



RAAD VAN STATE

afdeling Wetgeving

advies 54.109/3
van 10 oktober 2013

over

een voorontwerp van decreet 'tot wijziging van het decreet van 27 maart 2009 betreffende radio-omroep en televisie, houdende invoering van een stimuleringsregeling voor de audiovisuele sector'

Op 10 september 2013 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 voorontwerp van decreet ‘tot wijziging van het decreet van 27 maart 2009 betreffende radio-omroep en televisie, houdende invoering van een stimuleringsregeling voor de audiovisuele sector’.

Het ontwerp is door de derde kamer onderzocht op 1 oktober 2013. De kamer was samengesteld uit Jo BAERT, kamervoorzitter, Jan SMETS en Jeroen VAN NIEUWENHOVE, staatsraden, Jan VELAERS en Johan PUT, assessoren, en Annemie GOOSSENS, griffier.

Het verslag is uitgebracht door Tim CORTHAUT, auditeur.

Het advies, waarvan de tekst hierna volgt, is gegeven op 10 oktober 2013.

*

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 VOORONTWERP VAN DECREET

2. Het om advies voorgelegde voorontwerp van decreet strekt ertoe om de dienstenverdelers die één of meer omroepdiensten van één of meer televisieomroeporganisaties die vallen onder de bevoegdheid van de Vlaamse Gemeenschap op lineaire of niet-lineaire wijze ter beschikking stellen van het publiek, te verplichten om deel te nemen aan de productie van audiovisuele werken. Daartoe wordt in het decreet van 27 maart 2009 ‘betreffende radio-omroep en televisie’ een nieuw artikel 184/1 ingevoegd (artikelen 3 en 4 van het ontwerp) en wordt de tekst van artikel 182 van dat decreet vervangen (artikel 2 van het ontwerp).

De belangrijkste elementen van de stimuleringsregeling voor de audiovisuele sector zijn de volgende.

Het bedrag van de deelname bedraagt 3 miljoen euro, maar de dienstenverdelers heeft ook de mogelijkheid te opteren voor een deelname ten belope van 1,3 euro per abonnee die hij heeft in het Nederlandse taalgebied (ontworpen artikel 184/1, § 2, eerste lid). Vanaf 2015 worden deze bedragen geïndexeerd (ontworpen artikel 184/1, § 2, tweede lid).

De deelname aan de productie van audiovisuele werken kan de vorm aannemen van ofwel een coproductie van audiovisuele werken waaromtrent geen nadere voorwaarden zijn bepaald, ofwel een financiële bijdrage aan het Mediafonds van het Vlaams Audiovisueel Fonds (hierna: VAF) (ontworpen artikel 184/1, § 1, eerste lid). Het Mediafonds biedt specifiek steun aan tv-reeksen in de categorieën animatie, documentaire en fictie, waarbij een “Vlaamse tv-omroep” altijd financiële partner is.² Welke vorm van deelname de dienstenverdelers voor een bepaald jaar kiest dient voor 15 februari van dat jaar aan het VAF, de Vlaamse Regulator voor de Media en de Vlaamse Regering te worden meegedeeld, bij ontstentenis waarvan hij geacht wordt te hebben gekozen voor de financiële bijdrage aan het Mediafonds (ontworpen artikel 184/1, § 1, tweede lid).

VORMVEREISTEN

3. De steun die wordt verleend via het Mediafonds, is staatssteun in de zin van artikel 107, lid 1, van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (VWEU). Die

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

² De werking van het Mediafonds blijkt te zijn geregeld bij een beheersovereenkomst gesloten tussen de Vlaamse overheid en het VAF voor de periode 2011-2013. Zie: ontworpen artikel 184/1, § 1, derde lid, van het decreet van 27 maart 2009, <http://www.vaf.be/mediafonds/algemene-uitleg/> en http://www.vaf.be/uploads/media/VAF_Mediafonds_voor_website.pdf.

steun is bij brief van 8 december 2011, althans voor de periode tot 31 december 2013, door de Europese Commissie in overeenstemming verklaard met artikel 107, lid 3, onder d), van het VWEU.

De ontworpen regeling houdt echter een structurele wijziging in van de financiering van het Mediafonds. Zelfs indien alle dienstverdelers ervoor zouden opteren om rechtstreeks te participeren in coproducties, zou deze regeling de context waarin het VAF opereert significant wijzigen. Zoals het ontwerp is geschreven, kan de regeling bovendien slechts functioneren indien het Mediafonds na afloop van de huidige beheersovereenkomst wordt omgevormd tot een fonds dat niet langer in de tijd wordt beperkt. Ook dat is echter een significante wijziging van het huidige steunmechanisme.

