



RAAD VAN STATE

afdeling Wetgeving

advies 61.051/3
van 4 april 2017

over

een ontwerp van besluit van de Vlaamse Regering ‘houdende
diverse uitvoeringsbepalingen over radio-omroep en houdende
wijziging van diverse besluiten over radio-omroep’

Op 24 februari 2017 is de Raad van State, afdeling Wetgeving, door de Vlaamse minister van Cultuur, Media, Jeugd en Brussel verzocht binnen een termijn van dertig dagen, verlengd tot 4 april 2017; een advies te verstrekken over een ontwerp van besluit van de Vlaamse Regering ‘houdende diverse uitvoeringsbepalingen over radio-omroep en houdende wijziging van diverse besluiten over radio-omroep’.

Het ontwerp is door de derde kamer onderzocht op 21 maart 2017. De kamer was samengesteld uit Jo BAERT, kamervoorzitter, Jeroen VAN NIEUWENHOVE en Koen MUYLLE, staatsraden, Jan VELAERS en Bruno PEETERS, assessoren, en Astrid TRUYENS, griffier.

Het verslag is uitgebracht door Tim CORTHAUT, auditeur.

Het advies, waarvan de tekst hierna volgt, is gegeven op 4 april 2017.

*

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

2.1. Het om advies voorgelegde ontwerp van besluit van de Vlaamse Regering strekt in de eerste plaats tot uitvoering van het decreet van 27 maart 2009 ‘betreffende radio-omroep en televisie’ (hierna: Mediadecreet), zoals gewijzigd bij het decreet van 23 december 2016 ‘houdende wijziging van diverse bepalingen van het decreet van 27 maart 2009 betreffende radio-omroep en televisie, wat betreft de radio-omroeporganisaties’. Bij dat laatste decreet is de categorie van de “netwerkradio-omroeporganisaties” ingevoerd als een nieuwe categorie van lineaire radio-omroeporganisaties.

In dat verband strekt het ontwerp tot het vaststellen van regels met betrekking tot de erkenningsvoorwaarden en -procedure voor de netwerkradio-omroeporganisaties en de lokale radio-omroeporganisaties (hoofdstuk 2 van het ontwerp). Het invoeren van de nieuwe categorie en het opnemen van regels met betrekking tot de erkenningsvoorwaarden en -procedure voor de lokale radio-omroeporganisaties in het om advies voorgelegde ontwerp noopt tot een reeks technische aanpassingen aan andere besluiten (hoofdstukken 3, 4 en 6).

2.2. Daarnaast bevat het ontwerp een aantal andere uitvoeringsbepalingen op het gebied van radio- en televisieomroep.

2.2.1. De artikelen 28, 29 en 33 van het ontwerp strekken tot het inschrijven van een procedure voor het aanvragen van tijdelijke zendvergunningen in het besluit van de Vlaamse Regering van 13 juni 2003 ‘betreffende de toekenning van zendvergunningen aan de erkende particuliere landelijke, regionale en lokale radio-omroepen’.

2.2.2. Hoofdstuk 5 van het ontwerp bevat wijzigingen aan het besluit van de Vlaamse Regering van 9 maart 2007 ‘waarbij de nodige frequenties voor analoge radio ter beschikking van de Vlaamse Radio- en Televisieomroep worden gesteld’. Artikel 41 strekt tot het overnemen van een meldingsplicht inzake de ingebruikname van frequenties door de VRT uit het overeenkomstig artikel 52 van het ontwerp op te heffen koninklijk besluit van 10 december 1987 ‘waarbij de nodige frequenties ter beschikking van de ‘Belgische Radio en Televisie, Nederlandse Uitzendingen’ worden gesteld’. Artikel 42 strekt tot schrapping van de toewijzing van de 927 kHz AM-frequentie aan de VRT, gelet op de stopzetting van de AM-uitzendingen.

