



RAAD VAN STATE

afdeling Wetgeving

advies 63.261/1

van 2 mei 2018

over

een voorontwerp van decreet van de Vlaamse Gemeenschap
‘houdende wijziging van diverse bepalingen van het decreet van
27 maart 2009 betreffende radio-omroep en televisie’

Op 3 april 2018 is de Raad van State, afdeling Wetgeving, door de Vlaamse minister van Cultuur, Media, Jeugd en Brussel verzocht binnen een termijn van dertig dagen een advies te verstrekken over een voorontwerp van decreet van de Vlaamse Gemeenschap ‘houdende wijziging van diverse bepalingen van het decreet van 27 maart 2009 betreffende radio-omroep en televisie’.

Het voorontwerp is door de eerste kamer onderzocht op 24 april 2018. De kamer was samengesteld uit Marnix VAN DAMME, kamervoorzitter, Chantal BAMPS en Wouter PAS, staatsraden, en Wim GEURTS, griffier.

Het verslag is uitgebracht door Rein THIELEMANS, eerste auditeur.

Het advies, waarvan de tekst hierna volgt, is gegeven op 2 mei 2018.

*

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,¹ alsmede van de vraag of aan de te vervullen vormvereisten is voldaan.

*

STREKKING VAN HET VOORONTWERP

2. Het om advies voorgelegde voorontwerp van decreet strekt ertoe het decreet van 27 maart 2009 ‘betreffende radio-omroep en televisie’ (hierna: Mediadecreet) op diverse punten te wijzigen.

Het voorontwerp van decreet bevat een aantal wetgevingstechnische aanpassingen en verduidelijkingen (artikelen 2, 6, 10, 16, 17 en 18 van het voorontwerp). Daarnaast regelt artikel 4 de communicatie van de VRT over zijn aanbod en zijn beleid als omroeporganisatie in relatie tot het decreet van 17 juni 2016 ‘houdende de normen voor de Vlaamse overheidscommunicatie’; in artikel 7 worden bijkomende regels uitgewerkt betreffende de adviesverplichting van de Vlaamse Regulator voor de Media (hierna: VRM) aan de Vlaamse Regering wanneer de VRT nieuwe diensten of activiteiten wil aanbieden; de artikelen 3 en 5 hebben betrekking op de toepassing van de Algemene Verordening Gegevensbescherming in het kader van de uitoefening van de openbare opdracht en de merchandising- en nevenactiviteiten van de VRT; de artikelen 9, 11 en 12 wijzigen bepalingen in het Mediadecreet betreffende radio-omroeporganisaties; artikel 13 handelt over de informatieverplichting voor niet-lineaire televisieomroeporganisaties bij de promotie van de vervaardiging van en de toegang tot Europese producties; de wijzigingen in de artikelen 14 en 15 vloeien voort uit de goedkeuring van de conceptnota over de Vlaamse regionale televisieomroeporganisaties van 14 juli 2017; de artikelen 19 en 20 wijzigen de bepalingen betreffende de VRM, waarbij deze de bevoegdheid wordt toegekend tot het uitvaardigen van richtsnoeren (na een openbare raadpleging) en adviezen; tevens wordt bepaald wie de VRM vertegenwoordigt bij Vlaamse, interfederale en nationale samenwerkingsverbanden of geschillenorganen waarin hij zitting heeft.

VORMVEREISTEN

3. Artikel 14, 6° tot 11°, van het voorontwerp wijzigt artikel 166/1, § 2, van het Mediadecreet, dat een regeling bevat inzake de vergoeding van de regionale televisieomroeporganisaties door dienstenverdelers² die geld innen voor derden en die het omroepprogramma van de regionale televisieomroeporganisaties doorgeven, op basis van de bereikmeting van hun omroepprogramma.

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

² Zie definitie in artikel 2, 7°, van het decreet van 27 maart 2009: “elke rechtspersoon die door middel van elektronische communicatienetwerken een of meer omroepdiensten levert aan het publiek. De omroeporganisatie die alleen de eigen omroepdiensten ter beschikking van het publiek stelt, is geen dienstenverdelers.”

