

KONINKRIJK BELGIË

ADVIES 50.721/3
VAN 13 DECEMBER 2011

VAN DE AFDELING WETGEVING
VAN DE RAAD VAN STATE

DE RAAD VAN STATE, afdeling Wetgeving, derde kamer, op 8 december 2011 door de Minister van Cultuur, Media en Toerisme van de Duitstalige Gemeenschap verzocht haar, binnen een termijn van vijf werkdagen, van advies te dienen over een voorontwerp van decreet ‘zur Änderung der telekommunikationsrechtlichen Vorschriften des Dekretes vom 27. Juni 2005 über die audiovisuellen Mediendienste und die Kinovorstellungen’, heeft het volgende advies gegeven:

1. Volgens artikel 84, § 1, eerste lid, 2°, van de wetten op de Raad van State, gecoördineerd op 12 januari 1973, moeten in de adviesaanvraag de redenen worden opgegeven tot staving van het spoedeisende karakter ervan.

In het onderhavige geval wordt het verzoek om spoedbehandeling als volgt gemotiveerd:

“Die Dringlichkeit ist dadurch begründet, dass die Europäische Kommission am 24. November 2011 ein mit Gründen versehenes Gutachten abgegeben hat, mit dem sie Belgien letztmalig auffordert, die Umsetzung der Richtlinien 2009/136/EG und 2009/140/EG bis zum 24. Januar 2012 vorzunehmen. Eine frühere Verabschiedung des Vorentwurfs in zweiter Lesung war aufgrund der langwierigen Konzertierungsverfahren mit den anderen zuständigen Behörden unmöglich. So hat der Konzertierungsausschuss erst am 30. November 2011 über diesen Vorentwurf befundet.”

*

* *

2. Overeenkomstig artikel 84, § 3, eerste lid, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State, heeft de afdeling Wetgeving zich moeten beperken tot het onderzoek van de bevoegdheid van de steller van de handeling, van de rechtsgrond¹, alsmede van de vraag of aan de voorgeschreven vormvereisten is voldaan.

Gelet op de aard, de omvang en de moeilijkheidsgraad van het ontwerp heeft de Raad van State binnen de uiterst korte tijd die hem voor zijn advies is gelaten en tijdens welke ook over tal van andere ontwerpen aan een termijn gebonden advies diende te worden verleend, zelfs dat beperkte onderzoek niet grondig en volledig kunnen verrichten. Noodgedwongen heeft hij zich moeten beperken tot de meest in het oog springende problemen.

*

* *

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

STREKKING VAN HET VOORONTWERP

3. Het om advies voorgelegde voorontwerp van decreet strekt tot wijziging van het decreet van 27 juni 2005 over de audiovisuele mediadiensten en de filmvoorstellingen. In de eerste plaats wordt de omzetting van twee Europese richtlijnen beoogd, namelijk richtlijn 2009/136/EG² en richtlijn 2009/140/EG³.

Naar aanleiding van die wijzigingen worden bovendien de organen – in het bijzonder de organen voor geschillenbeslechting – van de *Medienrat*, de mediaregulator van de Duitstalige Gemeenschap, versterkt. Ook de bepalingen over de sancties worden gewijzigd, wat eveneens verbonden is met de correcte omzetting van de genoemde richtlijnen nu de lidstaten de verplichting hebben om de afdwinging van het Unierecht te garanderen, onder meer door het opleggen van effectieve, proportionele en ontradende sancties.

Daarnaast worden ook nog aanpassingen aangebracht met betrekking tot de regels op het gebied van *must carry*-verplichtingen, commerciële communicatie en meningsverscheidenheid.

ONDERZOEK VAN DE TEKST

Artikel 5

4. Er dient op een precieze manier te worden verduidelijkt voor welk handelen of nalaten de in het ontworpen artikel 20.0, § 4, bedoelde sancties kunnen worden opgelegd⁴.

² Richtlijn 2009/136/EG van het Europees Parlement en de Raad van 25 november 2009 tot wijziging van Richtlijn 2002/22/EG inzake de universele dienst en gebruikersrechten met betrekking tot elektronische communicatienetwerken en -diensten, Richtlijn 2002/58/EG betreffende de verwerking van persoonsgegevens en de bescherming van de persoonlijke levenssfeer in de sector elektronische communicatie en Verordening (EG) nr. 2006/2004 betreffende de samenwerking tussen de nationale instanties die verantwoordelijk zijn voor handhaving van de wetgeving inzake consumentenbescherming.

