



RAAD VAN STATE

afdeling Wetgeving

advies 69.217/3
van 20 mei 2021

over

een voorontwerp van decreet van de Vlaamse Gemeenschap ‘tot wijziging van het decreet van 27 maart 2009 betreffende radio-omroep en televisie, wat betreft de gedeeltelijke omzetting van richtlijn (EU) 2018/1972 van het Europees Parlement en de Raad van 11 december 2018 tot vaststelling van het Europees wetboek voor elektronische communicatie’

Op 6 april 2021 is de Raad van State, afdeling Wetgeving, door de Vlaamse minister van Brussel, Jeugd en Media verzocht binnen een termijn van dertig dagen een advies te verstrekken over een voorontwerp van decreet van de Vlaamse Gemeenschap ‘tot wijziging van het decreet van 27 maart 2009 betreffende radio-omroep en televisie, wat betreft de gedeeltelijke omzetting van richtlijn (EU) 2018/1972 van het Europees Parlement en de Raad van 11 december 2018 tot vaststelling van het Europees wetboek voor elektronische communicatie’.

Het voorontwerp is door de derde kamer onderzocht op 11 mei 2021. De kamer was samengesteld uit Wilfried VAN VAERENBERGH, kamervoorzitter, Jeroen VAN NIEUWENHOVE en Koen MUYLLE, staatsraden, Jan VELAERS en Bruno PEETERS, assessoren, en Annemie GOOSSENS, griffier.

Het verslag is uitgebracht door Tim CORTHAUT, auditeur.

Het advies, waarvan de tekst hierna volgt, is gegeven op 20 mei 2021.

*

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

2.1. Het voor advies voorgelegde voorontwerp van decreet van de Vlaamse Gemeenschap beoogt het decreet van 27 maart 2009 ‘betreffende radio-omroep en televisie’ (hierna: Mediadecreet) te wijzigen met het oog op de gedeeltelijke² omzetting van richtlijn (EU) 2018/1972 van het Europees Parlement en de Raad van 11 december 2018 ‘tot vaststelling van het Europees wetboek voor elektronische communicatie’, waarbij onder meer de bevoegdheden van de Vlaamse Regulator voor de Media worden versterkt.

2.2. Het voorontwerp bevat daarnaast een autonome bepaling (artikel 43) die tot doel heeft een kader te creëren voor de verwerking van persoonsgegevens bij de uitvoering van bepaalde taken die onder het Mediadecreet vallen.

BEVOEGDHEID

3.1. Overeenkomstig artikel 4, 6°, van de bijzondere wet van 8 augustus 1980 ‘tot hervorming der instellingen’ zijn de gemeenschappen bevoegd voor “de inhoudelijke en technische aspecten van de audiovisuele en de auditieve mediadiensten”. Bij de Zesde Staatshervorming is de omschrijving van de omroepbevoegdheid van de gemeenschappen op die wijze geherformuleerd en aldus aangepast aan de technologische evolutie en de rechtspraak van het Grondwettelijk Hof.³ Het was daarbij geenszins de bedoeling om de bestaande bevoegdheidsverdeling tussen de federale overheid en de gemeenschappen te wijzigen, wel om ze te bevestigen.⁴ De term ‘audiovisuele mediadienst’ is ontleend aan richtlijn 2010/13/EU van het Europees Parlement en de Raad van 10 maart 2010 ‘betreffende de coördinatie van bepaalde wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen in de lidstaten inzake het aanbieden van audiovisuele mediadiensten (richtlijn audiovisuele mediadiensten)’.

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

² Wat betreft de bevoegdheden van de Vlaamse Gemeenschap.