Deze ontworpen bepalingen hebben betrekking op maatregelen die zouden kunnen worden beschouwd als steunmaatregelen die op grond van artikel 108, lid 3, van het Verdrag ‘betreffende de werking van de Europese Unie’ (hierna: VWEU) moeten worden aangemeld bij de Europese Commissie.

Er dient te worden opgemerkt dat de regeling inzake de nieuwe bereikvergoeding zo is geconcipieerd dat het geld rechtstreeks wordt doorgegeven van de dienstenverdelers aan de regionale televisieomroeporganisaties en dat voor zover er een rechtstreeks verband zou bestaan tussen de abonnees van de dienstenverdelers en de regionale televisieomroeporganisaties, zou kunnen worden aanvaard dat de regeling ontsnapt aan de regels betreffende de staatssteun.³

Tevens dient te worden onderstreept dat volgens de vaste rechtspraak van het Hof van Justitie van de Europese Unie voordelen slechts als steunmaatregelen in de zin van artikel 107, lid 1, VWEU kunnen worden aangemerkt indien zij rechtstreeks of indirect met staatsmiddelen worden bekostigd en aan de staat kunnen worden toegerekend,⁴ waarbij het onderscheid tussen steunmaatregelen van de staten enerzijds en met staatsmiddelen bekostigde steunmaatregelen anderzijds is bedoeld om niet alleen rechtstreeks door de staat bekostigde steun onder het begrip steunmaatregel te brengen, maar ook steun die wordt toegekend door publiek- of privaatrechtelijke lichamen die door de staat zijn aangewezen of ingesteld.⁵ Bovendien wordt in het arrest van het Gerecht van 10 mei 2016 benadrukt dat het onder de overheersende invloed van de overheid staan van de dienstenverleners, het bekostigen met staatsmiddelen en het met een belasting gelijkstellen van de vergoedingen en het beschouwen van dienstverleners als beheerders van met staatsmiddelen verleende steun die moeten worden gelijkgesteld met een entiteit die een overheidsconcessie uitvoert tevens elementen zijn om tot staatssteun te besluiten.⁶

Rekening houdend met de twijfel over de mogelijke kwalificatie van de bij het aan te nemen decreet ingevoegde of gewijzigde maatregelen, waarbij niet uit te sluiten valt dat de ontworpen regeling wordt beschouwd als een regeling betreffende staatssteun in de zin van artikel 107, lid 1, van het VWEU, behoudens zo ze onder één van de vrijstellingscategorieën zouden vallen, doen de stellers van het voorontwerp er goed aan om dit nog eens grondig te onderzoeken, en dit het best in samenspraak met de bevoegde diensten van de Europese Commissie. Mocht na het voormelde onderzoek nog twijfel blijven bestaan over de mogelijke kwalificatie van de maatregelen als staatssteun, dan wordt de adviesaanvrager aangeraden het voorontwerp alsnog aan te melden bij de Europese Commissie, teneinde hierover uitsluitsel te verkrijgen. In dit verband dient te worden herinnerd aan de sanctie die dreigt bij een onterechte niet-aanmelding. Niet aangemelde staatssteun is immers *per se* onwettig (zelfs indien ze

³ HvJ 15 juli 2004, C-345/02, *Pearle*, punten 28-41 en HvJ 13 maart 2001, C-379/98, *PreussenElektra*, punten 57-67.

⁴ Zie o.a. HvJ 17 juni 1999, C-295/97, *Piaggio*, punt 35; HvJ 1 december 1998, C-200/97, *Ecotrade*, punt 35; HvJ 7 mei 1998, C-52/97 tot C-54/97, *Viscido e.a.*, punt 13; HvJ 30 november 1993, C-189/91, *Kirsammer-Hack*, punt 16; HvJ 17 maart 1993, C-72/91 en C-73/91, *Sloman Neptun*, punt 19 en HvJ 21 maart 1991, C-303/88, *Italië/Commissie*, punt 11.

