



RAAD VAN STATE

afdeling Wetgeving

advies 52.364/3
van 4 december 2012

over

een ontwerp van besluit van de Vlaamse Regering ‘betreffende de vastlegging van een tijdspad en quota voor het toegankelijk maken van omroepprogramma’s en betreffende het verstrekken van subsidies ter uitvoering van artikel 151 van het decreet van 27 maart 2009 betreffende radio-omroep en televisie’

Op 12 november 2012 is de Raad van State, afdeling Wetgeving, door de Vlaamse minister van Innovatie, Overheidsinvesteringen, Media en Armoedebestrijding verzocht binnen een termijn van dertig dagen, een advies te verstrekken over een ontwerp van besluit van de Vlaamse Regering ‘betreffende de vastlegging van een tijdspad en quota voor het toegankelijk maken van omroepprogramma's en betreffende het verstrekken van subsidies ter uitvoering van artikel 151 van het decreet van 27 maart 2009 betreffende radio-omroep en televisie’.

Het ontwerp is door de derde kamer onderzocht op 4 december 2012. De kamer was samengesteld uit Jo BAERT, kamervoorzitter, Jan SMETS en Bruno SEUTIN, 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 4 december 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 rechtsgrond, alsmede van de vraag of aan de te vervullen vormvereisten is voldaan.

*

STREKKING VAN HET ONTWERP

2. Het om advies voorgelegde ontwerp van besluit van de Vlaamse Regering strekt er in de eerste plaats toe om verplichtingen op te leggen aan de private televisieomroeporganisaties, wat de toegankelijkheid van hun omroepprogramma's voor personen met een visuele of auditieve handicap betreft. Die verplichtingen nemen toe naarmate het marktaandeel van het omroepprogramma groter is en ook met de tijd (artikelen 2 tot 4).

3. In de tweede plaats – maar volgens de stellers van het ontwerp staat dit luik van het ontwerp los van het eerste luik dat de artikelen 2 tot 4 bevat –¹ wordt er een subsidiestelsel ingevoerd ten voordele van particuliere televisieomroeporganisaties – dit zijn zowel de private als de regionale omroeporganisaties –, voor het toegankelijk maken van televisieprogramma's door middel van audiobeschrijving, auditieve ondertiteling, ondertiteling en Vlaamse Gebarentaal (artikelen 5 tot 13).

RECHTSGROND

4. De rechtsgrond voor het ontworpen besluit wordt gezocht in de artikelen 151, 185 en 186 van het decreet van 27 maart 2009 'betreffende radio-omroep en televisie' (hierna: het Mediadecreet).

5. Artikel 151, § 4, van het Mediadecreet bepaalt dat de Vlaamse Regering een tijdspad en quota oplegt voor "andere ondertiteling dan vermeld in paragraaf 2 en 3", audiobeschrijving, gebarentaal en auditieve ondertiteling. Die bepaling biedt rechtsgrond voor de artikelen 2 tot 4 van het ontwerp.

6. Artikel 151, § 5, van het Mediadecreet vormt de rechtsgrond voor het invoeren van de subsidieregeling. Op grond van die bepaling verstrekt de Vlaamse Regering subsidies voor elke techniek om televisiediensten toegankelijk te maken en legt ze daarvoor criteria vast.

7. De artikelen 185 en 186 van het Mediadecreet hebben betrekking op de dienstenverdelers. Alhoewel die artikelen ook verplichtingen bevatten met betrekking tot het doorgeven, door dienstenverdelers die gebruikmaken van netwerken die voor een significant aantal eindgebruikers het belangrijkste middel zijn om omroepprogramma's te ontvangen, van de *must carry*-zenders en de bijbehorende diensten – ondertiteling, audiobeschrijving, gebarentaal en

¹ Zie de considerans in de aanhef van het ontwerp.

auditieve ondertiteling –, heeft het ontwerp daarop geen betrekking. Die bepalingen worden dus ten onrechte aangehaald als rechtsgrond voor het ontwerpbesluit.

8. In het tweede lid van de aanhef moet bijgevolg niet worden verwezen naar de artikelen 185 en 186 van het Mediadecreet, en kan de verwijzing naar artikel 151 worden beperkt tot de vermelding van de paragrafen 4 en 5 ervan.

VOORAFGAANDE VORMVEREISTEN

9. De stellers van het ontwerp argumenteren dat het ontwerp voldoet aan de voorwaarden voor de toepassing van besluit 2012/21/EU², zodat het zou zijn vrijgesteld van de in artikel 108, lid 3, van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (hierna: VWEU) neergelegde aanmeldingsverplichting.

