



RAAD VAN STATE

afdeling Wetgeving

advies 69.399/3
van 14 juni 2021

over

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

Op 12 mei 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 ontwerp van besluit van de Vlaamse Regering ‘tot wijziging van diverse besluiten over radio-omroep’.

Het ontwerp is door de derde kamer onderzocht op 8 juni 2021. De kamer was samengesteld uit Wilfried VAN VAERENBERGH, 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 14 juni 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, alsmede van de vraag of aan de te vervullen vormvereisten is voldaan.

*

STREKKING VAN HET ONTWERP

2. Het voor advies voorgelegde ontwerp van besluit van de Vlaamse Regering strekt tot wijziging van vier besluiten van de Vlaamse Regering die betrekking hebben op radio-omroep, enerzijds ingevolge het afschaffen van de regionale radio-omroeporganisaties met ingang van 1 januari 2023,¹ en, anderzijds, met het oog op het aanpassen van de procedure en de voorwaarden voor de toekenning van een erkenning als landelijke radio-omroeporganisatie.

2.1. Hoofdstuk 1 van het ontwerp bevat wijzigingen aan het opschrift en artikel 1 van het besluit van de Vlaamse Regering van 13 juni 2003 ‘betreffende de toekenning van zendvergunningen aan de erkende particuliere landelijke, regionale, netwerk- en lokale radio-omroepen’, teneinde daarin de verwijzing naar “regionale” radio-omroeporganisaties te schrappen (artikelen 1 en 2 van het ontwerp).

2.2. Hoofdstuk 2 bevat wijzigingen aan het besluit van de Vlaamse Regering van 30 juni 2006 ‘betreffende de procedure voor de Vlaamse Regulator voor de Media’. De verwijzingen naar regionale radio-omroeporganisaties worden geschrapt (artikelen 3, 5, 6 en 7) en afdeling II van hoofdstuk III, dat de erkenningsprocedures voor landelijke en regionale radio-omroeporganisaties bevat, wordt opgeheven (artikel 4).

2.3. Hoofdstuk 3 voegt aan artikel 17 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- of televisieomroepnetwerk en de bijbehorende zendvergunningen’ een nieuwe bepaling toe die de mogelijkheid tot verlenging van licenties voor het aanbieden van een radio-omroepnetwerk uitsluit (artikel 8).

2.4. Hoofdstuk 4 brengt diverse wijzigingen aan in het besluit van de Vlaamse Regering van 21 april 2017 ‘houdende diverse uitvoeringsbepalingen over radio-omroep en houdende wijziging van diverse besluiten over radio-omroep’.

- Het opschrift wordt gewijzigd aangezien het besluit voortaan ook betrekking heeft op landelijke radio-omroeporganisaties (artikel 9). Een nieuw artikel 5/1 wordt ingevoegd met aanvullende kwalificatiecriteria voor de erkenning als landelijke radio-omroeporganisatie (artikel 10).

¹ Zie het decreet 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’.

- Artikel 9, § 3, wordt gewijzigd teneinde het aantal dossiers dat voor eenzelfde omroepprogramma van een netwerkradio-omroeporganisatie mag worden ingediend, te beperken tot twee (artikel 11). Artikel 12 wijzigt op vergelijkbare wijze artikel 19, § 3, wat betreft de dossiers voor lokale radio-omroeporganisaties.
- Artikel 13 strekt tot invoering van de nieuwe erkenningsprocedure voor landelijke radio-omroeporganisaties. Het ontworpen artikel 25/1 regelt de oproep tot kandidaatstelling. Het ontworpen artikel 25/2 bepaalt wie een aanvraag mag indienen. Het ontworpen artikel 25/3 regelt de indiening van de aanvraag via een webtoepassing bij het Departement Cultuur, Jeugd en Media. Het ontworpen artikel 25/4 bevat een aantal ontvankelijkheidsvoorwaarden voor de erkenningsaanvraag. Er wordt verduidelijkt dat indien een bestaande netwerkradio-omroeporganisatie twee erkenningen als landelijke radio-omroeporganisatie verkrijgt, de erkenning als netwerkradio-omroeporganisatie automatisch vervalt, en dat indien een lokale radio-omroeporganisatie één erkenning als landelijke radio-omroeporganisatie verkrijgt, ook de eerdere erkenning als lokale radio-omroeporganisatie vervalt. Het ontworpen artikel 25/5 bevat een lijst van de bij de erkenningsaanvraag te voegen documenten. Het ontworpen artikel 25/6 bepaalt dat bij de aanvraag een vergoeding van 50 000 euro moet worden betaald per ingediend dossier. Op basis van het ontworpen artikel 25/7 is de houder van een erkenning bovendien jaarlijks een vergoeding voor de ingebruikneming en het behoud van het frequentiepakket verschuldigd, die bestaat uit een forfaitaire som van 150 000 euro, vermeerderd met 2% van de bruto-inkomsten boven 7 500 000 euro. Het ontworpen artikel 25/8 voorziet in de bekendmaking van de ontvankelijke kandidaturen 30 dagen na het verstrijken van de einddatum voor het indienen van de kandidaturen, gevolgd door een eindbeslissing binnen de daaropvolgende 120 dagen die medegedeeld wordt bij aangetekende brief (ontworpen artikel 25/9). Het ontworpen artikel 25/10, ten slotte, bevat een regeling met betrekking tot de verwerking van persoonsgegevens.