⁵ HvJ 20 november 2003, C-126/01, *GEMO*, punt 23; HvJ 13 maart 2001, C-379/98, *PreussenElektra*, punten 58 en HvJ 7 juni 1988, C-57/88, *Griekenland/Commissie*, punt 12.

⁶ Arrest van het Gerecht van 10 mei 2016, T-47/15, *Bondsrepubliek Duitsland tegen de Europese Commissie*, punt 127.

verenigbaar met het recht van de Europese Unie zou kunnen worden verklaard indien ze correct werd aangemeld),⁷ en die onwettigheid moet door elke rechter, desnoods ambtshalve, worden opgeworpen,⁸ zonder dat de begunstigden van de steun zich op een gewekt vertrouwen kunnen beroepen om de terugbetaling van de steun (met interest) die in dat geval is vereist, te verhinderen.⁹ De nationale rechter – in België ook het Grondwettelijk Hof –¹⁰ is bevoegd om vast te stellen of een maatregel als nieuwe staatssteun moet worden aangemerkt en of, indien dat het geval is, die maatregel bij de Commissie moest worden aangemeld alvorens tot uitvoering te worden gebracht.¹¹

ONDERZOEK VAN DE TEKST

Artikel 4

4. Aangezien het decreet van 17 juni 2016 ‘houdende de normen voor de Vlaamse overheidscommunicatie’ reeds op grond van artikel 2, 1°, d), van toepassing is op de VRT kan beter worden geschreven:

“In afwijking van het decreet van 17 juni 2016 houdende de normen voor de Vlaamse overheidscommunicatie is dat decreet niet van toepassing voor de communicatie van de VRT over haar aanbod en haar beleid als omroeporganisatie.”

Artikel 12

5. Aan de gemachtigde werd gevraagd of artikel 12, 1°, van het voorontwerp tot doel heeft om het mogelijk te maken dat een erkende lokale radio afwijkt van eender welke regel bepaald in artikel 144, eerste lid, van het Mediadecreet, waarbij mogelijk afbreuk zou kunnen worden gedaan aan wat de lokale radio onderscheidt van bijvoorbeeld de landelijke of regionale radio's, dan wel of, zoals de memorie van toelichting lijkt te impliceren, enkel een wijziging van het profiel wordt beoogd en wat daarvan dan de draagwijdte is. De gemachtigde antwoordde:

“Artikel 12 van het ontwerpdecreet wijzigt artikel 146 van het Mediadecreet.

⁷ HvJ 8 december 2011, C-275/10, *Residex Capital IV CV*, punt 28, met verwijzing naar arresten van 21 november 1991, C-354/90, *Fédération nationale du commerce extérieur des produits alimentaires en Syndicat national des négociants et transformateurs de saumon*, punt 17, en 27 oktober 2005, C-266/04-C-270/04, C-276/04 en C-321/04-C-325/04, *Distribution Casino France SAS e.a.*, punt 30.

⁸ HvJ 18 juli 2007, C-119/05, *Lucchini*, punt 61.

⁹ HvJ 20 maart 1997, C-24/95, *Alcan*. Zie ook N. DE VOS, “De rol van het Europese en het Belgische vertrouwensbeginsel bij de terugvordering van Europese subsidies en staatssteun”, *RW* 2012-13, p. 130-131, nrs. 26 en 30; K. LENAERTS en P. VAN NUFFEL, *European Union Law, Sweet & Maxwell*, 2011, p. 377, nr. 11-026.

¹⁰ GwH 7 november 2013, nr. 145/2013, B.2.2.

¹¹ GwH 6 april 2011, nr. 50/2011, B.12.3.1 tot B.12.3.4.

Met een eerste wijziging wordt tussen het tweede en het derde lid van paragraaf 2 een nieuw lid ingevoegd dat luidt als volgt:

(...)

