



RAAD VAN STATE

afdeling Wetgeving

advies 52.043/3
van 9 oktober 2012

over

een voorstel van decreet 'houdende wijziging van het decreet
van 27 maart 2009 betreffende radio-omroep en televisie'
(*Parl.St.* Vl.Parl. 2011-12, nr. 1703/1)

Op 13 september 2012 is de Raad van State, afdeling Wetgeving, door de Voorzitter van het Vlaams Parlement verzocht binnen een termijn van dertig dagen een advies te verstrekken over een voorstel van decreet ‘houdende wijziging van het decreet van 27 maart 2009 betreffende radio-omroep en televisie’ (*Parl.St.* Vl.Parl. 2011-12, nr. 1703/1).

Het ontwerp is door de derde kamer onderzocht op 9 oktober 2012. De kamer was samengesteld uit Jan SMETS, staatsraad, voorzitter, Bruno SEUTIN en Jeroen VAN NIEUWENHOVE, staatsraden, Jan VELAERS en Johan PUT, assessoren, en Marleen VERSCHRAEGHEN, toegevoegd griffier.

Het verslag is uitgebracht door Tim CORTHAUT, adjunct-auditeur.

Het advies, waarvan de tekst hierna volgt, is gegeven op 9 oktober 2012.

*

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 toegespitst op het onderzoek van de bevoegdheid van de steller van de handeling, van de rechtsgrond¹, alsmede van de vraag of aan de te vervullen vormvereisten is voldaan.

*

STREKKING VAN HET VOORSTEL

2. Het voor advies voorgelegde voorstel van decreet strekt ertoe artikel 180 van het decreet van 27 maart 2009 ‘betreffende radio-omroep en televisie’ (hierna: het mediadecreet) aan te vullen met twee nieuwe verplichtingen voor de dienstenverdelers die lineaire omroepprogramma’s² aanbieden.

Enerzijds moeten deze dienstenverdelers voortaan deze lineaire omroepprogramma’s onverkort en in hun geheel doorgeven, inclusief de bijhorende diensten zoals ondertiteling, audiobeschrijving, gebarentaal en auditieve ondertiteling (voorgestelde artikel 180, eerste lid, eerste en tweede zin, van het mediadecreet).

Anderzijds mogen de voormelde dienstenverdelers met betrekking tot die lineaire omroepprogramma’s enkel functionaliteiten aanbieden indien de betrokken omroeporganisatie daarvoor voorafgaandelijk een uitdrukkelijke en bijzondere toestemming heeft verleend (voorgestelde artikel 180, eerste lid, derde zin, van het mediadecreet). Blijkens de toelichting bij het voorstel betreffen deze functionaliteiten onder meer uitgesteld kijken, signaalbedekking (*overlays*), zoekmachine-instelling, programmasuggesties, sociale media-integratie en sociale EPG³-toepassingen.

BEVOEGDHEID

3.1. De bevoegdheid van de gemeenschappen inzake radio-omroep en televisie⁴ omvat de bevoegdheid om de technische aspecten van de overdracht van omroepsignalen te regelen.⁵

De gemeenschappen zijn zowel bevoegd ten aanzien van omroeporganisaties als ten aanzien van de dienstenverdelers die programma’s, afkomstig van omroeporganisaties aanbieden. De bevoegdheid van de gemeenschappen wordt immers niet bepaald door de

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

² Lineaire omroepprogramma’s zijn door een omroeporganisatie aangeboden omroepdiensten voor het gelijktijdig beluisteren van auditieve programma’s of het gelijktijdig bekijken van audiovisuele programma’s op basis van een programmaschema (zie artikel 2, 20° en 21°, van het mediadecreet). Niet-lineaire omroepprogramma’s daarentegen kunnen door de gebruiker worden beluisterd of bekeken op zijn individuele verzoek op een door hem gekozen moment en op basis van een door de omroeporganisatie geselecteerde programmacatalogus (zie artikel 2, 23° en 24°, van het mediadecreet).

³ EPG staat voor elektronische programmagids.

⁴ Artikel 4, 6°, van de bijzondere wet van 8 augustus 1980 ‘tot hervorming der instellingen’.

