mei 2007 ter bestrijding van bepaalde vormen van discriminatie stelt op zijn beurt de aanzet tot discriminatie, haat, geweld of segregatie op basis van leeftijd, seksuele geaardheid, burgerlijke staat, geboorte, vermogen, geloof of levensbeschouwing, politieke overtuiging, taal, huidige of toekomstige gezondheidstoestand, een handicap, een fysieke of genetische eigenschap of, sociale afkomst strafbaar. Op 2 juli 2008 werd ook het ontwerp van decreet houdende een kader voor het Vlaamse gelijkekansen- en gelijkebehandelingsbeleid door het Vlaams Parlement

⁽³⁹⁾ Deze opmerking geldt ook voor artikel 37, § 6, van het ontwerp.

aangenomen ⁽⁴⁰⁾. Artikel 31 van dat decreet bestraft eveneens het aanzetten tot haat op grond van een van de beschermde criteria vermeld in artikel 16, § 3, van het decreet ⁽⁴¹⁾.

Het ontworpen artikel zou in het licht van deze regelgeving beter worden geschrapt. De reeds bestaande wetgeving, die duidelijk vermeldt welke criteria in aanmerking worden genomen, lijken te volstaan. Ze bieden in elk geval meer rechtszekerheid dan het voorliggende artikel, dat uitblinkt in vaagheid.

Artikel 44

14.1. Artikel 44 is een omzetting van artikel 2*bis* van de richtlijn Audiovisuele Mediadiensten.

Overeenkomstig het eerste lid van artikel 44 kan (lees: mag) de Vlaamse Regulator voor de Media de dienstenverdelers of de netwerkoperator verplichten om het doorgeven van een programma van een aanbieder van lineaire televisiediensten voorlopig te schorsen als dat een duidelijke, belangrijke en ernstige inbreuk vormt op de bepalingen van artikel 42 van het ontwerp.

14.2. De verwijzing naar het volledige artikel 42 van het ontwerp is ruimer dan wat in de richtlijn voorzien is. In de richtlijn is in de mogelijkheid tot schorsing enkel voorzien als er een "duidelijke, belangrijke en ernstige inbreuk is op artikel 22, lid 1 en 2, en/of op artikel 3". Artikel 22, lid 1 en 2, van de richtlijn heeft als equivalent enkel artikel 42, eerste en tweede lid, van het ontwerp.

Er weze eveneens op gewezen dat noch artikel 44 noch enig ander artikel van het ontwerp de referentie in artikel 2*bis* aan artikel 3*ter* van de richtlijn omzet, te weten de mogelijkheid om het doorgeven van een programma voorlopig te schorsen in

⁽⁴⁰⁾ Het decreet werd nog niet gepubliceerd in het Belgisch Staatsblad en is nog niet in werking getreden.

⁽⁴¹⁾ Die beschermde kenmerken zijn geslacht, leeftijd, seksuele geaardheid, burgerlijke staat, geboorte, vermogen, geloof of levensbeschouwing, politieke overtuiging, taal, gezondheidstoestand, handicap, fysieke of genetische eigenschap, sociale positie, nationaliteit, zogenaamd ras, huidskleur, afkomst, of nationale of etnische afstamming.

geval de programma's aanzetten tot haat op grond van ras, geslacht, godsdienst of nationaliteit.

Artikel 94

15. Het lijkt meer in overeenstemming met de bewoordingen van de richtlijn Audiovisuele Mediadiensten om te stellen dat productplaatsing verboden is, tenzij voldaan is aan de voorwaarden vermeld in deze onderafdeling.

Artikel 96

16. Artikel 96, § 1, bepaalt niet wat moet gebeuren wanneer het programma niet is geproduceerd of besteld door de aanbieder van de omroepdienst zelf.