³ Richtlijn 2009/140/EG van het Europees Parlement en de Raad van 25 november 2009 tot wijziging van Richtlijn 2002/21/EG inzake een gemeenschappelijk regelgevingskader voor elektronische communicatienetwerken en -diensten, Richtlijn 2002/19/EG inzake de toegang tot en interconnectie van elektronische communicatienetwerken en bijbehorende faciliteiten, en Richtlijn 2002/20/EG betreffende de machtiging voor elektronische communicatienetwerken en -diensten.

⁴ Een loutere verwijzing naar artikel 20.0, § 1, zal daarbij niet volstaan.

Artikelen 9 en 43

5. Het ontworpen artikel 26.1 (artikel 9 van het ontwerp) strekt ertoe aan aanbieders van audiovisuele mediadiensten het recht op verplichte distributie toe te kennen wanneer aan een aantal voorwaarden is voldaan. Dat recht leidt tot een *must carry*-verplichting in hoofde van de kabelmaatschappijen waarvan de netwerken voor een significant aantal eindgebruikers het belangrijkste middel zijn om lineaire audiovisuele media te ontvangen (ontworpen artikel 81, § 1, 2° - artikel 43, 2°, van het ontwerp)

In de memorie van toelichting wordt verwezen naar het arrest van het Hof van Justitie in de zaak *United Pan-Europe Communications Belgium*⁵. In dat arrest wordt geoordeeld dat artikel 49 van het EG-Verdrag (thans artikel 56 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie) aldus moet worden uitgelegd dat het niet in de weg staat aan een regeling van een lidstaat, op grond waarvan de op het betrokken grondgebied van die staat actieve kabeldistributeurs uit hoofde van een *must carry*-verplichting de televisieprogramma's van de particuliere omroeporganisaties die onder de autoriteiten van die staat ressorteren en door deze autoriteiten zijn aangewezen, moeten uitzenden, wanneer die regeling:

- een doelstelling van algemeen belang nastreeft, zoals het behoud, uit hoofde van het cultuurbeleid van de bedoelde lidstaat, van het pluralistische karakter van het televisieprogramma-aanbod in dat gebied, en
- niet onevenredig is aan die doelstelling, waartoe de nadere regels voor de toepassing ervan het voorwerp moeten zijn van een transparante procedure die is gebaseerd op objectieve, niet-discriminerende en vooraf kenbare criteria.

Het is aannemelijk dat met de ontworpen regeling een doelstelling van algemeen belang wordt nagestreefd. Of ook aan het tweede door het Hof van Justitie gestelde criterium is voldaan, is meer voor twijfel vatbaar, nu bepaalde criteria, inzonderheid de in het ontworpen artikel 26.1, § 3, tweede lid, opgenomen criteria, ofwel moeilijk lijken te kunnen worden gekoppeld aan de nagestreefde doelstelling van algemeen belang of door buitenlandse ondernemingen zeer moeilijk te vervullen lijken te zijn.

⁵ HvJ 13 december 2007, C-250/06, § 51.

Artikel 16

6. Het ontworpen artikel 46, vierde lid (artikel 16, 2°, van het ontwerp), is een letterlijke overname van artikel 3, lid 2, tweede alinea, van richtlijn 2002/20/EG van het Europees Parlement en de Raad van 7 maart 2002 betreffende de machtiging voor elektronische communicatienetwerken en -diensten. De samenhang met de vorige leden van artikel 46 van het decreet van 27 juni 2005 is evenwel niet duidelijk, terwijl de genoemde richtlijnbevestiging ook niet zonder meer kan worden overgenomen, maar op een geëigende wijze dient te worden omgezet.

Artikelen 28 en 29

7. Indien de in het ontworpen artikel 65 en het te wijzigen artikel 66, tweede lid, tweede zin, van het decreet van 27 juni 2005 bedoelde aanbeveling van de Europese Commissie reeds is genomen, dient in die bepalingen naar die aanbeveling met haar volgnummer en opschrift te worden verwezen. Indien dit niet het geval is, wordt beter verwezen naar “de aanbeveling door de Europese Commissie genomen met toepassing van artikel 15, lid 1, van richtlijn 2002/21/EG van het Europees Parlement en de Raad van 7 maart 2002 inzake een gemeenschappelijk regelgevingskader voor elektronische communicatienetwerken en -diensten”.

Artikel 54

8. De in het ontworpen artikel 97 opgenomen opsomming is niet volledig. Zo is de in artikel 99 van het decreet van 27 juni 2005 bedoelde taak van de beslissingskamer inzake buitengerechtelijke geschillenbeslechting niet vermeld. De stellers van het ontwerp dienen het ontworpen artikel 97 op dit vlak aan een nieuw onderzoek te onderwerpen.

9. In 27° van het ontworpen artikel 97 dient het woord “administratieve” te worden ingevoegd vóór het woord “sancties” en de vermelding “afdeling 1 van” vóór het woord “titel”.