2.2.3. Hoofdstuk 7 van het ontwerp strekt tot opheffing in de bijlage bij het besluit van de Vlaamse Regering van 12 oktober 2007 ‘houdende de vaststelling van het digitaal frequentieplan voor aanbieders van radio- en televisieomroepnetwerken’ van vermeldingen inzake bepaalde frequentiekanalen.

2.2.4. Hoofdstuk 8 bevat een technische aanpassing aan het besluit van de Vlaamse Regering van 14 maart 2008 ‘houdende de terbeschikkingstelling van frequenties aan de Vlaamse Radio- en Televisieomroep’, in het kader van de al vernoemde opheffing van het koninklijk besluit van 10 december 1987.

2.2.5. Hoofdstuk 9 strekt tot wijziging van artikel 28 van het besluit van de Vlaamse Regering van 18 juli 2008 ‘betreffende de voorwaarden en procedure voor het verkrijgen van een licentie voor het aanbieden van een radio- en televisieomroepnetwerk en de bijbehorende zendvergunningen’, teneinde te verduidelijken dat een licentie voor frequentieblokken niet als ondeelbaar moet worden beschouwd, zodat de licentiehouder van een frequentieblok die bepaalde kanalen onbenut laat, zijn licentie slechts voor die kanalen verliest.

2.2.6. Hoofdstuk 10 van het ontwerp strekt tot wijziging van artikel 1 van het besluit van de Vlaamse Regering van 17 oktober 2008 ‘houdende de vastlegging van de pakketten van digitale frequenties die zullen worden vrijgegeven tijdens een eerste vergelijkende toets voor het verkrijgen van een vergunning voor het aanbieden van een radio- of televisieomroepnetwerk en de bijbehorende zendvergunningen’, onder meer om te verduidelijken dat DAB+ een geavanceerde versie is van de DAB-technologie.

RECHTSGROND

3. In het eerste lid van aanhef wordt de rechtsgrond voor het ontworpen besluit gesitueerd in de volgende artikelen van het Mediadecreet: 127 en 128, 131 tot 136, 143/1 tot 146, 148 en 149, 193, 228, 241 tot 243.

3.1. Artikel 241 van het Mediadecreet is met ingang van 13 februari 2017 opgeheven bij het decreet van 23 december 2016 en kan dus in elk geval geen rechtsgrond vormen.

3.2. De overige in de aanhef vermelde artikelen bevatten geen delegatie aan de Vlaamse Regering, zodat ze niet zelfstandig als rechtsgrond kunnen dienen.

4.1. Aan de gemachtigde is daarom gevraagd de rechtsgrond te verduidelijken.

Hij bezorgde het volgende overzicht van de rechtsgrondbepalingen:

Art.nr. besluit	Art.nr mediadecreet
1	N.v.t.
2	143/2, § 1, 2c, lid 1
3	143/2, § 2 lid 1 en lid 2, 1° t.e.m. 6°
4	143/2, § 2 lid 1 en lid 2, 1° t.e.m. 5° en 7°
5	146, § 1

6 t.e.m. 9	136
10	136 en 143/2, § 1, 2°, e, laatste zin
11	136 (tweede zin)
12	136 (tweede zin)
13 t.e.m. 15	136
16 t.e.m. 19	136
20	136 en 145, 2°, e, laatste zin
21	136 (tweede zin)
22	136 (tweede zin)
23 t.e.m. 25	136
26 t.e.m. 33	193, § 3, 195 en 196
34 t.e.m. 40	136
41 - 42	193, § 4
43 - 47	136
48	201, § 2
49	193, § 4
50	201, § 1, lid 2
51	201, § 2
52	193, § 4
53	N.v.t.

Daarbij gaf hij nog volgende toelichting:

“Sommige artikelen hebben meerdere rechtsgronden. Alles wat te maken heeft met de erkenningsprocedure zelf is gebaseerd op artikel 136, maar houdt ook verband met art. 133, § 2, lid 1, tweede zin die stelt dat het de Vlaamse Regering is die de erkenningen verleent.