10. De stellers van het ontwerp benadrukken het feit dat de verplichtingen opgelegd in de artikelen 2, 3 en 4 los staan van de subsidies die op grond van de artikelen 5 tot 13 worden verleend. Net dat maakt een beroep op de vrijstellingsregeling van besluit 2012/21/EU problematisch.

11. Besluit 2012/21/EU is een uitvloeisel van het arrest *Altmark*³, waarin de vraag aan de orde was hoe een onderneming kan worden vergoed door de overheid voor het uitvoeren van bepaalde openbardienstverplichtingen zonder dat dit aanleiding geeft tot staatssteun, die vooraf moet worden aangemeld,⁴ en verboden is tenzij de steun vrijgesteld is of door de Europese Commissie verenigbaar is verklaard met de interne markt.⁵ Het Hof van Justitie van de Europese Unie stelde daarvoor vier intussen klassiek geworden voorwaarden:

- in de eerste plaats moet de begunstigde onderneming daadwerkelijk belast zijn geweest met de uitvoering van openbardienstverplichtingen en moeten die verplichtingen duidelijk zijn afgebakend;
- in de tweede plaats moeten de parameters op basis waarvan de compensatie wordt berekend, vooraf op objectieve en doorzichtige wijze zijn vastgesteld;
- in de derde plaats mag de compensatie niet hoger zijn dan nodig is om de kosten van de uitvoering van openbardienstverplichtingen geheel of gedeeltelijk te dekken, rekening houdend met de opbrengsten alsmede met een redelijke winst uit de uitvoering van die verplichtingen;

² Besluit 2012/21/EU van de Commissie van 20 december 2011 ‘betreffende de toepassing van artikel 106, lid 2, van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie op staatssteun in de vorm van compensatie voor de openbare dienst, verleend aan bepaalde met het beheer van diensten van algemeen economisch belang belaste ondernemingen’, *PB* 2012 L 7/3.

³ HvJ 24 juli 2003, C-280/00, *Altmark Trans GmbH en Regierungspräsidium Magdeburg v. Nahverkehrsgesellschaft Altmark GmbH*.

⁴ Artikel 108, lid 3 VWEU.

⁵ Artikel 107 VWEU.

- in de vierde plaats moet, wanneer de met de uitvoering van openbardienstverplichtingen te belasten onderneming in een concreet geval niet wordt gekozen in het kader van een openbare aanbesteding, de noodzakelijke compensatie worden vastgesteld aan de hand van de kosten die een gemiddelde, goed beheerde onderneming, die zodanig is uitgerust dat zij aan de vereisten van de openbare dienst kan voldoen, zou hebben gemaakt om deze verplichtingen uit te voeren, rekening houdend met de opbrengsten alsmede met een redelijke winst uit de uitoefening van deze verplichtingen.

Na het arrest bleken er plots heel veel regelingen te bestaan die potentieel als staatssteun konden worden aangemerkt, met alle gevolgen vandieen voor zowel de lidstaten als de Europese Commissie. Het besluit 2012/21/EU stelt de minder omvangrijke staatssteundossiers uit die categorie daarom vrij van aanmelding, op voorwaarde dat ze in essentie aan de voorwaarden beantwoorden uitgewerkt in de artikelen 4 en 5 van het besluit 2012/21/EU.

De essentie van de regeling is dat de overheid een onderneming belast met een specifieke, welomschreven openbardienstverplichting, en dat een onderneming op een transparante wijze voor het vervullen van die taak vergoedt, op een manier waarbij overcompensatie wordt vermeden. Opdat een steunregeling onder de vrijstelling zou vallen, moet ze dan ook een duidelijke openbardienstverplichting bevatten, en een daarmee verband houdende compensatieregeling.

12. Het voorliggende ontwerp voldoet niet aan dat beeld, omdat – zoals in de aanhef wordt benadrukt – er geen verband bestaat tussen, enerzijds, de artikelen 2 tot 4 en, anderzijds, de artikelen 5 tot 13 van het ontwerp.

In de eerste plaats worden er geen openbardienstverplichtingen opgelegd aan de ondernemingen die steun ontvangen. Of preciezer: de verplichtingen die bij artikel 151 van het Mediadecreet en de artikelen 2 tot 4 van het ontwerp worden opgelegd aan de private televisieomroeporganisaties zouden misschien wel als openbardienstverplichtingen kunnen worden aangemerkt voor de toepassing van besluit 2012/21/EU, op voorwaarde dat ze verband houden met de elementen die aanleiding geven tot subsidiëring. Dat is niet het geval.