Artikel 56

10. Luidens de ontworpen eerste zin van artikel 99, eerste lid, kunnen, onverminderd de bevoegdheden van de “gewone rechterlijke instanties”, geschillen tussen consumenten en ondernemingen die elektronische communicatienetwerken of -diensten aanbieden, met betrekking

tot de voorwaarden en/of de uitvoering van de overeenkomsten over het aanbieden van zulke netwerken en/of diensten, aan de beslissingskamer worden voorgelegd.

De draagwijdte van deze geschillenbeslechting dient te worden verduidelijkt. Zo rijst de vraag of de beslissingskamer ook schadevergoeding kan opleggen, en of er na uitspraak rechtsmiddelen openstaan.

In het geval dat de beslissingskamer uitspraak zou doen over burgerlijke rechten, inzonderheid over schadevergoeding bij contractuele wanprestatie, dient, gelet op het bepaalde in artikel 144 van de Grondwet, naar luid waarvan geschillen over burgerlijke rechten bij uitsluiting tot de bevoegdheid van de rechtbanken behoren, een beroep in volle rechtsmacht mogelijk te zijn bij een rechtbank van de rechterlijke orde⁶, te dezen de rechtbank van eerste aanleg, om zo veel mogelijk aan te sluiten bij de bevoegdheidsregeling waarin het Gerechtelijk Wetboek voorziet⁷. Het is slechts op die voorwaarde dat een administratieve overheid (of een andere instantie) een rol kan spelen bij de eigenlijke beslechting van geschillen over burgerlijke rechten^{8 9}.

Artikelen 59 en 60

11. In het ontworpen artikel 103, § 2, eerste lid, laatste zin, wordt bepaald dat de Europese Commissie, BEREC¹⁰ en de nationale regelgevende instanties “slechts” over één maand tijd beschikken om de erin bedoelde opmerkingen te maken. In de ontworpen artikelen 103, § 2, derde lid, en 103.1, eerste lid, wordt nog eens aan die termijn gerefereerd. Bovendien bepaalt het ontworpen artikel 103.1, tweede lid, dat de Europese Commissie, BEREC en de beslissingskamer “nauw samenwerken om de meest geschikte en effectieve maatregel vast te stellen”.

⁶ Vergelijk, in verband met een in de wet bepaalde verplichting om een geschil over burgerlijke rechten aan een arbitraal college voor te leggen, Grondwettelijk Hof, nr. 8/2009, 15 januari 2009, B.25.2.

⁷ De decreetgever zou zulke bepaling kunnen aannemen op grond van artikel 10 van de bijzondere wet van 8 augustus 1980 tot hervorming der instellingen, op de Duitstalige Gemeenschap van overeenkomstige toepassing op grond van artikel 5 van de wet van 31 december 1983 tot hervorming der instellingen voor de Duitstalige Gemeenschap.

⁸ Zie ook in dezelfde zin, advies 49.491/3 van 27 april 2011 over een ontwerp dat geleid heeft tot de ordonnantie van 20 juli 2011 tot wijziging van de ordonnantie van 19 juli 2001 betreffende de organisatie van de elektriciteitsmarkt in het Brussels Hoofdstedelijk Gewest en van de ordonnantie van 12 december 1991 houdende oprichting van begrotingsfondsen, *Parl.St. Br. Hoofd. Parl.*, 2010-2011, nr. A-202/1.

⁹ Anders zou het slechts zijn in het geval dat de beslissingskamer enkel een bemiddelende functie zou hebben.

¹⁰ “Body of European Regulators for Electronic Communications” (“Orgaan van Europese regelgevende instanties voor elektronische communicatie”).

De decreetgever kan evenwel geen instructies geven aan de Europese Commissie, supranationale instanties of instanties van andere lidstaten. Wel zou kunnen worden bepaald dat de beslissingskamer rekening houdt met opmerkingen van de genoemde instanties voor zover ze werden uitgebracht binnen een bepaalde termijn.

De genoemde bepalingen dienen gelet op wat voorafgaat te worden herzien.

12. In de laatste zin van het ontworpen artikel 103, § 2, vijfde lid, dient voor zover die zin betrekking heeft op het “permanent” maken van de erin bedoelde voorlopige maatregelen, te worden geschreven “tot het vierde lid” in plaats van “tot het derde lid”, nu zulke beslissingen ook definitieve maatregelen zijn in de zin van het ontworpen artikel 103, § 2, vierde lid.

13. De verwijzingen naar de “kaderrichtlijn” – begrip dat niet in het decreet van 27 juni 2005 is gedefinieerd – in het ontworpen artikel 103.1, vierde en vijfde lid, dienen te worden vervangen door verwijzingen naar de betrokken richtlijn met haar volgnummer en volledige opschrift.