³ Zie o.m.: Y. PEETERS, “De bevoegdheidsverdeling inzake omroep, telecommunicatie en filmkeuring: kinderen niet toegelaten” in J. VELAERS e.a. (eds.), *De zesde staatshervorming: instellingen, bevoegdheden en middelen*, Antwerpen, Intersentia, 2014, 345-366; J. THEUNIS, “De bevoegdheidsoverdrachten inzake media” in A. ALEN e.a. (eds.), *Het federale België na de Zesde Staatshervorming*, Brugge, die Keure, 2014, 535-546; R. DEBILIO, R. QUECK en D. STEVENS, “La répartition des compétences en matière de communications électroniques après la sixième réforme de l’État: statut quo ou départ vers de nouveaux rivages?”, *TRNI* 2014, 389-402.

⁴ *Parl.St.* Senaat 2012-13, nr. 5-2232/1, 21; adv.RvS 53.932/AV van 27 augustus 2013 over een voorstel dat heeft geleid tot de bijzondere wet van 6 januari 2014 ‘met betrekking tot de Zesde Staatshervorming’, *Parl.St.* Senaat 2012-13, nr. 5-2232/3, 5.

3.2. Het Grondwettelijk Hof heeft in arrest nr. 132/2004 van 14 juli 2004 de inhoudelijke en functionele criteria op grond waarvan een onderscheid moet worden gemaakt tussen ‘telecommunicatie’ (federale bevoegdheid) en ‘omroep’ (thans: mediadiensten) (gemeenschapsbevoegdheid), samengevat als volgt:

“B.10.1. De radio-omroep, die de televisie omvat, kan van de andere vormen van telecommunicatie worden onderscheiden doordat een radio-omroepprogramma openbare informatie verspreidt en vanuit het oogpunt van degene die uitzendt, bestemd is voor het publiek in het algemeen of voor een deel ervan en geen vertrouwelijk karakter heeft. Diensten die geïndividualiseerde en door een vorm van vertrouwelijkheid gekenmerkte informatie leveren, vallen daarentegen niet onder de radio-omroep en behoren tot de bevoegdheid van de federale wetgever.

B.10.2. Doorslaggevend voor radio-omroep en televisie is het ter beschikking stellen van openbare informatie voor het publiek in het algemeen. In een evolutieve interpretatie van het omroepbegrip omvat dit ook het uitzenden op individueel verzoek. Omroepactiviteiten verliezen niet hun aard omdat met de evolutie van de techniek aan de kijker of luisteraar een ruimere mogelijkheid van eigen keuze wordt geboden.”⁵

3.3. Gelet op het voorgaande kan worden aangenomen dat de Vlaamse Gemeenschap bevoegd is voor de in het voorontwerp geregelde aangelegenheden.

Dat geldt eveneens voor het toezicht op ondernemingen in de mediasector, meer bepaald aanbieders van elektronische communicatienetwerken met aanzienlijke marktmacht. Bepalingen in dat verband komen nu al voor in het Mediadecreet en zijn complementair aan het mededingingsrecht waarvoor de federale overheid bevoegd is (artikel 6, § 1, VI, vijfde lid, 4°, van de bijzondere wet van 8 augustus 1980).⁶

Op grond van de voornoemde gemeenschapsbevoegdheid kunnen ook de technische aspecten van de ontvangsttoestellen worden geregeld,⁷ zodat ook artikel 37 van het voorontwerp geacht kan worden te behoren tot de bevoegdheid van de Vlaamse Gemeenschap.⁸

⁵ In dezelfde zin: GwH 22 september 2004, nr. 155/2004, B.4.1 en B.4.2; GwH 13 juli 2005, nr. 128/2005, B.7.2; GwH 9 juli 2013, nr. 95/2013, B.3.3.

⁶ Een van de criteria bij het identificeren van ondernemingen met aanzienlijke marktmacht op de relevante markt is dat het mededingingsrecht alleen niet voldoende is om het vastgestelde marktfalen op adequate wijze aan te pakken (zie het ontworpen artikel 190, § 1, eerste lid, 3°, van het Mediadecreet – artikel 12 van het voorontwerp).