Via het verslag aan de Regering vindt u de oorsprong van de bepalingen waarop de huidige bepalingen *mutatis-mutandis* zijn gebaseerd.

Enkele bepalingen over de erkenningsprocedure zijn vervat in het procedurebesluit van de Vlaamse regulator voor de Media en andere besluiten (voor wat betreft de erkenning van de landelijke en regionale radio-omroeporganisaties), terwijl de erkenningsvoorwaarden en procedure voor de nieuwe netwerkradio-omroeporganisaties

en de (hernieuwde) lokale radio-omroeporganisaties nu vervat liggen in voorliggend besluit.

Sommige artikelen van het besluit werden hierboven gegroepeerd omdat deze dezelfde rechtsgrond hebben.”

4.2. Voor alle artikelen van het ontworpen besluit is er effectief een voldoende rechtsgrond voorhanden, evenwel onder voorbehoud van het volgende.

4.2.1. Niet alle in de tabel vermelde artikelen bevatten een expliciete delegatie aan de Vlaamse Regering.¹ Die artikelen kunnen evenwel worden gecombineerd met haar algemene uitvoeringsbevoegdheid (artikel 20 van de bijzondere wet van 8 augustus 1980 ‘tot hervorming der instellingen’).

4.2.2. In de artikelen 7 en 17 van het ontwerp wordt bepaald dat de erkenningsaanvragen “in het Nederlands” ingediend moeten worden. Het is niet duidelijk wat daarvoor de rechtsgrond zou kunnen zijn. Krachtens artikel 129, § 1, 1°, van de Grondwet dient het gebruik der talen in bestuurszaken immers bij decreet te worden geregeld,² en het Mediadecreet bevat geen bepaling in die zin. Tenzij daarvoor alsnog een decretale rechtsgrond kan worden gevonden, zullen die woorden geschrapt dienen te worden.

5. Gelet op wat hiervoor is opgemerkt, moet de vermelding van de artikelen van het Mediadecreet die rechtsgrond bieden in het eerste lid van de aanhef van het ontwerp worden aangepast overeenkomstig de door de gemachtigde bezorgde rechtsgrondtabel. Daarenboven zal vooraan in de aanhef een verwijzing naar artikel 20 van de bijzondere wet van 8 augustus 1980 moeten worden toegevoegd.

VORMVEREISTEN

6. Volgens artikel 14, lid 1, van richtlijn 2002/20/EG van het Europees Parlement en de Raad van 7 maart 2002 ‘betreffende de machtiging voor elektronische communicatienetwerken en -diensten (Machtigingsrichtlijn)’ zorgen de Lidstaten ervoor

“dat de rechten, voorwaarden en procedures inzake algemene machtigingen en gebruiksrechten of rechten om faciliteiten te installeren alleen kunnen worden gewijzigd in objectief met redenen omklede gevallen en op evenredige wijze, in voorkomend geval rekening houdend met de specifieke voorwaarden die van toepassing zijn op de overdraagbare gebruiksrechten voor radiofrequenties. Het voornemen om dergelijke wijzigingen aan te brengen, zal op passende wijze worden bekendgemaakt en de belanghebbende partijen, met inbegrip van gebruikers en consumenten, zullen over een adequate termijn kunnen beschikken om hun standpunt met betrekking tot de voorgestelde wijzigingen kenbaar te maken; deze termijn bedraagt behoudens uitzonderlijke gevallen ten minste vier weken.”

¹ Zie bv. de artikelen 2, tweede zin, en 41 van het ontwerp.

² Dergelijke decreten hebben overigens geen kracht van wet in het gehele Nederlandse taalgebied, zoals blijkt uit artikel 129, § 2, van de Grondwet.

De Raad van State, afdeling Wetgeving, heeft er in het verleden al op gewezen dat een regelgevend kader voor de organisatie van die raadpleging lijkt te ontbreken,³ wat vragen doet rijzen over de voorzienbaarheid van de raadplegingen en de voorwaarden waaronder dergelijke consultaties worden georganiseerd.

