



RAAD VAN STATE

afdeling Wetgeving

advies 55.798/3
van 17 april 2014

over

een ontwerp van besluit van de Vlaamse Regering ‘betreffende
de regionale televisieomroeporganisaties ter uitvoering van
artikel 166/1 van het decreet van 27 maart 2009 betreffende
radio-omroep en televisie’

Op 18 maart 2014 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 regionale televisieomroeporganisaties ter uitvoering van artikel 166/1 van het decreet van 27 maart 2009 betreffende radio-omroep en televisie’.

Het ontwerp is door de derde kamer onderzocht op 8 april 2014. De kamer was samengesteld uit Jo BAERT, kamervoorzitter, Jeroen VAN NIEUWENHOVE en Wouter PAS, staatsraden, en Marleen VERSCHRAEGHEN, toegevoegd griffier.

Het verslag is uitgebracht door Tim CORTHAUT, auditeur.

Het advies, waarvan de tekst hierna volgt, is gegeven op 17 april 2014.

*

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 ertoe uitvoering te geven aan artikel 166/1 van het decreet van 27 maart 2009 ‘betreffende radio-omroep en televisie’ (hierna: Mediadecreet), dat werd ingevoegd bij het decreet van 21 februari 2014.¹ Dat artikel biedt de regionale televisieomroeporganisaties de mogelijkheid om voor de commerciële exploitatie van hun omroepprogramma een exploitatieovereenkomst te sluiten met een exploitatiemaatschappij. Het artikel geeft die organisaties, onder bepaalde voorwaarden, ook recht op een bereikvergoeding.

3. De inhoud van het ontwerp is de volgende.

In de eerste plaats strekt het ontwerp tot de vaststelling van bepaalde minimumvoorwaarden waaraan de exploitatiemaatschappij (zie artikel 2 van het ontwerp) en de exploitatieovereenkomst (artikelen 4 en 5) moeten voldoen.

In de tweede plaats bepaalt het ontwerp welke gegevens door de dienstenverdelers en de Vlaamse Regulator voor de Media (hierna: VRM) moeten worden uitgewisseld (artikelen 6 en 9). De gegevens die de VRM zodoende ontvangt dienen voor het berekenen van de bereikvergoeding op grond van de regels opgenomen in het ontwerp (artikelen 7 en 8).

In de derde plaats worden verplichtingen opgelegd aan de regionale televisieomroeporganisaties in verband met het uitvoeren van de opdrachten vermeld in de artikelen 151, § 2, en 165 van het Mediadecreet en in verband met de besteding van de bereikvergoeding (artikel 3).

De bepalingen over de bereikvergoeding, namelijk de artikelen 6 tot 9 van het ontworpen besluit, treden in werking op 1 januari 2015 (artikel 11), terwijl de inwerkingtreding van de overige artikelen volgens de normale regels verloopt (tien dagen na de bekendmaking van het te nemen besluit in het *Belgisch Staatsblad*).

RECHTSGROND

4. Voor het ontworpen besluit wordt rechtsgrond gezocht in artikel 166/1 van het Mediadecreet.

¹ Decreet van 21 februari 2014 ‘houdende wijziging van diverse bepalingen over de regionale televisieomroeporganisaties van het decreet van 27 maart 2009 betreffende radio-omroep en televisie’.

4.1. De bepalingen inzake de exploitatiemaatschappij en de exploitatieovereenkomst (artikelen 2, 4 en 5 van het ontwerp) kunnen worden genomen op grond van de machtiging in artikel 166/1, § 1, derde lid, van het Mediadecreet.

4.2. Voor de bepalingen over de bereikvergoeding (artikelen 6 tot 9 van het ontwerp) kan in beginsel rechtsgrond worden geput uit artikel 166/1, § 2, zesde lid, van het Mediadecreet.

Wat evenwel artikel 9, tweede lid, van het ontwerp betreft, dat handelt over het bezorgen door de VRM van de bereikcijfers aan de regionale televisieomroeporganisaties, wordt in de nota aan de Vlaamse Regering gesteld dat dit de regionale televisieomroeporganisaties moet “helpen om de decretale opdracht vermeld in artikel 165 van het mediadecreet nog doeltreffender te vervullen”. Gelet daarop dient voor het aannemen van die ontworpen bepaling een beroep te worden gedaan op de algemene uitvoeringsbevoegdheid (artikel 20 van de bijzondere wet van 8 augustus 1980 ‘tot hervorming der instellingen’), gelezen in samenhang met artikel 165 van het Mediadecreet.