⁵ GwH 25 januari 1990, nr. 7/90; GwH 7 februari 1991, nr. 1/91; GwH 6 november 2002, nr. 156/2002, B.4.2.

kenmerken van de spelers op de omroepmarkt,⁶ maar wel door de aard van de diensten die worden aangeboden aan de eindgebruikers. Indien deze diensten als omroepdiensten kunnen worden beschouwd, zijn de gemeenschappen in beginsel ten volle bevoegd. Ook indien de dienstenverdelers zelf diensten aanbieden die niet afkomstig zijn van omroeporganisaties, maar die wel als omroepdiensten kunnen worden beschouwd, zijn de gemeenschappen bevoegd ten aanzien van deze diensten.

3.2.1. De “functionaliteiten”⁷ waarvan gewag wordt gemaakt in het voorgestelde artikel 180, eerste lid, derde zin, van het mediadecreet, worden in de toelichting bij het voorstel nader omschreven als “het uitgesteld kijken, de signaalbedekking (‘overlays’), de zoekmachine-instelling, de programmasuggesties, de sociale media-integratie, de sociale EPG-toepassingen [...] en dergelijke meer”.⁸ Dergelijke “functionaliteiten” of diensten kunnen als omroepdiensten worden gekwalificeerd indien ze vanuit het oogpunt van degene die ze aanbiedt, bestemd zijn voor het publiek in het algemeen of voor een deel ervan en indien ze geen vertrouwelijk karakter hebben, zelfs wanneer ze op individueel verzoek worden aangeboden. De techniek die voor de aanbidding van die diensten wordt gebruikt, is voor die kwalificatie niet relevant, ook al wordt de dienst aan een geïndividualiseerde ontvanger bezorgd (*point-to-point*). Indien de dienst geïndividualiseerde en door een vorm van vertrouwelijkheid gekenmerkte informatie betreft, kan ze niet als een omroepdienst worden beschouwd.⁹

Zoals de in het voorstel van decreet bedoelde “functionaliteiten” in de toelichting worden omschreven, kunnen ze worden ingepast in de notie van omroepdiensten. Een aantal voorbeelden lijken weliswaar geïndividualiseerde informatie te betreffen (zoals bijvoorbeeld het geval kan zijn voor programmasuggesties), maar er zijn geen aanwijzingen dat ze daarenboven betrekking hebben op informatie met een vertrouwelijk karakter. Hieruit volgt dat het voorgestelde artikel 180, eerste lid, derde zin, van het mediadecreet tot de bevoegdheid van de gemeenschappen kan worden gerekend.

3.2.2. De verplichting die bij het voorgestelde artikel 180, eerste lid, eerste en tweede zin, van het mediadecreet wordt opgelegd aan de dienstenverdelers om lineaire omroepprogramma’s onverkort en in hun geheel door te geven, inclusief de bijhorende diensten, valt eveneens onder de gemeenschapsbevoegdheid. Lineaire omroepprogramma’s zijn immers audiovisuele of auditieve programma’s die zonder enige twijfel beschouwd moeten worden als omroepdiensten. De verplichting om deze programma’s onverkort en in hun geheel door te geven bestaat overigens reeds voor de lineaire omroepprogramma’s met een zgn. *must carry*-statuut¹⁰ en

⁶ GwH 6 november 2002, nr. 156/2002, B.4.2: “De gemeenschappen zijn bevoegd om het statuut van de diensten voor radio-omroep en televisie te bepalen en om regels uit te vaardigen inzake de programmatie en verdeling van de uitzendingen. Die bevoegdheid is niet gebonden aan een wijze van uitzenden of overbrengen”.

⁷ Terzijde kan wel worden opgemerkt dat de voorgestelde regeling aan duidelijkheid zou winnen indien een onderscheid zou worden gemaakt tussen de bijhorende diensten bij de lineaire omroepprogramma’s die afkomstig zijn van de omroeporganisatie (zie het voorgestelde artikel 180, eerste lid, tweede zin, van het mediadecreet) en de bijhorende diensten bij de lineaire omroepprogramma’s die afkomstig zijn van de dienstenverdelers. De laatstgenoemde diensten komen dan in de plaats van de vanuit taalkundig oogpunt wat ongelukkige term “functionaliteiten” bedoeld in het voorgestelde artikel 180, eerste lid, derde zin, van het mediadecreet.