Niettemin blijkt in dit geval over de ontworpen frequentieregelingen een publieke consultatie te hebben plaatsgevonden waarbij alle belanghebbende partijen gedurende een maand (tussen 27 december 2016 en 27 januari 2017) hun standpunt kenbaar konden maken, zodat het vormvereiste opgelegd door de richtlijn feitelijk lijkt te zijn nageleefd.

ALGEMENE OPMERKINGEN

7. Het ontwerp gaat vergezeld van een verslag aan de Vlaamse Regering, waarin bepaalde van de gebruikte termen verder worden verduidelijkt. Voor zover het gaat om woorden of omschrijvingen die niet in hun gebruikelijke betekenis worden gebruikt, dient de verduidelijking in de tekst zelf te worden opgenomen.⁴

8. De “aanvullende kwalificatiecriteria” vermeld in de artikelen 3 tot 5 van het ontwerp moeten blijkbaar worden omgezet in een kwantitatieve score. Aangezien evenwel geen minimaal te behalen score wordt bepaald, lijkt te moeten worden aangenomen dat de score enkel een rol speelt indien meerdere aanvragers zich kandidaat stellen voor eenzelfde frequentiepakket, ook al heeft dit tot gevolg dat erkenningen kunnen worden verleend aan radio-omroeporganisaties die niet of nauwelijks voldoen aan de aanvullende kwalificatiecriteria. De gemachtigde bevestigt niettemin dat dit de bedoeling is:

“Indien er slechts één kandidaat is en het dossier ontvankelijk is, dan wordt de erkenning toegekend aan de enige kandidaat die een dossier heeft ingediend en dan vindt ook geen vergelijkende toets plaats. Dit is in lijn met vorige erkenningsrondes.”

Gelet op de draagwijdte van de aanvullende kwalificatiecriteria lijkt het buiten toepassing laten ervan ingeval er slechts één aanvrager is, toch op gespannen voet te staan met het gelijkheidsbeginsel.

³ Adv.RvS 59.290/3 van 25 mei 2016 over een voorontwerp dat heeft geleid tot het decreet van 14 oktober 2016 ‘houdende wijziging van het decreet van 27 maart 2009 betreffende radio-omroep en televisie en het decreet van 25 april 2014 betreffende de rustpensioenen, toegekend aan de vastbenoemde personeelsleden van de Vlaamse Radio- en Televisieomroeporganisatie en betreffende de overlevingspensioenen, toegekend aan de rechtverkrijgenden van die personeelsleden’, opmerkingen 5.1 tot 5.5, *Parl.St.* Vl.Parl. 2015-16, nr. 829/1, 46-49; adv.RvS 60.142/3 van 20 oktober 2016 over een voorontwerp dat heeft geleid tot het decreet van 23 december 2016 ‘houdende wijziging van diverse bepalingen van het decreet van 27 maart 2009 betreffende radio-omroep en televisie, wat betreft de radio-omroeporganisaties’, opmerking 3, *Parl.St.* Vl.Parl. 2016-17, nr. 983/1, 51-54; adv.RvS 61.050/3 van 28 maart 2017 over een ontwerp van besluit van de Vlaamse Regering ‘houdende bepaling van het aantal particuliere landelijke, regionale, netwerk- en lokale radio-omroeporganisaties dat kan worden erkend en houdende de opstelling van het frequentieplan en de vaststelling van de frequentiepakketten die ter beschikking worden gesteld van de particuliere landelijke, regionale, netwerk- en lokale radio-omroeporganisaties’.

⁴ Zo komt in artikel 3, eerste lid, 1°, a), tweede streepje, van het ontwerp bijvoorbeeld de omschrijving “de aantoonbare publieke waarde” voor, waarbij in het verslag aan de Vlaamse Regering wordt genoteerd: “de inhoudelijk publieke meerwaarde houdt de omschrijving in van wat het concept van de omroep kan betekenen voor de samenleving naar diversiteit”.