Bijgevolg moet het ontwerp vooraf worden aangemeld bij de Europese Commissie, in overeenstemming met artikel 108, lid 3, van het VWEU.³

ALGEMENE OPMERKINGEN

I. KWALIFICATIE VAN DE VERPLICHTING TOT DEELNAME AAN DE PRODUCTIE VAN AUDIOVISUELE WERKEN

4. De deelname aan de productie van audiovisuele werken is een verplichting voor de dienstenverdelers. Voor zover ze het vastgestelde bedrag niet (onder de door hen bepaalde voorwaarden) aanwenden voor het coproduceren van audiovisuele werken naar keuze, dienen ze dit bedrag aan het FAV over te maken ter aanwending in het kader van het Mediafonds.

De vraag rijst of het hier gaat om een belasting.

Het Hof van Cassatie bijvoorbeeld omschrijft ‘belasting’ als “een heffing die op grond van hun gezag, door de Staat, de gewesten, de gemeenschappen, de provinciën of de gemeenten verricht wordt op de geldmiddelen van de personen die op hun grondgebied leven of aldaar belangen bezitten, om ze voor de diensten van openbaar nut te gebruiken”.⁴

Het komt de Raad van State, afdeling Wetgeving, voor dat de ontworpen regeling, in zijn geheel beschouwd, te kwalificeren is als een belastingregeling waarvoor het legaliteitsbeginsel vervat in artikel 170, § 2, eerste lid, van de Grondwet geldt.

II. CULTUURPACTWET

5. In het ontworpen artikel 184/1, § 1, derde lid, wordt bepaald dat onder “Mediafonds” dient te worden verstaan “de binnen het VAF opgerichte regeling tot ondersteuning van Vlaamse, kwalitatieve onafhankelijke producties in reeksvorm, die tot stand komen in coproductie met de openbare en/of de erkende en/of aangemelde Vlaamse

³ Ook de regeling inzake de wijze van financiering van de steunmaatregel moet worden aangemeld (zie in dat verband HvJ 21 oktober 2003, C-261/01 en C-262/01, *Van Calster e.a.*, punten 49 en 50).

⁴ Cass. 20 maart 2003, C.01.0269.F.

televisieomroeporganisaties waarover de Vlaamse overheid een beheersovereenkomst heeft gesloten met het VAF”. Aldus wordt in zekere zin ook een rechtsgrond geboden voor de bedoelde “regeling” die voorwerp is van de beheersovereenkomst 2011-2013, en voor de in de toekomst nog te sluiten beheersovereenkomsten.

Die ontworpen bepaling moet worden getoetst aan de wet van 16 juli 1973 ‘waarbij de bescherming van de ideologische en filosofische strekkingen gewaarborgd wordt’ (hierna: Cultuurpactwet). Het regelen van wat genoemd wordt “de ondersteuning van Vlaamse, kwalitatieve onafhankelijke producties in reeksvorm” valt immers onder de toepassing van die wet,⁵ zodat het ontworpen decreet verenigbaar moet zijn met de voorschriften van de Cultuurpactwet, in het bijzonder met die van de artikelen 10 en 11 ervan.

Artikel 10 van de Cultuurpactwet bepaalt dat de regels inzake de erkenning en de subsidiëring van geregelde culturele activiteiten slechts vastgesteld mogen worden “krachtens” een decreet. Bij ontstentenis van dergelijke regels moeten alle toelagen en voordelen het voorwerp zijn van een speciale begrotingspost op naam.

Artikel 11 van de Cultuurpactwet bepaalt dat de voorwaarden en de procedure van erkenning van instellingen die activiteiten uitoefenen die zijn gericht op de hele Vlaamse Gemeenschap, “bij decreet” worden vastgesteld. Hetzelfde artikel bepaalt bovendien dat het decreet voor de bedoelde instellingen in een bepaalde financiële tegemoetkoming voorziet, welke uit een aantal nader bepaalde elementen bestaat; hieruit kan worden afgeleid dat ook de subsidiëring bij decreet moet gebeuren.⁶

Voor zover de ontworpen bepaling ertoe strekt rechtsgrond te bieden voor een regeling van subsidiëring bij beheersovereenkomst, is ze niet alleen in strijd met de beginselen die de uitoefening van de normatieve functie beheersen, maar ook met de Cultuurpactwet. Het gegeven dat minstens een deel van de middelen van het Mediafonds niet rechtstreeks uit de middelen van de Vlaamse Gemeenschap komen, maar mogelijk worden verworven via de belastingregeling waarvan gewag wordt gemaakt onder punt I, doet aan die vaststelling geen afbreuk.