Enerzijds moet worden opgemerkt dat de ontworpen regeling uitgaat van projectfinanciering. Dat heeft als gevolg dat de particuliere omroeporganisaties niet worden vergoed voor het vervullen van specifiek omschreven verplichtingen, maar één of meer aanvragen kunnen indienen om subsidies te krijgen voor projecten die met het verhogen van de toegankelijkheid te maken hebben. Uiteraard heeft een onderneming er belang bij om (ook) projecten in te dienen die verband houden met de opgelegde verplichtingen. Maar de subsidie wordt niet toegekend om die verplichtingen beter te kunnen nakomen. Een steunregeling die werkelijk zou vergoeden voor het nakomen van een openbardienstverplichting, zou veeleer een vergoeding geven per uur ondertiteling, audiobeschrijving, auditieve ondertiteling of Vlaamse Gebarentaal, volgens gedifferentieerde tarieven die rekening houden met de verschillende kosten die aan elk van die toegankelijkheidstechnieken zijn verbonden.

Anderzijds is het zo dat projecten kunnen worden gesubsidieerd die losstaan van de aan de omroep opgelegde verplichtingen. Zo is het bijvoorbeeld denkbaar dat een private

televisieomroeporganisatie met een marktaandeel van 12%, toch een project zou indienen voor auditieve ondertiteling, alhoewel zij op dit vlak geen verplichtingen heeft.

In de tweede plaats moet worden opgemerkt dat ook ondernemingen die geen steun ontvangen, onderworpen zijn aan de verplichtingen.

13. Gelet op het niet voor handen zijn van een uitdrukkelijke link tussen een welomlijnde openbaredienstverplichting en de daar tegenoverstaande compensatie, valt dit ontwerp buiten de vrijstellingsregeling van besluit 2012/21/EU, zodat het ontworpen besluit in zijn huidige vorm op de klassieke wijze zal moeten worden aangemeld, en door de Europese Commissie beoordeeld zal moeten worden op basis van de normale criteria voor staatssteun.

ONDERZOEK VAN DE TEKST

Artikelen 2 tot 4

14. De stellers van het ontwerp hebben beoogd te vermijden dat omroeporganisaties die na verloop van tijd een kleiner marktaandeel hebben, aan alle verplichtingen zouden kunnen ontsnappen. Tezelfdertijd zou het de bedoeling zijn dat bij een verlies aan marktaandeel wel de minder strenge verplichtingen van toepassing zouden worden. Daartoe worden de artikelen 2, 3 en 4 telkens ingeleid met de woorden “Met behoud van de toepassing van [de overige 2 artikelen]”. Het resultaat van die formulering schiet echter zijn doel voorbij.

In het artikel 2 wordt bepaald dat uit het bereiken van de drempel volgt dat een private televisieomroeporganisatie uiterlijk twaalf maanden na het kalenderjaar waarin zij het vooropgestelde marktaandeel heeft behaald, bepaalde verplichtingen moet nakomen. Uit het enkele feit van de jaarlijkse evaluatie van het marktaandeel volgt echter niet dat die verplichting weer verdwijnt indien het marktaandeel onder 30% zakt.

In het geval van de artikelen 3 en 4 leidt de formulering er toe dat eens een zender de kaap van de 15% marktaandeel heeft gerond, er gedurende vier jaar oplopende verplichtingen gelden volgens de regeling opgenomen in artikel 3. De verplichtingen worden immers stelselmatig opgebouwd “uiterlijk [12, 24, 36 of 48] maanden na dat kalenderjaar”. Zelfs indien men het jaar nadien weer onder die drempel zakt, lopen die verplichtingen nog door, maar begint wel na afloop van dat kalenderjaar een nieuw traject van achtenveertig maanden te lopen volgens de regels opgenomen in artikel 4. Alleen moet men – althans volgens de formulering van het ontwerp – op dat ogenblik ook nog aan de verplichtingen voldoen voor de resterende drie jaren van het traject onder artikel 3, die beduidend strenger zijn.

Omdat dit niet de bedoeling is, moeten de betrokken bepalingen van het ontwerp worden herschreven. Hoe dat moet gebeuren, is een zaak voor de stellers van het ontwerp aangezien er verschillende manieren denkbaar zijn om de overstap van het ene traject naar het andere te regelen.

15. In dit verband dient ook nog op het volgende te worden gewezen. De categorieën bedoeld in de artikelen 2, 3 en 4 sluiten niet naadloos op mekaar aan. Een private

omroeporganisatie die een marktaandeel haalt van 29,5%, valt bijvoorbeeld noch onder de regeling van artikel 3 (“een marktaandeel hebben van 15% tot en met 29%”), noch onder die van artikel 2 (“een marktaandeel hebben van 30% of meer”). Dat dient te worden verholpen, bijvoorbeeld door in artikel 3 te schrijven “een marktaandeel hebben van minstens 15%, maar minder dan 30%” en in artikel 4 “een marktaandeel hebben van minstens 5%, maar minder dan 15%”.