ONDERZOEK VAN DE TEKST

Opschrift

9. De voornaamste functie van een opschrift is het herkenbaar maken van de regeling, zodat het onderwerp van de tekst de lezer onmiddellijk duidelijk wordt.⁵ Op dit punt schiet het ontwerp tekort: uit het opschrift blijkt bijvoorbeeld niet dat het te nemen besluit de uitvoeringsbepalingen inzake de netwerkradio-omroeporganisaties bevat.

Artikel 13

10. In artikel 13, tweede lid, van het ontwerp wordt bepaald dat als de minister binnen de gestelde termijn geen beslissing neemt, de erkenning voor dat frequentiepakket niet wordt toegekend. Aldus wordt een beroep gedaan op het procedé van de stilzwijgende beslissing.

Al kan dat procedé niet geheel worden afgekeurd wanneer de stilzwijgende beslissing in het voordeel van de betrokkene is, moet toch worden opgemerkt dat aan een stilzwijgende besluitvorming een aantal nadelen zijn verbonden. Zo is een dergelijk procedé in de eerste plaats niet bevorderlijk voor de rechtszekerheid, al was het maar omdat een schriftelijke beslissing ontbreekt, wat tot bewijsproblemen aanleiding kan geven, en de stilzwijgende beslissing in beginsel niet op dezelfde wijze zal worden meegedeeld of bekendgemaakt als uitdrukkelijk genomen beslissingen, met alle gevolgen van dien voor de kenbaarheid en de aanvechtbaarheid van dergelijke stilzwijgende beslissingen. Meer bepaald houdt het procedé van de stilzwijgende beslissing hierdoor ook grotere risico's in voor een schending van de belangen van derden die op een impliciete, doch daarom niet minder verstrekkende wijze, in het gedrang kunnen komen. In de tweede plaats kan het procedé van de stilzwijgende beslissing in strijd komen met het algemeen belang, in zoverre een dergelijk procedé tot gevolg kan hebben dat impliciet beslissingen worden genomen zonder dat daarmee een zorgvuldige voorbereiding en afweging van alle betrokken belangen gepaard gaat. Ten slotte zijn die beslissingen uiteraard niet formeel gemotiveerd, wat de wettigheidscontrole erop kan bemoeilijken.

Artikel 19

11. Voor de rechtsgrond van artikel 19 van het ontwerp verwijst de gemachtigde naar artikel 136 van het Mediadecreet (zie opmerking 4.1), waarbij de Vlaamse Regering onder meer wordt belast met het bepalen van de procedure voor de indiening van de erkenningsaanvragen. In artikel 19, § 3, tweede lid, wordt onder meer bepaald dat een kandidaat voor het verwerven van een erkenning als lokale radio-omroeporganisatie maximaal twee lokale frequentiepakketten kan verwerven waarop twee verschillende omroepprogramma's "moeten"⁶ worden uitgezonden. Dat

⁵ *Beingselen van de wetgevingstechniek – Handleiding voor het opstellen van wetgevende en reglementaire teksten*, Raad van State, 2008, aanbeveling nr. 14.1, te raadplegen op de internetsite van de Raad van State (www.raadvst-consetat.be).

⁶ In een normatieve tekst dienen woorden als "moeten", "dienen te" of "het is vereist dat" waar mogelijk te worden vermeden, aangezien de verplichting al besloten ligt in de aard van de regelgeving. Het uitzenden van identieke radioprogramma's is overigens in principe verboden bij artikel 134/1 van het Mediadecreet.

is echter geen bepaling inzake de erkenningsprocedure, maar inzake de erkenningsvoorwaarden. Er kan evenwel worden aanvaard dat het noodzakelijk is om in de procedurebepalingen te herinneren aan erkenningsvoorwaarden, in dit geval het bepaalde in artikel 145, 2°, b), van het Mediadecreet, waaruit de voormelde erkenningsvoorwaarde blijkt.