4.3. Voor artikel 3 van het ontworpen besluit kan echter in artikel 166/1 van het Mediadecreet niet meteen een rechtsgrond worden gevonden.

Gelet op die vaststelling heeft de gemachtigde aangegeven dat artikel 3 zal worden geschrapt, terwijl de onderdelen ervan zullen worden ondergebracht in artikel 4 van het ontwerp, bij de opsomming van de elementen die de exploitatieovereenkomst dient te bevatten. Daarmee kan worden ingestemd.

4.4. Krachtens artikel 166/1, § 2, vierde lid, van het Mediadecreet bepaalt de Vlaamse Regering het tijdstip waarop het totaal aantal abonnees wordt vastgesteld “voor de toepassing van het derde lid” (lees: voor het bepalen van de jaarlijkse totale vergoeding die de dienstenverdelers ter beschikking moeten stellen voor de bereikvergoeding van de regionale omroeporganisaties).

Hoewel in verschillende onderdelen van artikel 6 van het ontwerp gewag wordt gemaakt van het “aantal Abonnees” (dat de dienstenverlener heeft op de laatste dag van het kwartaal), moet worden vastgesteld dat het daarbij in geen van de gevallen gaat om het bepalen van de datum voor de vaststelling van het aantal abonnees zoals bedoeld in artikel 166/1, § 2, vierde lid, van het Mediadecreet, dat wil zeggen “het totaal aantal abonnees van [de] dienstenverdelers berekend op grond van de door de Vlaamse Regulator voor de Media aanvaarde gegevens die werden meegedeeld in uitvoering van artikel 182 [van het Mediadecreet]”.

Van dat totaal aantal abonnees wordt wel melding gemaakt in artikel 8 van het ontwerp, maar in dat artikel wordt evenmin een tijdstip bepaald waarop dat aantal dient te worden vastgesteld.²

Geen van de voormelde ontworpen bepalingen geeft dan ook uitvoering aan artikel 166/1, § 2, vierde lid, van het Mediadecreet. De vraag rijst derhalve waarom in het

² Vermits ook artikel 182 van het Mediadecreet geen enkele timing bevat, zal de berekening bedoeld in artikel 8 van het ontwerp pas mogelijk zijn van zodra die jaarcijfers beschikbaar zijn. Overeenkomstig artikel 166/1, § 2, achtste lid, van het Mediadecreet moet de bereikvergoeding evenwel op kwartaalbasis worden berekend en betaald.

ontwerp geen bepaling is opgenomen ter bepaling van het tijdstip waarop het totaal aantal abonnees dient te worden vastgesteld.

In dat verband verduidelijkt de gemachtigde:

“Een tijdstip voor vaststelling van het totaal aantal abonnees bedoeld in artikel 182 zal worden bepaald in het besluit.

Het aantal abonnees dat elk kwartaal meegedeeld wordt in functie van de bereikmeting staat los van het bedrag van de totale vergoeding die aan de regionale omroeporganisaties moet uitbetaald worden en die berekend wordt met toepassing van artikel 182 van het decreet. Deze berekening is gebaseerd op de meest recent beschikbare cijfers zoals meegedeeld aan de VRM.”

Dat impliceert dat de omvang van de totale vergoeding bepaald zal worden op basis van oudere abonneeaantallen zoals gerapporteerd aan de VRM, terwijl de verdeling van de middelen zal gebeuren op basis van actuelere kwartaalcijfers over het bereik. Het is dan ook van belang dat het tijdstip voor vaststelling van het totaal aantal abonnees bedoeld in artikel 182 wordt bepaald bij het te nemen besluit.

Op dit punt zal het ontwerp derhalve moeten worden aangevuld.