Artikel 70

14. Luidens het ontworpen artikel 116.2, eerste lid, behandelt de beroepsinstantie (“Beschwerdestelle”) “de bezwaren”. Het is geenszins duidelijk om welke bezwaren het gaat, te meer nu naar luid van artikel 95 van het decreet van 27 juni 2005 (met als opschrift “Bezwaren tegen de beslissingen van de beslissingskamer”) elke betrokken partij tegen de beslissingen van de beslissingskamer beroep kan aantekenen bij de Raad van State.

In de memorie van toelichting wordt vooropgesteld dat “de vervolging en de strafbaarstelling van bezwaren” van elkaar moeten worden gescheiden, zodat een “beroepsinstantie” moet worden opgericht die belast wordt met het onderzoek van de ingediende bezwaren. Ook dat maakt evenwel niet geheel duidelijk wat de juiste draagwijdte van de genoemde bepaling is.

Zowel uit de onderzoeksbevoegdheden van de “beroepsinstantie” vermeld in het ontworpen artikel 116.2, tweede lid, als uit de ontworpen artikelen 122, eerste lid, (artikel 74 van het ontwerp) en 127.2, § 1 (artikel 80 van het ontwerp), lijkt evenwel voort te vloeien dat het de bedoeling is dat die instantie instaat voor de opsporing en de vervolging van nader in het decreet

van 27 juni 2005 omschreven inbreuken, die dan door de beslissingskamer worden beoordeeld en eventueel bestraft.

Het ontworpen artikel 116.2, eerste lid, dient bijgevolg te worden herschreven in het licht van de werkelijke opdracht van de erin vermelde instantie, die ook een andere benaming zou dienen te krijgen die meer aansluit bij haar werkelijke taak.

15. Luidens het ontworpen artikel 116.2, tweede lid, 2°, kan de “beroepsinstantie” overeenkomstig de door de Regering van de Duitstalige Gemeenschap vastgestelde bepalingen, een onderzoek instellen bij de in het ontworpen artikel 116.2, tweede lid, 1°, genoemde personen. De Raad van State vestigt er de aandacht op dat deze delegatie aan de Regering er niet kan toe leiden onderzoeksbevoegdheden aan de genoemde instantie toe te kennen op het vlak van aangelegenheden die door de Grondwet aan de “wet” zijn voorbehouden, zoals de huiszoeking, of, meer algemeen, onderzoeksbevoegdheden die een weerslag kunnen hebben op fundamentele rechten. Zulke onderzoeksbevoegdheden dienen bij decreet te worden toegekend.

16. Luidens het ontworpen artikel 116.2, derde lid, gelden de processen-verbaal die de beëdigde personeelsleden van de “beroepsinstantie” opmaken, tot het tegendeel bewezen is.

Het Grondwettelijk Hof heeft erop gewezen (weliswaar in strafzaken, maar het principe kan worden doorgetrokken naar het domein van de administratieve sancties) dat zulk een regel een uitzondering vormt op de algemene regel dat een proces-verbaal geldt als een loutere inlichting, en derhalve ook op de regel van de vrije bewijslevering in strafzaken, op grond waarvan de rechter (of een andere persoon die beslist over het opleggen van sancties), naar eigen overtuiging, de bewijswaarde beoordeelt van een bepaald element, zodat het verschil in behandeling dat eruit voortvloeit op een redelijke verantwoording dient te berusten en het de rechten van de beklaagde niet op een onevenredige wijze mag beperken.¹¹

De stellers van het ontwerp dienen na te gaan of er te dezen wel degelijk een afdoende verantwoording voorhanden is voor het verlenen van een bijzondere bewijswaarde aan de genoemde processen-verbaal.

¹¹ Bijvoorbeeld Grondwettelijk Hof, nr. 40/2000, 6 april 2000, B.14; Grondwettelijk Hof, nr. 16/2001, 14 februari 2001, B.12.1. Zie ook Grondwettelijk Hof, nr. 111/2010, 14 oktober 2010, B.12.3.

Artikel 78

17. In het ontworpen artikel 127.1 dient te worden bepaald wie de erin bedoelde vordering tot staking kan instellen.

De kamer was samengesteld uit

de Heren	P. LEMMENS,	kamervoorzitter,
	J. SMETS,	
	B. SEUTIN,	staatsraden,
Mevrouw	A.-M. GOOSSENS,	griffier.

Het verslag werd uitgebracht door de Heer T. CORTHAUT, adjunct-auditeur.

DE GRIFFIER

DE VOORZITTER

A.-M. GOOSSENS

P. LEMMENS