16. Het laatste lid van de artikelen 2 tot 4 bepaalt telkens dat het Departement Cultuur, Jeugd, Sport en Media jaarlijks het marktaandeel van het voorgaande kalenderjaar evalueert. Hoe die evaluatie dient te gebeuren – bijvoorbeeld al dan niet met een inbreng van de betrokken omroeporganisatie – en wat daarvan het resultaat zal of kan zijn, wordt niet bepaald. Ook is niet duidelijk hoe die bepaling – een regel opgenomen in een besluit van de Vlaamse Regering, en dus ondergeschikt aan het Mediadecreet – zich verhoudt tot artikel 218 van het Mediadecreet, dat bepaalt dat de Vlaamse Regulator voor de Media (hierna: VRM) als missie onder meer de handhaving van de mediaregelgeving binnen de Vlaamse Gemeenschap heeft (artikel 218, § 1), en de algemene kamer van de VRM belast met “het toezicht op de naleving van en de beteugeling van de inbreuken op de bepalingen van dit decreet en zijn uitvoeringsbesluiten” (idem, § 2, eerste lid, 1°). Aangezien de algemene kamer van de VRM krachtens artikel 218, § 2, tweede lid, van het Mediadecreet volledig autonoom handelt bij de uitoefening van haar bevoegdheden, lijkt die evaluatie niet méér te kunnen zijn dan een element dat ter informatie aan de VRM wordt bezorgd.

Artikel 8

17. In artikel 8 van het ontwerp wordt verwezen naar “de datum vermeld in artikel 6”. Wellicht is daarmee de datum van 1 december bedoeld, maar het zou net zo goed om de datum van indiening van de aanvraag voor subsidies kunnen gaan. Ter wille van de rechtszekerheid zou dit element moeten worden gepreciseerd in de tekst van artikel 8.

Artikel 14

18. Volgens artikel 14 houdt het te nemen besluit op uitwerking te hebben tien jaar na de datum van inwerkingtreding. Het opnemen van deze horizonbepaling is wellicht ingegeven door artikel 2, lid 2, van het besluit 2012/21/EU, waarvan de eerste zin luidt:

“Dit besluit is alleen van toepassing wanneer de periode waarvoor de onderneming met het beheer van de dienst van algemeen economisch belang wordt belast, niet langer is dan tien jaar.”

Aangezien *sub* 13 is opgemerkt dat de ontworpen regeling buiten de vrijstellingsregeling van besluit 2012/21/EU valt, lijkt ook de bestaansreden voor de beperking in de tijd weg te vallen. De stellers van het ontwerp zullen in het licht hiervan moeten oordelen of de bepaling tot uitwerkingtreding wordt gehandhaafd of niet.

Wat de artikelen 2 tot 4 van het ontworpen besluit betreft, dient er evenwel op te worden gewezen dat een dergelijke *sunset clause* moeilijk verenigbaar is met de *standstill*-verplichting die op de Vlaamse Gemeenschap rusten krachtens het VN-verdrag ‘betreffende de rechten van personen met een handicap’, aangenomen te New-York op 13 december 2006.⁶ Een bepaling die voorschrijft dat de toepassing van een normatieve bepaling wordt opgeheven, louter als gevolg van het feit dat een bepaalde termijn is verstreken, zonder dat de Vlaamse Regering concreet heeft kunnen vaststellen dat de opheffing van de desbetreffende regeling gerechtvaardigd wordt door motieven die verband houden met het algemeen belang, is op zich strijdig met die verplichting, althans in de gevallen waarin zulks een aanzienlijke vermindering van de reeds bestaande graad van bescherming tot gevolg heeft.

Artikel 16

19. Artikel 16 bepaalt dat het te nemen besluit in werking treedt op de dag van de bekendmaking ervan in het Belgisch Staatsblad. Tenzij er een specifieke reden bestaat om af te wijken van de gangbare termijn van inwerkingtreding bepaald door artikel 84, eerste lid, 2°, van de bijzondere wet van 8 augustus 1980 ‘tot hervorming der instellingen’, dient in beginsel te worden afgezien van de onmiddellijke inwerkingtreding teneinde elkeen een redelijke termijn te geven om kennis te nemen van de nieuwe regels.

DE GRIFFIER

DE VOORZITTER

Marleen VERSCHRAEGHEN

Jo BAERT

⁶ Zie in het bijzonder artikel 4, lid 2, *juncto* de artikelen 3, f, 9, lid 1, b, en 21, d, van het verdrag.