III. TOEPASSINGSGBIED VAN DE REGELING

6. Uit het ontworpen artikel 184/1, § 1, eerste lid, blijkt dat de verplichting deel te nemen aan de productie van audiovisuele werken wordt opgelegd aan “[i]edere dienstenverdelers die een of meerdere omroepdiensten van een of meerdere televisieomroeporganisaties die vallen

⁵ Zie artikel 2 van de Cultuurpactwet, waarin wordt verwezen naar artikel 2 van de wet van 21 juli 1971 ‘betreffende de bevoegdheid en de werking van de cultuurraden voor de Nederlandse cultuurgemeenschap en voor de Franse cultuurgemeenschap’. De opsomming van aangelegenheden in dat laatste artikel is vervangen bij artikel 4, 1° tot 10°, van de bijzondere wet van 8 augustus 1980 ‘tot hervorming der instellingen’, met uitzondering van artikel 4, 6°bis, van die wet.

⁶ Krachtens artikel 12 van de Cultuurpactwet zijn de bepalingen van de artikelen 10 en 11 niet van toepassing op toelagen die dienen om nieuwe experimentele initiatieven te steunen; in dat geval mogen de starttoelagen slechts worden verleend gedurende ten hoogste drie dienstjaren en moet het besluit tot toekenning ervan het voorwerp zijn van een met redenen omkleed advies van een bevoegd adviesorgaan. Na 1 januari 2014 kan de regeling dus in elk geval niet onder dit artikel van de Cultuurpactwet vallen.

onder de bevoegdheid van de Vlaamse Gemeenschap (...) ter beschikking stelt van het publiek”. Vermits de woorden “die vallen onder de bevoegdheid van de Vlaamse Gemeenschap” niet lijken te slaan op het woord “dienstenverdelers” maar op het woord “televisieomroeporganisaties”, gaat het ook om de dienstenverdelers die niet onder de bevoegdheid van de Vlaamse Gemeenschap vallen, bijvoorbeeld de in Nederland of in het Brusselse Hoofdstedelijke Gewest gevestigde dienstenverdelers. In het ontworpen artikel 184/1, § 2, eerste lid, wordt het bedrag van de deelname echter bepaald “per abonnee in het Nederlandse taalgebied”, zodat het toepassingsgebied van de regeling dan weer wordt beperkt tot die dienstenverdelers die abonnees hebben in het Nederlandse taalgebied.

Daarmee vallen dienstenverdelers die geen abonnementsformule aanbieden, maar bijvoorbeeld met een *pay-per-view*-systeem werken, buiten de regeling. Vraag is of dat overeenstemt met de bedoeling van de stellers van de ontworpen regeling.

ONDERZOEK VAN DE TEKST

Artikel 4

7. Het ontworpen artikel 184/1, § 4 (“De Vlaamse Regering bepaalt de nadere regels voor de toepassing van dit artikel.”), bevat niet meer dan een parafrasering van artikel 20 van de bijzondere wet van 8 augustus 1980 ‘tot hervorming der instellingen’ en dient dan ook weggelaten te worden.

De gemachtigde heeft echter, na er te hebben op gewezen dat de algemene controlebevoegdheid op de naleving van de bepalingen van het decreet van 27 maart 2009 en de bijhorende uitvoeringsbesluiten op grond van artikel 218 van het decreet aan de Algemene Kamer van de Vlaamse Regulator voor de Media toekomt, laten weten dat “alle modaliteiten in verband met de mogelijkheid om ‘rechtstreeks te investeren’ (= de mogelijkheid van de coproducties), met inbegrip van de controle op de naleving van de coproductie en eventuele sancties, worden voorzien in een apart uitvoeringsbesluit”.

Voor zover de delegatie ook betrekking zou hebben op het vaststellen van regels inzake de belasting, moet erop worden gewezen dat het om een bevoegdheid gaat die door de Grondwet aan de wet wordt voorbehouden, zodat elke delegatie die betrekking heeft op het bepalen van één van de essentiële elementen van de belasting in beginsel ongrondwettig is.⁷

⁷ Zie bv. GwH 16 juni 2011, nr. 103/2011, B.5.1.

Voor het verlenen van specifieke controlebevoegdheden, alsook voor het bepalen van sancties, is dan weer een uitdrukkelijke rechtsgrond vereist. Het is derhalve wenselijk om het ontworpen artikel 184/1, § 4, om te werken tot een bepaling waarin die specifieke controlebevoegdheden en sancties worden vastgesteld en waarbij de nadere uitwerking van welbepaalde aspecten zo nodig aan de uitvoerende macht wordt overgelaten.

DE GRIFFIER

DE VOORZITTER

Annemie GOOSSENS

Jo BAERT