Met deze eerste wijziging wordt vermeden dat lokale radio-omroeporganisaties onmiddellijk nadat ze een erkenning hebben gekregen hun profiel kunnen wijzigen. Dat kan pas na twee jaar. De periode van twee jaar waarin lokale radio-omroeporganisaties hun profiel niet mogen wijzigen wordt verantwoord doordat de lokale radio-omroeporganisaties in hun erkenningsaanvraag een financiële planning van twee jaar moesten opgeven. Het verbod om gedurende twee volle jaren na de erkenning het profiel te wijzigen, geldt alleen voor lokale radio-omroeporganisaties die hun erkenning verkrijgen na de inwerkingtreding van dit decreet.

Wijziging van het profiel is altijd mogelijk geweest. In de gecoördineerde mediadecreten van 1995 stond reeds:

‘De lokale radio-omroepen die, na het verkrijgen van de erkenning, wijzigingen willen aanbrengen in de gegevens vermeld in de door hen ingediende offerte, waardoor wordt afgeweken van de basisvoorwaarden van de erkenning, de algemene programmering, hun statuut of hun aandeelhoudersstructuur, vragen de goedkeuring aan de Vlaamse regering om die wijzigingen door te voeren’ (artikel 38*decies*).

Deze mogelijkheid werd ook behouden in het Mediadecreet 2009 en zelfs versoepeld.

‘De lokale radio-omroeporganisatie die, nadat ze de erkenning hebben verkregen, wijzigingen willen aanbrengen in de gegevens, vermeld in de door hen ingediende offerte, waardoor wordt afgeweken van de aanvullende kwalificatiecriteria, vermeld in artikel 146, § 1, brengen de Vlaamse Regulator daarvan op de hoogte (...)’.

Goedkeuring door de Vlaamse Regering was niet meer nodig. Het volstaat om de Vlaamse Regulator voor de Media op de hoogte te brengen.

Artikel 12 van het ontwerpdecreet verstrengt nu deze mogelijkheid terug door profielwijzigingen de eerste twee jaren na de erkenning niet meer mogelijk te maken.

Artikel 12 van het ontwerp spreekt van afwijkingen van artikel 144, eerste lid, en artikel 145, 2°, c), van het Mediadecreet. Dat betreffen dus alle elementen van die artikelen. De begrippen ‘specifiek profiel, een thematische invulling van het programma-aanbod of een specifiek doelgroepengericht programma-aanbod’ zijn niet strikt afgelijnd en hangen vaak samen. Zo heeft bv. een lokale radio-omroeporganisatie die zich profileert als ‘seniorenzender’ als doelgroep ‘senioren’ en dat zal ook hoorbaar zijn in het doelgroepengericht programma-aanbod dat i.c. dan voornamelijk kan bestaan uit ‘oldies’ en ‘classics’.

Het feit dat het kan gaan om afwijkingen op alle in artikel 144, eerste lid, genoemde elementen doet geen afbreuk aan wat lokale radio onderscheidt van regionale, landelijke, e.a. radio’s.

Landelijke radio’s zenden immers uit voor de hele Vlaamse Gemeenschap (art. 137 Mediadecreet), regionale voor maximaal één provincie (art. 140 Mediadecreet), netwerkradio’s voor een aan hen toegewezen verzorgingsgebied (art. 143/1) en lokale voor een regio, stad, gemeente, een beperkt aantal aaneensluitende gemeenten (art. 144).”

De stellers van het voorontwerp dienen na te gaan of de omschrijving “gegevens ... waardoor wordt afgeweken van artikel 144, eerste lid, en artikel 145, 2°, c)” niet als te ruim kan worden beschouwd en of de ontworpen regeling niet restrictiever moet worden omschreven, aansluitend bij de bedoeling die aan de bepaling ten grondslag ligt.

Artikel 14

6.1. In artikel 14, 1°, van het voorontwerp moet de zinsnede “of de verzorging van het omroepprogramma door de exploitatiemaatschappij, onverminderd ... televisieomroeporganisatie” volgens de gemachtigde niet ingevoegd worden na de woorden “commerciële exploitatie” maar na de woorden “commerciële exploitatie van haar omroepprogramma”.