⁸ *Parl.St.* VI.Parl. 2011-12, nr. 1703/1, blz. 2.

⁹ GwH 6 november 2002, nr. 156/2002, B.4.2 en B.4.4; GwH 13 juli 2005, nr. 128/2005, B.7.2.

¹⁰ Zie de artikelen 185 en 186 van het mediadecreet.

wordt door de voorgestelde regeling enkel veralgemeend tot alle lineaire omroepprogramma's, ongeacht de omroeporganisatie.

4. De voorgestelde regeling heeft als doel aan de omroeporganisaties de waarborg te bieden dat hun lineaire omroepprogramma's onverkort en in hun geheel worden doorgegeven tot bij de eindgebruikers en dat dienstenverdelers geen diensten toevoegen aan deze programma's zonder de toestemming van de betrokken omroeporganisaties. De auteurs van het voorstel van decreet willen aldus "de redactionele autonomie en controle van de betrokken omroeporganisaties" vrijwaren, evenals de "waarborgen die het Mediadecreet aan de eindgebruikers wil verlenen"¹¹.

Het gegeven dat de betrokken lineaire omroepprogramma's eventueel het voorwerp uitmaken van contractuele rechten of van intellectuele rechten, doet geen afbreuk aan de zo-even geschetste doelstelling, die volledig kan worden ingepast in de gemeenschapsbevoegdheid inzake radio-omroep en televisie.¹² De voorgestelde regeling laat eventuele aanspraken die gebaseerd zijn op contractuele rechten of intellectuele rechten in hoofde van de omroeporganisaties of van derden immers onverlet. Indien dergelijke rechten bijkomende beperkingen inhouden in vergelijking met de verplichtingen die de dienstenverleners ingevolge de voorgestelde regeling moeten ondergaan, gelden die bijkomende beperkingen onverkort. Indien dergelijke rechten daarentegen minder ver reiken, valt evenmin in te zien hoe de voorgestelde regeling aan die rechten afbreuk kan doen.

Uit het voorgaande kan tevens worden afgeleid dat, zo men al zou moeten aannemen dat de voorgestelde regeling onrechtstreekse gevolgen zou hebben voor de federale residuaire bevoegdheid inzake burgerlijk recht en voor de federale voorbehouden bevoegdheid inzake intellectuele eigendom (artikel 6, § 1, VI, vijfde lid, 7°, van de bijzondere wet van 8 augustus 1980), hieruit niet kan worden afgeleid dat de decreetgever zijn bevoegdheid overschrijdt. Het komt hem immers toe de maatregelen te nemen die hij nuttig acht met het oog op de zo-even geschetste doelstellingen,¹³ terwijl niet blijkt dat er zelfs een beduidende impact voorligt op bevoegdheden van de federale overheid. Er anders over oordelen zou tot gevolg hebben dat de voormelde federale bevoegdheden dermate ruim worden geïnterpreteerd dat ze een zinvolle uitoefening van de gemeenschapsbevoegdheden inzake radio-omroep en televisie onevenredig bemoeilijken.

Het verdient wel aanbeveling om in de memorie van toelichting de bevoegdheidsrechtelijke context van de voorgestelde regeling te situeren.

¹¹ *Parl.St.* VI.Parl. 2011-12, nr. 1703/1, blz. 3.

¹² Vgl. GwH 25 november 1999, nr. 124/99, B.3.

¹³ Op grond van artikel 4, 6°, van de bijzondere wet van 8 augustus 1980 komt alleen de bevoegdheid inzake 'het uitzenden van mededelingen van de Nationale Regering' niet toe aan de gemeenschappen.