Volgens de memorie van toelichting zal "de aanbieder van omroepdiensten (in deze andere gevallen) zelf eerst op de hoogte moeten worden gebracht van de productplaatsing door bijvoorbeeld de producent van het betrokken programma zodat de aanbieder van de omroepdienst de kijkers duidelijk kan wijzen op de aanwezigheid van productplaatsing. Dit kan doordat de aanbieders van de omroepdiensten met de producenten/leveranciers van programma's overeenkomsten afsluiten waarin voor deze plaatsten (*sic*) m.b.t. productplaatsing een meldingsplicht t.a.v. de aanbieders van omroepdiensten is opgenomen".

Een dergelijke regeling lijkt niet vereist door de richtlijn Audiovisuele Mediadiensten ⁽⁴²⁾. Indien het evenwel de bedoeling is van de wetgever om een dergelijke

⁽⁴²⁾ Artikel 30c^{ties}, lid 2, vierde alinea: "de lidstaten mogen bij wijze van afwijking afzien van de onder d) genoemde vereisten op voorwaarde dat het betrokken programma niet is geproduceerd noch besteld door de aanbieder van mediadiensten zelf of door een aan de aanbieder van mediadiensten verbonden onderneming". Overeenkomstig artikel 3, lid 1, van de richtlijn staat het de lidstaten vrij om van de onder hun bevoegdheid vallende aanbieders van mediadiensten naleving van strengere of meer gedetailleerde regels te eisen op de gebieden die door deze richtlijn worden gecoördineerd, op voorwaarde dat deze regels met het Gemeenschapsrecht stroken.

regeling in te voeren, zal dit in het decreet zelf moeten worden opgenomen omwille van de rechtszekerheid.

Artikel 125

17. Artikel 125 stelt dat de aanbieders van lineaire radiodiensten in het Nederlands moeten uitzenden. Uitzonderingen daarop kunnen worden toegestaan door de Vlaamse Regering.

Dat voorschrift 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 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.

Deze opmerking geldt eveneens ten aanzien van artikel 159, 5/, van het ontwerp die een gelijkaardige bepaling bevat voor de aanbieders van lineaire televisiediensten.

Artikel 134

18. Artikel 134 regelt erkenningsvoorwaarden voor de landelijke radio-omroeporganisaties. Blijkens artikel 134, § 2, mag de Vlaamse Regering een aanvullend kwalificatiecriterium (erkenningcriterium?) nader uitwerken dat betrekking heeft op de concrete invulling van het programma-aanbod en het zendschema van de aanvrager.

Het is de Raad van State niet duidelijk wat de laatste zin van artikel 134, § 1, nog beoogt toe te voegen aan die delegatie en of die delegatie dan nog het beginsel naleeft dat de essentiële bestanddelen van een regeling door de decreetgever zelf dienen te worden vastgesteld.

Artikel 142

19. Gelet op het reeds bij opmerking 18 gememoreerde beginsel dat de verhouding tussen de wetgevende en de uitvoerende macht regelt (artikel 20 BWHI), is het aangewezen dat in het ontwerp zelf minimaal wordt aangegeven waarop de aanvullende voorwaarden voor erkenning van lokale radio-omroeporganisaties betrekking mag hebben (vergelijk met de artikelen 134, § 2, en 137, § 2).

De Raad van State stelt ook vast - de regeling voor de landelijke en regionale radio-omroeporganisaties *a contrario* lezende - dat de Vlaamse Regering niet gemachtigd is om een weging vast te stellen voor de erkenningsvoorwaarden van lokale radio-omroeporganisaties.

Artikel 145

20. De woorden "en dit voor zover beschikbaar" kunnen voor interpretatieproblemen zorgen. Volgens de memorie van toelichting duiden deze woorden erop dat de vermelde gegevens niet altijd bestaande zijn, afhankelijk van de manier waarop de omroepdienst zijn signalen verdeelt. Voor de rechtszekerheid zou het beter zijn om te verduidelijken welke informatie steeds opgenomen moet zijn in de kennisgeving onafhankelijk van de manier waarop de signalen worden verdeeld.

Artikel 150 en 151

21. Overeenkomstig de beginselen die de verhouding tussen de wetgevende en de uitvoerende macht regelen (artikel 20 BWHI) dienen de essentiële bestanddelen van de in deze bepalingen ontworpen regeling door de decreetgever zelf vastgesteld te worden.