6.2. Artikel 14, 2°, van het voorontwerp moet volgens de gemachtigde zo geformuleerd worden dat artikel 166/1, § 1, tweede lid, van het Mediadecreet, als volgt komt te luiden:

“Een exploitatiemaatschappij verzorgt de commerciële exploitatie van het omroepprogramma of, onverminderd de redactionele verantwoordelijkheid van de regionale televisieomroeporganisatie, het omroepprogramma van één of meer regionale televisieomroeporganisaties.”

6.3. In artikel 166/1, § 1, tweede lid, van het Mediadecreet, wordt bepaald dat het aandeelhouderschap van een exploitatiemaatschappij voor maximaal 25% plus één aandeel in handen kan zijn van één of meer regionale televisieomroeporganisaties (artikel 14, 3°, van het voorontwerp).

In advies 54.108/3 van 15 oktober 2013¹² heeft de Raad van State, afdeling Wetgeving, opgemerkt dat deze bepaling een beperking van de vrijheid van vestiging inhoudt, vermits het regionale televisieomroepmaatschappijen verbiedt om een controlerend belang te nemen in een exploitatiemaatschappij. Er werd benadrukt dat uit de rechtspraak van het Hof van Justitie van de Europese Unie volgt dat nationale maatregelen die de uitoefening van de in het VWEU gewaarborgde fundamentele vrijheden kunnen belemmeren of minder aantrekkelijk kunnen maken, aan vier voorwaarden moeten voldoen: (1) zij moeten zonder discriminatie worden toegepast, (2) zij moeten hun verantwoording vinden in dwingende redenen van algemeen belang, (3) zij moeten geschikt zijn om de verwezenlijking van het nagestreefde doel te waarborgen, en (4) zij mogen niet verder gaan dan nodig is voor het bereiken van dat doel¹³ en dat zal moeten kunnen worden aangetoond dat de beperking voldoet aan de gestelde voorwaarden, inzonderheid dat de maatregel noodzakelijk is om dwingende redenen van algemeen belang en dat hij proportioneel is. Aan die opmerking wordt thans herinnerd.

¹² Adv.RvS 54.108/3 van 15 oktober 2013 over het voorontwerp dat heeft geleid tot het 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’, *Parl.St.* VI.Parl. 2013-14, nr. 2324/1.

¹³ HvJ 30 november 1995, C-55/94, *Gebhard*, punt 37. Voor een toepassing met betrekking tot het woonplaatsvereiste, zie HvJ 18 januari 2001, C-162/99, *Commissie v. Italië*, punten 16-28, waar onder meer wordt ingegaan op de consequentie dat zo wordt verhinderd om op meerdere plaatsen economisch actief te zijn.

6.4. Gevraagd of de compensatie van 100.000 euro, vermeld in de ontworpen bepaling onder artikel 12, 6°, van het voorontwerp, een bedrag is dat de betrokken regionale omroeporganisaties krijgen naast of in de plaats van of als voorafbetaling van de vergoeding op basis van de bereikmeting, antwoordde de gemachtigde:

“De regeling is als volgt. Van het totale bedrag dat jaarlijks verdeeld moet worden tussen de regionale televisieomroeporganisaties wordt eerst voor elke in artikel 16, 6° van het voorontwerp bedoelde regionale televisieomroeporganisatie 100.000 euro ‘voorafgenomen’. Vervolgens wordt het saldo verdeeld onder alle regionale televisieomroeporganisaties overeenkomstig artikel 166, § 2 Mediadecreet. Dit kan worden verduidelijkt[:]

6° in paragraaf 2 wordt een tweede lid ingevoegd dat luidt als volgt:

‘De regionale televisieomroeporganisaties waarvan het verzorgingsgebied minder dan 750.000 inwoners telt en waarvan, op basis van een of meerdere door de Vlaamse Regering vast te stellen indicatoren, aangenomen kan worden dat de thuistaal van een relatief hoog aandeel inwoners Frans is, ontvangen vanaf 1 januari 2018 van de dienstenverdelers die geld innen voor derden en die het omroepprogramma van de regionale televisieomroeporganisaties doorgeven, hiervoor een compensatie van 100.000 euro. *Dit bedrag wordt voorafgenomen van de jaarlijkse totale vergoeding, vermeld in het vierde lid.* De Vlaamse Regering bepaalt de nadere grenzen van het relatief hoog aandeel’;

De tekst van het voorontwerp zal in die zin worden aangepast.”