⁷ Zie o.m. adv.RvS 27.536/VR/3 van 26 mei en 9 juni 1998 over een ontwerp dat heeft geleid tot het besluit van de Vlaamse Regering van 13 oktober 1998 ‘inzake het gebruik van normen voor het uitzenden van televisiesignalen’, opmerking 2.1; adv.RvS 29.068/3 van 7 april 1999 over een voorontwerp dat heeft geleid tot het decreet van de Vlaamse Gemeenschap van 3 maart 2000 ‘inzake het gebruik van normen voor het uitzenden van televisiesignalen’, opmerking bij artikel 3, *Parl.St.* VI.Parl. 1999-2000, nr. 106/1, 13-15.

⁸ In dezelfde zin: adv.RvS 68.222/3 van 30 november 2020 over een voorontwerp dat heeft geleid tot het decreet van de Vlaamse Gemeenschap van 12 februari 2021 ‘houdende wijziging van het decreet van 27 maart 2009 betreffende radio-omroep en televisie met betrekking tot de landelijke en regionale radio-omroeporganisaties en de technische eindapparatuur voor FM-radio-ontvangst van radio-omroeporganisaties’, *Parl.St.* VI.Parl. 2020-21, nr. 593/1, 61 (opmerking 4.2.3).

VORMVEREISTEN

4.1. Het voorontwerp bevat bepalingen die de verwerking van persoonsgegevens regelen.

Artikel 36, lid 4, van verordening (EU) 2016/679 van het Europees Parlement en de Raad van 27 april 2016 ‘betreffende de bescherming van natuurlijke personen in verband met de verwerking van persoonsgegevens en betreffende het vrije verkeer van die gegevens en tot intrekking van Richtlijn 95/46/EG (algemene verordening gegevensbescherming)’ (hierna: AVG), gelezen in samenhang met artikel 57, lid 1, c), en overweging 96 van die verordening, voorziet in een verplichting om de toezichthoudende autoriteit, in dit geval de Gegevensbeschermingsautoriteit bedoeld in de wet van 3 december 2017 ‘tot oprichting van de Gegevensbeschermingsautoriteit’, te raadplegen bij het opstellen van een voorstel voor een door een nationaal parlement vast te stellen wetgevingsmaatregel, of een daarop gebaseerde regelgevingsmaatregel in verband met verwerking.⁹

4.2. Uit de bij de adviesaanvraag gevoegde stukken blijkt dat enkel het advies van de Vlaamse toezichtcommissie voor de verwerking van persoonsgegevens werd gevraagd.¹⁰

4.3. In advies 61.267/2/AV van 27 juni 2017 over een voorontwerp dat heeft geleid tot de wet van 3 december 2017,¹¹ heeft de algemene vergadering van de afdeling Wetgeving uiteengezet dat noch de AVG,¹² noch de bevoegdheidsverdelende regels eraan in de weg staan dat in eenzelfde lidstaat meerdere toezichthoudende autoriteiten worden opgericht. In dat advies wordt gesteld dat de gemeenschappen en gewesten autoriteiten kunnen oprichten die toezicht houden op de naleving van de ‘specifieke’ regels die de deelstaten ter uitvoering van de AVG hebben vastgesteld inzake de verwerking van persoonsgegevens in het kader van activiteiten die onder hun bevoegdheid vallen.¹³ Het verlenen van de bevoegdheid aan die autoriteiten om adviezen te geven, teneinde te voldoen aan de verplichting die voortvloeit uit de in opmerking 4.1 aangehaalde verordeningsbepalingen, hoort daar ook onder.

Zoals echter eveneens in het voormelde advies is uiteengezet, is het de Gegevensbeschermingsautoriteit die belast is met het toezicht op de naleving van de ‘algemene’ regels inzake de verwerking van persoonsgegevens, met inbegrip van de algemene regels die de federale overheid ter uitvoering van de AVG heeft vastgesteld.¹⁴ Daaronder valt ook de bevoegdheid om, wat die regels betreft, advies te geven teneinde te voldoen aan de voormelde adviesverplichting.