Artikel 173

22. De in het ontworpen artikel opgenomen verplichting rust op de dienstenverdelers die "in Vlaanderen of voor de Vlaamse bevolking" diensten op de markt brengen.

De termen "in Vlaanderen of voor de Vlaamse bevolking" lijken niet adequaat als territoriaal aanknopingspunt voor deze verplichting, gelet op hetgeen in artikel 127, § 2, van de Grondwet bepaald is over de territoriale werking van de decreten in culturele aangelegenheden.

Artikel 181

23. Deze en volgende ⁽⁴³⁾ bepalingen moeten in verband worden gebracht met de *mustcarry*-verplichting, waarin inzonderheid artikel 31 van de "universeledienstrichtlijn" voorziet.

Volgens lid 1 van dit artikel 31, "(kunnen) de lidstaten (...) ten aanzien van nader bepaalde radio- en televisieomroepnetten en -diensten aan de onder hun bevoegdheid ressorterende ondernemingen die elektronische communicatienetwerken aanbieden welke voor de distributie van radio- of televisie-uitzendingen naar het publiek worden gebruikt, redelijke doorgifteverplichtingen opleggen indien deze netwerken voor een significant aantal eindgebruikers het belangrijkste middel zijn om radio- en televisie-uitzendingen te ontvangen. Dergelijke verplichtingen worden alleen opgelegd indien zij noodzakelijk zijn om duidelijk omschreven doelstellingen van algemeen belang te verwezenlijken en moeten evenredig en transparant zijn".

⁽⁴³⁾ Artikel 181, §§ 1 en 2, lijken overbodig omdat zij slechts een aankondiging vormen van wat wordt geregeld in de artikelen 182 en 183.

Noch uit de tekst van het ontwerp, noch uit de memorie van toelichting kan worden afgeleid welke doelstelling van algemeen belang de *mustcarry*-verplichting dient ⁽⁴⁴⁾.

Uit de ontworpen bepaling, noch uit de memorie van toelichting kan voorts worden afgeleid of de verplichting transparant of evenredig is. Voor een correcte omzetting van de richtlijn dienen de criteria in het decreet opgenomen te worden.

Weliswaar bepaalt artikel 181, § 3, dat de netwerken ten minste om de drie jaar worden vastgesteld, maar het is de vraag of de bepaling door dit ene aspect te regelen, tegemoetkomt aan artikel 31, lid 1, laatste zin, van de Franse ⁽⁴⁵⁾ tekst van de "universeledienstrichtlijn" die bepaalt dat *mustcarry*-verplichtingen periodiek aan een nieuw onderzoek worden onderworpen.

24. De betrokken bepalingen die hoofdzakelijk het *mustcarry*-statuut aan omroepprogramma's van Belgische omroeporganisaties verlenen, moeten echter niet alleen worden onderzocht in het licht van artikel 31 van de "universeledienstenrichtlijn" die betrekking heeft op de verplichting van de netwerkaanbieders, maar ook, zoals het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen in arrest C-250/06 van 13 december 2007 heeft geoordeeld, in het licht van de vrijheid van dienstverrichting in de zin van artikel 49 van het EG-Verdrag. De ontworpen regeling leidt er immers toe dat de dienstverrichtingen tussen lidstaten moeilijker kunnen worden dan de dienstverrichtingen binnen de betrokken lidstaat ⁽⁴⁶⁾.

⁽⁴⁴⁾ In artikel 128, § 1, van de mediadecreten 2005 werden die doelstellingen wel degelijk opgesomd, met name "het verzekeren van pluralisme en culturele diversiteit".

⁽⁴⁵⁾ Alsook de Engelse en Duitse tekst.

⁽⁴⁶⁾ Zie HvJ. C-250/06, (Coditel e.a./Belgische Staat), 13 december 2007, punt 32-36, over een gelijkaardige regeling in het tweetalig gebied Brussel-Hoofdstad.

Het Hof van Justitie heeft uitvoerig aangegeven onder welke voorwaarden een dergelijke belemmering is gerechtvaardigd ⁽⁴⁷⁾.