ONDERZOEK VAN DE TEKST

Aanhef

5. Om de aanhef in overeenstemming te brengen met wat hiervoor is opgemerkt over de rechtsgrond van het ontworpen besluit, zal een verwijzing dienen te worden toegevoegd naar artikel 20 van de bijzondere wet van 8 augustus 1980.

Artikelen 2 en 5

6. De voorwaarde in artikel 2, 1°, van het ontworpen besluit, dat de exploitatiemaatschappij een vennootschapsvorm naar Belgisch recht moet hebben, is zonder meer een beperking van de vrijheid van vestiging in de zin van artikel 49 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (VWEU) in de mate het een verbod inhoudt voor buitenlandse exploitatiemaatschappijen om op te treden via een nevenvestiging in België.³ Bovendien is het een beperking van het vrij verkeer van diensten in de zin van artikel 56 van het VWEU in de mate ermee bovendien wordt uitgesloten dat de diensten van een exploitatiemaatschappij zonder fysieke aanwezigheid in België worden aangeboden.

Als reactie hierop liet de gemachtigde het volgende weten:

“De vereiste dat de vennootschapsvorm opgericht dient te worden *naar Belgisch recht* wordt geschrapt.”

³ Zie in die zin HvJ 9 september 2010, C-64/08 *Engelmann*, punt 28.

7. Ook de andere voorwaarden, opgenomen in de artikelen 2, 2° en 3°, en 5 dienen echter te worden onderzocht in het licht van het recht van de Europese Unie. In artikel 2, 2°, van het ontworpen besluit wordt bepaald dat het maatschappelijk doel van de exploitatiemaatschappij hoofdzakelijk betrekking dient te hebben op de commerciële exploitatie van één of meer regionale televisieomroeporganisaties. Artikel 2, 3°, van het ontworpen besluit formuleert als voorwaarde dat de exploitatiemaatschappij dient te beschikken over “ervaring in reclamewerving en promotie in de audiovisuele mediasector”. Uit artikel 5 van het ontworpen besluit volgt dat exploitatieovereenkomsten voor minimum vijf jaar worden gesloten.

7.1. Door te eisen dat het maatschappelijk doel van de exploitatiemaatschappij *hoofdzakelijk* moet bestaan uit de commerciële exploitatie van één of meer regionale televisieomroeporganisaties (artikel 2, 2°, van het ontwerp), worden kandidaat-exploitatiemaatschappijen uitgesloten die in een ruimer verband de reclameregie zouden kunnen verzorgen, bijvoorbeeld exploitatiemaatschappijen die een sterke multimediale inslag hebben. Exploitatiemaatschappijen die ook andere – binnen- of buitenlandse, lineaire en niet-lineaire – audiovisuele mediaorganisaties ondersteunen, en zich dus niet in hoofdzaak focussen op de commerciële exploitatie van één of meer regionale televisieomroeporganisaties, lijken nochtans gemakkelijker aan de voorwaarden van artikel 2, 3°, van het ontworpen besluit te kunnen voldoen. Een buitenlandse onderneming zal bijgevolg haar activiteiten als exploitatiemaatschappij moeten afsplitsen van haar andere – mogelijk hoogst relevante – activiteiten op het vlak van reclamewerving en promotie in de audiovisuele mediasector.

De gemachtigde is het daar echter niet mee eens:

“Ons inziens is er geen tegenspraak tussen de punten punt 2° en 3° van de voorwaarden, omdat het niet gaat over relevante ervaring in de ruimere audiovisuele sector, zoals de auditeur stelt, maar ervaring in *reclamewerving en promotie* in de audiovisuele sector zoals de tekst letterlijk stelt. Deze ervaring in reclamewerving en promotie sluit de facto dus aan bij de voorwaarde die in het tweede punt wordt gesteld als commerciële exploitatie van één of meer regionale televisieomroeporganisaties. De commerciële exploitatie van televisieomroeporganisaties behelst onder meer het aantrekken van adverteerders op televisie, het voeren van promotie rond een televisie omroeporganisatie ten einde het product voor de commerciële sector aantrekkelijk te maken en commerciële langdurige banden gaan smeden tussen de regionale televisieomroeporganisaties en de bedrijven.