Om verwarring te vermijden over de precieze aard van het in de lagere regeling opgenomen voorschrift, zal in dat geval een uitdrukkelijke verwijzing naar de betrokken decreetsbepaling het geëigende middel zijn om de aard van de betrokken bepaling herkenbaar te houden (“Overeenkomstig artikel ... van het decreet van ...”).

Artikelen 20 en 21

12. In de artikelen 20 en 21 van het ontwerp wordt het bedrag van te betalen vergoedingen bepaald. De rechtsgrond daarvoor wordt geboden door artikel 136, tweede zin, van het Mediadecreet. Gelet op formulering van die rechtsgrondbepaling gaat het niet om een belasting, maar om een retributie.

Een retributie dient een geldelijke vergoeding te zijn van een dienst die de overheid presteert ten voordele van de heffingsplichtige, individueel beschouwd, en zij moet een louter vergoedend karakter hebben, zodat er een redelijke verhouding moet bestaan tussen de kostprijs of de waarde van de verstrekte dienst en het bedrag dat de heffingsplichtige verschuldigd is. Bij gemis van een zodanige verhouding verliest de retributie haar vergoedend karakter en wordt zij van fiscale aard.

Of er effectief een redelijke verhouding bestaat tussen de kostprijs of de waarde van de verstrekte dienst en het bedrag van de bijdragen, kan de Raad van State bij gebreke van het nodige feitelijke inzicht ter zake niet beoordelen.

Artikel 43

13. Het besluit van de Vlaamse Regering van 30 maart 2007 ‘betreffende de procedure en de aanvullende kwalificatiecriteria en voorwaarden voor de erkenning van particuliere landelijke, regionale en lokale radio-omroeporganisaties’ is niet langer van toepassing op de lokale radio-omroeporganisaties en wordt ook niet van toepassing gemaakt op de netwerkradio-omroeporganisaties. Bijgevolg is het behouden van de vermelding “lokale” en het invoegen van de vermelding “netwerk-” in het opschrift van het besluit niet zinvol.

Er wordt daarom ter overweging gegeven om, naar analogie van artikel 44, 2°, van het ontwerp, het zinsdeel “wordt tussen het woord ‘regionale’ en de woorden ‘en lokale’ de zinsnede ‘, netwerk-’ ingevoegd” te vervangen door “worden de woorden ‘, regionale en lokale’ vervangen door de woorden ‘en regionale’”.

Artikel 47

14. Artikel 9 van het besluit van 30 maart 2007 is een opheffingsbepaling, en artikel 10 van dat besluit een wijzigingsbepaling. Beide bepalingen zijn uitgewerkt, zodat het zinloos is ze op te heffen.⁷

Artikel 48

15. Bij arrest van de Raad van State, afdeling Bestuursrechtspraak, zijn de vermeldingen “Provincie West-Vlaanderen - 69” en “Provincie Limburg - 68” in de bijlage bij het besluit van de Vlaamse Regering van 12 oktober 2007 vernietigd.⁸ Het opheffen van de “bepalingen (...) 68 en 69” bij artikel 48, 1°, van het ontwerp, is dan ook zinloos. Die bepalingen bestaan immers niet meer.

Artikel 49

16. Ook artikel 49 van het ontwerp is zinledig, om de reden vermeld in opmerking 14. Het gaat immers om de opheffing van een opheffingsbepaling die reeds uitwerking heeft gekregen.

DE GRIFFIER

DE VOORZITTER

Astrid TRUYENS

Jo BAERT

⁷ *Beginnelsen van de wetgevingstechniek – Handleiding voor het opstellen van wetgevende en reglementaire teksten*, Raad van State, 2008, nr. 128, te raadplegen op de internetsite van de Raad van State (www.raadvst-consetat.be).

⁸ RvS 27 maart 2012, nr. 218.637, BIPT.