ALGEMENE OPMERKING

5.1. De verplichting die bij het voorgestelde artikel 180, eerste lid, eerste en tweede zin, van het mediadecreet wordt opgelegd aan de dienstenverdelers om lineaire omroepprogramma's onverkort en in hun geheel door te geven houdt weliswaar een zekere beperking in van het vrij verkeer van diensten, maar die beperking lijkt niet problematisch¹⁴. Anders is het voor de bepaling in de voorgestelde regeling die inhoudt dat de dienstenverdelers met betrekking tot die lineaire omroepprogramma's enkel functionaliteiten mogen aanbieden indien de betrokken omroeporganisatie daarvoor voorafgaandelijk een uitdrukkelijke en bijzondere toestemming heeft verleend (voorgestelde artikel 180, eerste lid, derde zin, van het mediadecreet). Deze voorgestelde bepaling houdt immers op het eerste gezicht een belangrijke beperking in aan het vrij verkeer van diensten in hoofde van de dienstenverdelers, en ook voor dienstenverdelers die vanuit een Europese lidstaat hun diensten aanbieden via een netwerk dat onder de bevoegdheid van de Vlaamse Gemeenschap valt.

Enerzijds wordt een buitenlandse dienstenverdelers door de voorgestelde regeling verplicht om vooraf de toestemming te verkrijgen van alle omroeporganisaties waarvan hij lineaire omroepprogramma's aanbiedt, ook de omroeporganisaties die niet onder de bevoegdheid van de Vlaamse Gemeenschap vallen, vooraleer hij de functionaliteiten die hij per hypothese al in zijn lidstaat van oorsprong heeft ontwikkeld, mag aanbieden in de Vlaamse Gemeenschap. Een weigering van één of meer omroeporganisaties van hun toestemming, om welke reden ook, heeft tot gevolg dat die dienstenverdeling mogelijkwijze belangrijke technische wijzigingen in zijn functionaliteiten moeten aanbrengen, of die functionaliteiten minstens moeten differentiëren naargelang er al dan niet een toestemming werd bekomen van de betrokken omroeporganisaties¹⁵.

Anderzijds wordt bij de voorgestelde regeling de toegang tot de markt van buitenlandse dienstverleners met innovatieve functionaliteiten beperkt doordat die innovatieve functionaliteiten door de omroeporganisaties kunnen worden geweerd, terwijl de dienstverlener zich juist door de meerwaarde van die innovatieve functionaliteiten van zijn concurrenten kan onderscheiden.¹⁶

¹⁴ Deze niet-discriminatoire maatregel kan worden gerechtvaardigd op grond van dwingende redenen van algemeen belang, onder meer omdat de omroeporganisaties enkel zullen investeren in bijkomende diensten indien er zekerheid is dat die bijkomende diensten, waarvan sommige een belangrijke emancipatorische rol hebben, ook effectief worden doorgegeven. In dat verband vereist artikel 7 van richtlijn 2010/13/EU van het Europees Parlement en de Raad van 22 mei 2010 'betreffende de coördinatie van bepaalde wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen in de lidstaten inzake het aanbieden van audiovisuele mediadiensten' dat de lidstaten de onder hun bevoegdheid vallende aanbieders van audiovisuele mediadiensten aansporen om er voor te zorgen dat hun diensten gefaseerd toegankelijk worden voor personen met een visuele of auditieve handicap. Het is dan ook niet onredelijk om die verplichting, die al bestaat voor lineaire omroepprogramma's met een zgn. *must carry* statuut (artikelen 185 en 186 mediadecreet), uit te breiden tot alle lineaire omroepprogramma's.

¹⁵ HvJ 4 oktober 2011, gevoegde zaken C-403/08 en C-429/08 *Football Association Premier League*, Jur. 2011, I-0000, § 85: "Artikel 56 VWEU vereist de opheffing van iedere beperking van de vrijheid van dienstverrichting die inhoudt dat de werkzaamheden van de dienstverrichter die in een andere lidstaat is gevestigd en aldaar rechtmatig soortgelijke diensten verricht, worden verboden of belemmerd of minder aantrekkelijk worden gemaakt, ook indien deze beperking zonder onderscheid geldt voor binnenlandse dienstverrichters en dienstverrichters uit andere lidstaten."

¹⁶ Vgl. HvJ 5 oktober 2004, zaak C-442/02, *CaixaBank France*, Jur. 2004, I-8961.