De verantwoording van de voorwaarden ligt er in dat – gelet op het maatschappelijk belang van de regionale omroeporganisaties in Vlaanderen – de exploitatiemaatschappij via deze voorwaarden moet aantonen een solide partner te willen worden voor de regionale televisieomroeporganisaties en niet zomaar een investeringsmaatschappij die het product dat een regionale televisieomroeporganisaties is gaat ‘uitpersen’. De gestelde voorwaarden bieden een vorm van garantie dat de exploitatiemaatschappij in staat zal zijn om de regionale omroeporganisatie op een verantwoorde, commercieel leefbare en duurzame manier verder uit te bouwen.”

Die doelstelling is legitiem. Niettemin is de maatregel niet proportioneel, nu niet enkel zuivere investeringsmaatschappijen worden uitgesloten, maar ook relevante sectorgenoten. Zo zou een onderneming die ervaring heeft in reclamewerving en promotie in de audiovisuele sector, maar die zich naast de commerciële exploitatie van één of meer regionale televisieomroeporganisaties ook tot doel heeft gesteld die ervaring eveneens buiten de sector van

de commerciële exploitatie van één of meer televisieomroeporganisaties te benutten – bijvoorbeeld door ook de reclameregie voor andere televisie- en radiostations in binnen- en buitenland te verzorgen –, evenmin in aanmerking komen om als exploitatiemaatschappij op te treden.

7.2. De mogelijkheden voor buitenlandse spelers om de markt te betreden, zelfs indien ze zich de moeite zouden getroosten om een dochtervennootschap naar Belgisch recht op te richten, worden bovendien verder beperkt doordat de minimumduur van de exploitatieovereenkomsten in artikel 5 op minstens vijf jaar wordt bepaald, zonder maximum.⁴ Voor deze beperking van het vrij verkeer moet bijgevolg een afzonderlijke verantwoording kunnen worden gegeven.

Het gegeven dat de exploitatieovereenkomst niet verplicht is (artikel 166/1, § 1, eerste lid: “kan”), neemt niet weg dat het decreet het sluiten ervan uitdrukkelijk aanmoedigt, en bij teruglopende kijkcijfers zelfs als voorwaarde stelt om het recht op de bereikvergoeding te genieten (artikel 166/1, § 2, tiende lid). Het probleem is ook niet zozeer het al dan niet verplicht karakter van de exploitatieovereenkomst, maar wel het gegeven dat eens een regionale televisieomroeporganisatie beslist om met een exploitatiemaatschappij in zee te gaan, de ontworpen regeling verplicht tot een langdurige exclusieve relatie en dus voor lange tijd alternatieven (een andere exploitatiemaatschappij of eigen beheer) uitsluit.

Het is daarom raadzaam een maximumtermijn voor de exploitatieovereenkomst te bepalen.⁵

DE GRIFFIER

DE VOORZITTER

Marleen VERSCHRAEGHEN

Jo BAERT

⁴ Het feit dat langdurige concessies het vrij verkeer van diensten kunnen hinderen blijkt uit HvJ 9 maart 2006, C-323/03, *Commissie v. Spanje*, punt 44, en HvJ 9 september 2010, C-64/08, *Engelmann*, punt 46. Strikt genomen gaat het hier niet om concessies, maar de door het besluit opgelegde minimumduur van de exploitatieovereenkomst heeft een gelijkaardig effect. Bovendien moet er op worden gewezen dat het vrij verkeer van vestiging en het vrij verkeer van diensten ook horizontale directe werking hebben, zie: HvJ 11 december 2007, C-438/05, *International Transport Workers’ Federation en Finnish Seamen’s Union* (vestiging) en HvJ 18 december 2007, C-341/05, *Laval un Partneri Ltd* (diensten).

⁵ De duur dient beduidend korter te zijn dan de termijnen die aan de orde waren in de aangehaalde zaken *Commissie v. Spanje* (20 jaar) en *Engelmann* (15 jaar). Vergelijk bijvoorbeeld ook met de concessietermijn van 6 jaar, eenmaal verlengbaar, in de zaak *Placanica* (HvJ 6 maart 2007, C-338/04, C-359/04 en C-360/04). De ultieme beoordeling komt echter aan het Hof van Justitie van de Europese Unie toe.