De conclusie is dan ook dat het advies van de Gegevensbeschermingsautoriteit alsnog moet worden ingewonnen vooraleer het ontwerp doorgang kan vinden.

⁹ Zie GwH 14 januari 2021, nr. 2/2021, B.7.3.

¹⁰ Advies VTC nr. 2021/15 van 2 maart 2021.

¹¹ *Parl.St.* Kamer 2016-17, nr. 54-2648/001, 103-132.

¹² Zie immers artikel 51, lid 1, van de AVG.

¹³ *Parl.St.* Kamer 2016-17, nr. 54-2648/001, 115 (opmerking 7.1).

¹⁴ *Ibid.*, 106-115 (opmerkingen 1 tot 6) en 117 (opmerking 3).

ONDERZOEK VAN DE TEKST

ALGEMENE OPMERKINGEN

5.1. Bij het opstellen van het voorontwerp lijkt nog geen rekening te zijn houden met de wijzigingen die in het Mediadecreet zijn aangebracht door het decreet van 19 maart 2021 ‘tot wijziging van het decreet van 27 maart 2009 betreffende radio-omroep en televisie, wat betreft de gedeeltelijke omzetting van richtlijn (EU) 2018/1808 van het Europees Parlement en de Raad van 14 november 2018 tot wijziging van Richtlijn 2010/13/EU betreffende de coördinatie van bepaalde wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen in de lidstaten inzake het aanbieden van audiovisuele mediadiensten (richtlijn audiovisuele mediadiensten) in het licht van een veranderende marktsituatie’. Al lijken de thans ontworpen wijzigingen inhoudelijk niet te interfereren met de wijzigingen die in het Mediadecreet worden aangebracht door het decreet van 19 maart 2021, dient in het voorontwerp, in voorkomend geval, de wetsgeschiedenis van de te wijzigen artikelen nog te worden aangevuld in het licht van laatstgenoemde wijzigingen (bijv. in artikel 3 van het voorontwerp).

5.2. Onder voorbehoud van hetgeen hierna in dat verband nog wordt opgemerkt, vormt het voorontwerp op het eerste gezicht een getrouwe (gedeeltelijke) omzetting van richtlijn (EU) 2018/1972. De meeste omissies ten opzichte van de richtlijn kunnen worden verklaard door het gegeven dat de omzetting beperkt moet blijven tot de bevoegdheden van de Vlaamse Gemeenschap. De Raad van State, afdeling Wetgeving, kan binnen het tijdsbestek waarover hij beschikt geen uitspraak doen over de volledigheid van de omzetting van de richtlijn, meer bepaald of er geen hiaten of overlappingsen in de omzetting zijn tussen het Vlaamse en het federale niveau.

5.3. Zowel richtlijn (EU) 2018/1972 als richtlijn 2010/13/EU gelden niet enkel voor de Europese Unie, maar ook voor de Europese Economische Ruimte. Bijgevolg zouden in de te wijzigen bepalingen, en zelfs ruimer doorheen het hele Mediadecreet, de verwijzingen naar de Europese Unie het best worden aangevuld met een verwijzing naar de EER, tenzij uit de inhoud van die bepalingen blijkt dat de draagwijdte ervan beperkt is tot lidstaten van de Europese Unie.

Artikel 3

6. In het ontworpen artikel 2, 45°/1, van het Mediadecreet (artikel 3, 12°, van het voorontwerp) moet het woord “gedefinieerd” worden vervangen door “gedefinieerde”.

Artikel 11

7. Het verdient aanbeveling om de definities van “Aanbeveling” en “AMM-richtsnoeren”, die nu voorkomen in het ontworpen artikel 189, eerste lid, van het Mediadecreet, op te nemen in artikel 2 van dat decreet, dat de definities bevat. Artikel 3 van het voorontwerp, waarbij definities worden toegevoegd aan artikel 2 van het Mediadecreet, kan in die zin worden aangevuld.