Om in overeenstemming te zijn met het vrij verkeer van diensten zal in de eerste plaats moeten worden verduidelijkt wat voor de ontworpen regeling het betrokken motief van algemeen belang is.

Bovendien worden in voorliggend ontwerp de omroepprogramma's in beginsel in het decreet zelf aangewezen zonder dat er derhalve vooraf kenbare criteria zijn bepaald en zonder dat overigens in de toelichting van het ontwerp nader wordt aangegeven waarom een bepaald omroepprogramma het *mustcarry*-statuut krijgt. Er kan worden betwijfeld of de ontworpen regeling beantwoordt aan de vereisten van vrij verkeer van diensten.

Dat de mogelijkheid bestaat om de doorgifteverplichting uit te breiden tot andere omroepprogramma's, volstaat niet om deze twijfels weg te nemen. De Vlaamse Regering krijgt immers de bevoegdheid om de omschreven criteria nader te omschrijven en zelfs om "extra voorwaarden" op te leggen, zodat nog steeds geen sprake is van vooraf kenbare criteria.

Artikel 199

25. De in het tweede en derde lid voorkomende delegaties zullen alleszins niet zo ruim kunnen worden opgevat dat de Vlaamse Regering er een grond in kan vinden om de toegang tot de frequenties dermate ingrijpend in te perken dat afbreuk wordt gedaan aan het bij artikel 23 van de Grondwet gewaarborgde recht op culturele ontplooiing.

De voorwaarden die in dat verband in het derde lid worden opgesomd, voegen overigens niets toe aan de algemene verplichting van de regering om bij het uitoefening van gedelegeerde bevoegdheden het gelijkheidsbeginsel te respecteren.

⁽⁴⁷⁾ Verwezen mag worden naar de randnummers 39 tot 51 van het arrest C-205/06.

Artikel 213

26. Deze bepaling wijkt af van artikel 20 van het kaderdecreet bestuurlijk beleid. De vraag rijst of hiervoor een voldoende verantwoording bestaat in het licht van het gelijkheidsbeginsel. In tegenstelling tot voorheen behoren de magistraten voor wie de uitzondering destijds was bedoeld ⁽⁴⁸⁾, niet meer tot de raad van bestuur van de VRM.

SLOTOPMERKING

27. Aanbieders van omroepdiensten die op grond van de mediadecreten 2005 over een erkenning en een zendvergunning beschikken behouden allicht deze erkenning en vergunning voor de lopende duur ervan. Het kan evenwel geen kwaad om dit uitdrukkelijk bij de slotbepalingen te vermelden. Binnen het gegeven tijdsbestek was het voor de afdeling wetgeving niet mogelijk te onderzoeken of nog andere overgangsmaatregelen wenselijk zijn ⁽⁴⁹⁾.

⁽⁴⁸⁾ *Parl. St.* VI. Parl. 2004-05, nr. 464/1, 8.

⁽⁴⁹⁾ Zo is meer bepaald niet onderzocht kunnen worden of en in welke mate het voorliggende ontwerp, in de mate waarin het afwijkt van de vroegere wetgeving, al dan niet substitutie van rechtsgrond biedt voor de thans vigerende uitvoeringsbesluiten van de bij artikel 241 van het ontwerp opgeheven mediadecreten 2005. Het ontwerp bevat immers geen bepaling over het al dan niet voort van kracht blijven van die vroegere uitvoeringsbesluiten zolang zij niet zijn vervangen door de uitvoeringsbesluiten waarin het ontwerp voorziet.

De kamer was samengesteld uit

de Heren G. VAN HAEGENDOREN, staatsraad, voorzitter,

 B. SEUTIN,
 J. CLEMENT, staatsraden,

Mevrouw G. VERBERCKMOES, griffier.

Het verslag werd uitgebracht door de HH. B. STEEN, auditeur, en F. VANNESTE, adjunct-auditeur.

DE GRIFFIER,

DE VOORZITTER,

G. VERBERCKMOES

G. VAN HAEGENDOREN