De door de gemachtigde geformuleerde suggestie tot aanvulling van het ontworpen artikel 166/1, § 2, tweede lid, van het Mediadecreet, is van aard om de duidelijkheid van de regeling en bijgevolg de rechtszekerheid te bevorderen en kan om die reden worden bijgetreden.

6.5. In de inleidende zin van artikel 14, 8°, van het voorontwerp schrijve men “tussen het vierde lid, dat het vijfde lid wordt en het vijfde lid, dat het zevende lid wordt” in plaats van “tussen het vierde en het vijfde lid”.

6.6. In artikel 14, 9°, van het voorontwerp schrijve men “het bestaande vijfde lid, dat het zevende lid wordt” in plaats van “het bestaande vijfde lid, dat het zesde lid wordt”

6.7. In artikel 14, 10°, van het voorontwerp schrijve men “het bestaande zevende lid, dat het negende lid wordt” in plaats van “het bestaande zevende lid, dat het achtste lid wordt”.

6.8. In artikel 14, 11°, van het voorontwerp schrijve men “het bestaande achtste lid, dat het tiende lid wordt” in plaats van “het bestaande achtste lid, dat het negende lid wordt”.

6.9. In artikel 166/1, § 2, van het Mediadecreet dienen de verwijzingen naar leden van dezelfde paragraaf te worden aangepast aan de invoeging van de twee nieuwe leden.

6.10. Met “bereikvergoedingen” of “vergoedingen” (zie artikel 14, 9°, van het voorontwerp) worden volgens de gemachtigde enkel de vergoedingen op basis van de bereikmeting bedoeld en niet de compensatie beoogd in het nieuw ontworpen artikel 166/1, § 2,

tweede lid, van het Mediadecreet. Het verdient aanbeveling dat de stellers van het voorontwerp nagaan of dit begrip duidelijk is, dan wel dat het nader dient te worden omschreven.

Artikel 19

7. Het ontworpen artikel 218, § 2, eerste lid, 1^o, van het Mediadecreet (artikel 19, 1^o, van het voorontwerp) verleent de bevoegdheid aan de algemene kamer van de VRM om richtsnoeren op te stellen die de bepalingen van het Mediadecreet of de uitvoeringsbesluiten ervan verduidelijken.

Het ontworpen artikel 218, § 3, eerste lid, 2^o, van het Mediadecreet (artikel 19, 2^o, van het voorontwerp) verleent de bevoegdheid om richtsnoeren op te stellen in bepaalde aangelegenheden aan de kamer voor onpartijdigheid en bescherming van minderjarigen.

Gevraagd of de bevoegdheid om richtsnoeren op te stellen een verordenende bevoegdheid is en of deze richtsnoeren bindend zijn en zo niet, wat dan wel de juridische waarde van de richtsnoeren is, antwoordde de gemachtigde:

“Uit de memorie van toelichting blijkt dat het hier niet gaat om een verordenende bevoegdheid: ‘richtsnoeren die bepalingen uit de Vlaamse mediaregelgeving [...] verduidelijken’; ‘[...] kunnen de bepalingen van het Mediadecreet nooit vervangen of aanvullen’.

De richtsnoeren hebben aldus slechts een interpretatieve functie.”

De toelichting van de gemachtigde kan worden bijgetreden.

Het verdient bijgevolg aanbeveling om de tekst van het voorontwerp op dit punt te verduidelijken door erin te expliciteren dat het om niet-bindende interpretatieve richtsnoeren gaat.

DE GRIFFIER

DE VOORZITTER

Wim GEURTS

Marnix VAN DAMME