5.2.1. Een niet-discriminerende beperking aan het vrij verkeer van diensten kan worden gerechtvaardigd om dwingende redenen van algemeen belang, op voorwaarde dat de maatregel daarenboven geschikt is en proportioneel met de bescherming van dat belang. Die dwingende redenen van algemeen belang mogen evenwel geen louter economisch belang omvatten.

5.2.2. In de toelichting bij het voorstel van decreet wordt in dat verband in de eerste plaats betoogd dat het voorstel “de eindgebruiker de waarborg [verleent] dat hij/zij het lineaire omroepprogramma dat onder een welbepaald merk of welbepaalde titel wordt aangeboden en waarop hij/zij bewust afstemt, kan bekijken zoals dat initieel door de omroeporganisatie op basis van haar programmaschema is bedoeld (vergelijk de ‘herkomstfunctie’ van het merk van het omroepprogramma)”¹⁷. Die argumentatie lijkt echter veeleer pertinent voor de verplichting die bij het voorgestelde artikel 180, eerste lid, eerste en tweede zin, van het mediadecreet wordt opgelegd aan de dienstenverdelers om lineaire omroepprogramma’s onverkort en in hun geheel door te geven, dan voor de verplichting voor de dienstenverdelers in het voorgestelde artikel 180, eerste lid, derde zin, van het mediadecreet, om voor elke door hen aangeboden functionaliteit bij deze programma’s de toestemming te bekomen van de omroeporganisaties. Het valt bovendien allerm minst uit te sluiten dat op zijn minst sommige van deze functionaliteiten geen enkel verband vertonen met de inhoud van deze programma’s en geen twijfel doen ontstaan over de oorsprong ervan, in welk geval de toestemming van de omroeporganisaties niet noodzakelijk is om de zo-even geschetste doelstelling te bereiken.

5.2.3. Voorts wordt in de toelichting geargumenteed dat het voorstel “de eindgebruiker de waarborg [verleent] dat het lineaire omroepprogramma dat hij/zij aldus bekijkt en dat door de omroeporganisatie onder haar redactionele verantwoordelijkheid is samengesteld, het Mediadecreet naleeft”. Daarbij wordt verwezen naar “het soms broze evenwicht dat de Vlaamse wetgever tussen alle rechtmatige belangen van alle betrokkenen (niet alleen de omroepen, de dienstenverdelers en de netwerkoperatoren, maar ook het publiek, waaronder de minderjarigen) heeft gezocht”.¹⁸ Ook al kunnen beperkingen ter bescherming van minderjarigen wel in aanmerking worden genomen als een doelstelling van algemeen belang,¹⁹ toch is het hoogst twijfelachtig of die beperkingen zonder meer relevant zijn voor alle functionaliteiten die een dienstenverlener wenst aan te bieden. Het is immers best denkbaar dat sommige functionaliteit louter informatief zijn of als dusdanig geen inhoud bevatten die de belangen van minderjarigen of zelfs van het publiek in het algemeen in het gedrang kunnen brengen.

5.2.4. Ten slotte wordt in de toelichting gesteld dat aan de eindgebruiker de waarborg wordt verleend “dat er een kwalitatief programma-aanbod blijft bestaan dat hem/haar bovendien gratis blijft worden aangeboden”, dat “de creatie van Nederlandstalige producties [moet worden aangemoedigd] en bijgevolg de werkgelegenheid in de creatieve sector in Vlaanderen veilig [worden gesteld]”. Er wordt ook verwezen naar artikel 185, § 1, tweede lid, van het

¹⁷ Parl.St. VI.Parl. 2011-12, nr. 1703/1, blz. 2.

¹⁸ Ibid.

¹⁹ HvJ 14 februari 2008, zaak C-244/06, *Dynamic Medien Vertriebs GmbH*, Jur. 2008, I-505, §§ 39 e.v.