Artikel 14

8.1. De Vlaamse Gemeenschap kan in beginsel geen verplichtingen opleggen aan organen waarvoor ze niet bevoegd is. Bijgevolg moet in de inleidende zin van het ontworpen artikel 192, eerste lid, van het Mediadecreet worden geschreven “..., draagt de Vlaamse Regulator voor de Media, samen met de andere betrokken nationale regulerende instanties, zorg voor de uitvoering van de marktanalyse, ...”.

8.2. Om dezelfde reden schrijve men in het ontworpen artikel 192, tweede lid, van het Mediadecreet:

“De Vlaamse Regulator voor de Media brengt, samen met de andere betrokken nationale regulerende instanties, de Europese Commissie op de hoogte van ...”.

Artikel 28

9. Aangezien de nadere regelen van de raadplegingsprocedure overeenkomstig het ontworpen artikel 192/14, laatste lid, van het Mediadecreet worden vastgesteld door de Vlaamse Regering, is er geen bezwaar tegen dat de concrete procedure wordt vastgesteld door de Vlaamse Regulator voor de Media (ontworpen artikel 192/14, vierde lid, van het Mediadecreet). Wel moet er in de ontworpen bepaling of bij de door de Vlaamse Regering vast te stellen nadere regelen nog worden bepaald op welke wijze de Vlaamse Regulator voor de Media die procedure moet bekendmaken.

Artikel 29

10. Het ontworpen artikel 192/15 van het Mediadecreet strekt tot omzetting van artikel 32 van richtlijn (EU) 2018/1972. Daarbij lijkt echter een omzetting van artikel 32, lid 10, van de richtlijn te ontbreken, hetgeen moet worden verholpen.

Artikel 33

11.1. In het ontworpen artikel 200/2, derde lid, van het Mediadecreet moet niet enkel melding worden gemaakt van de procedures, maar ook van de richtsnoeren, in lijn met artikel 61, lid 1, van richtlijn (EU) 2018/1972.

11.2. In tegenstelling tot wat in de memorie van toelichting wordt vermeld, lijken de leden 2 en 6 van artikel 61 van richtlijn (EU) 2018/1972 niet te worden omgezet bij het voorontwerp, hetgeen nader moet worden onderzocht.

Artikel 41

12. In de inleidende zin van artikel 41 van het voorontwerp moet worden vermeld dat het ontworpen artikel 223/1 in titel II van het Mediadecreet wordt ingevoegd.

Artikel 43

13. Artikel 43 van het voorontwerp bevat een regeling voor de verwerking van persoonsgegevens. De taken waarop die gegevensverwerking betrekking heeft worden echter niet geïdentificeerd aan de hand van verwijzingen naar de relevante bepalingen van het Mediadecreet, maar door te verwijzen naar enerzijds de artikelen 4 en 34 en, anderzijds, de artikelen 28 en 42 “van dit decreet”. Die artikelen bevatten echter wijzigingsbepalingen die bij de inwerkingtreding van het aan te nemen decreet meteen zijn uitgewerkt. Bijgevolg moet in artikel 43 van het voorontwerp worden verwezen naar de bepalingen die via de voornoemde artikelen in het Mediadecreet worden ingevoegd of gewijzigd, meer bepaald de artikelen 133, § 2, en 201 van het Mediadecreet, enerzijds, en de artikelen 192/14 en 234 ervan, anderzijds.

De Raad van State, afdeling Wetgeving, ziet overigens geen reden waarom de in artikel 43 van het voorontwerp opgenomen regeling inzake de verwerking van persoonsgegevens, die enkel betrekking heeft op bepalingen van het Mediadecreet, niet in dat decreet zelf wordt opgenomen. Dit laatste zou alvast de toegankelijkheid van de betrokken regelgeving ten goede komen.

DE GRIFFIER

DE VOORZITTER

Annemie GOOSSENS

Wilfried VAN VAERENBERGH