Mediadecreet, waarbij het pluralisme en de culturele diversiteit in het aanbod van omroepdiensten wordt gewaarborgd.²⁰

Het waarborgen van een kwalitatief programma-aanbod en het beschermen van het pluralisme van de media kunnen op zich wel beschouwd worden als dwingende redenen van algemeen belang die een beperking van het vrij verkeer van diensten kunnen verantwoorden.²¹ Er blijkt evenwel niet dat de voorgestelde regeling daartoe beperkt is. Bovendien betreft het stimuleren van Nederlandstalige producties en van werkgelegenheid in Vlaanderen louter economische belangen, die te dezen niet als rechtvaardiging kunnen worden ingeroepen. Voorts wordt niet uiteengezet hoe de functionaliteiten die de dienstenverdelers zouden kunnen aanbieden, het pluralisme en de culturele diversiteit in het aanbod van omroepdiensten zouden aantasten. Het valt ook niet in te zien hoe de toestemming die blijkens de voorgestelde regeling ook door buitenlandse omroeporganisaties zou moeten worden verleend, kan bijdragen tot de zo-even geschetste doelstellingen.

5.3. Ook indien bepaalde aspecten van de aangevoerde rechtvaardigingsgronden toch een dwingende reden van algemeen belang zouden kunnen vormen, moet worden onderzocht of de maatregel wel geschikt is voor het doel.

De beoogde doelstellingen ter bescherming van het publiek lijken ook te kunnen worden gerealiseerd zonder dat daartoe een algemeen en absoluut vereiste van instemming door de omroeporganisaties vereist is. Minstens zou een onderscheid kunnen worden gemaakt tussen functionaliteiten waarvan vaststaat dat zij interfereren met de inhoud van de betrokken programma's en dat zij het pluralisme en de culturele diversiteit in het aanbod van omroepdiensten aantasten, enerzijds, en de andere functionaliteiten anderzijds. Voorts kan niet worden toegelaten dat een omroeporganisatie de vereiste toestemming zou weigeren om louter economische motieven die geen verband houden met de zo-even aangehaalde doelstelling. Ten slotte is het mogelijk dat bepaalde functionaliteiten, zoals het uitgesteld kijken, ook door de eindgebruiker met eigen apparatuur kunnen worden bereikt, zodat de voorgestelde regeling op dat punt alvast niet doelmatig is.

5.4. Uit het voorgaande blijkt dat het voorgestelde artikel 180, eerste lid, derde zin, van het mediadecreet, dat inhoudt dat de dienstenverdelers met betrekking tot lineaire omroepprogramma's enkel functionaliteiten mogen aanbieden indien de betrokken omroeporganisatie daarvoor voorafgaandelijk een uitdrukkelijke en bijzondere toestemming heeft verleend, een disproportionele maatregel is en een niet-gerechtvaardigde beperking inhoudt van het vrij verkeer van diensten.

Bovendien staat de voorgestelde bepaling om gelijkaardige redenen op gespannen voet met de bij artikel 16 van het Handvest van de Grondrechten gewaarborgde vrijheid van ondernemen van de dienstenverdelers, aangezien de rechten van de dienstenverleners niet op

²⁰ *Parl.St.* VI.Parl. 2011-12, nr. 1703/1, blz. 2.

²¹ HvJ 25 juli 1991, zaak C-288/89, *Stichting Collectieve Antennevoorziening Gouda*, *Jur.* 1991, I-4007, § 23. Zie ook, in de context van geschreven media, HvJ 26 juni 1997, zaak C-368/95, *Vereinigte Familiapress Zeitungsverlags- und vertriebs GmbH*, *Jur.* 1997, I-3689, § 26, met verwijzing naar EHRM 24 november 1993, *Informationsverein Lentia e.a. t. Oostenrijk*.

voldoende zorgvuldige wijze lijken te zijn afgewogen ten opzichte van de rechten van de omroeporganisaties.²²

Om die reden ziet de Raad van State, afdeling Wetgeving, af van het verder onderzoek van de voorgestelde regeling.

DE GRIFFIER

DE VOORZITTER

Marleen VERSCHRAEGHEN

Jan SMETS

²² Vgl. HvJ 24 november 2011, zaak C-70/10, *Scarlet Extended s.a.*, § 46 e.v. en HvJ 16 februari 2012, zaak C-360/10, *Belgische Vereniging van Auteurs, Componisten en Uitgevers cvba (SABAM)*, § 47.