2.5. Hoofdstuk 5 voorziet in de opheffing van 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 en regionale radio-omroeporganisaties’ (artikel 14) en bepaalt dat de artikelen 1, 2, 3, 5, 6 en 7 van het ontwerp in werking treden op 1 januari 2023 (artikel 15). De overige bepalingen van het ontwerp treden in werking volgens de normale regels van inwerkingtreding (de tiende dag na de dag van de bekendmaking van het te nemen besluit in het Belgisch Staatsblad).

RECHTSGROND

3. Luidens de aanhef ervan wordt voor het ontwerp rechtsgrond gezocht in de artikelen 136, 138 en 201, § 1, van het decreet van 27 maart 2009 ‘betreffende radio-omroep en televisie’ (hierna: het Mediadecreet).

Het ontwerp vindt hoofdzakelijk rechtsgrond in artikel 136 van het Mediadecreet, meer bepaald voor het regelen van de procedure voor de indiening van de erkenningsaanvragen en de termijnen voor het onderzoek en de afhandeling van de aanvragen, alsook voor het bepalen van een door de kandidaten te betalen inschrijvingsgeld en een vergoeding voor het behoud van de erkenning en de zendvergunning, met inbegrip van de te verstrekken financiële waarborg.

Artikel 138 van het Mediadecreet biedt rechtsgrond voor het vaststellen van de aanvullende kwalificatiecriteria (ontworpen artikel 5/1 van het besluit van de Vlaamse Regering van 21 april 2017).

Artikel 201, § 1, van het Mediadecreet biedt rechtsgrond voor artikel 8 van het ontwerp, dat betrekking heeft op de verlenging van de zendvergunningen.

Onder voorbehoud van hetgeen hierna wordt opgemerkt kan het ontwerp dan ook geacht worden rechtsgrond te vinden in de voornoemde bepalingen van het Mediadecreet.

4.1. Het ontworpen artikel 25/7 van het besluit van de Vlaamse Regering van 21 april 2017 bepaalt dat de erkende landelijke radio-omroeporganisatie voor de ingebruikneming en het behoud van het toegewezen frequentiepakket een jaarlijkse vergoeding betaalt aan de Vlaamse Regulator voor de Media. Die vergoeding bestaat uit een vast bedrag van 150 000 euro en een variabel bedrag van 2 % van de bruto-inkomsten boven 7 500 000 euro.

Artikel 136 van het Mediadecreet bepaalt dat de Vlaamse Regering een “vergoeding” kan bepalen voor het behoud van de erkenning en de zendvergunning. Uit die bepaling volgt dat het bedrag dat de Vlaamse Regering ter uitvoering daarvan vaststelt een “vergoedend” karakter moet hebben, als tegenprestatie voor een door de overheid verstrekte dienst. Die vergoeding moet bijgevolg als een retributie worden beschouwd.

Het Grondwettelijk Hof stelde in dat verband het volgende:

“B.4.4. Zoals in B.3.3 is vermeld, heeft een retributie een louter vergoedend karakter, zodat een redelijke verhouding moet bestaan tussen de kostprijs of de waarde van de verstrekte dienst en het bedrag dat de bijdrageplichtige verschuldigd is. Wanneer het bedrag van de retributie voor een bepaalde categorie van bijdrageplichtigen hoger is, moet dat hogere bedrag worden verantwoord door een verhoogde dienstverlening ten aanzien van die categorie.”²

² GwH nr. 156/2019 van 24 oktober 2019, B.4.4.

In de mate dat de in het ontworpen artikel 25/7 bepaalde vergoeding een variabele component van 2% op de bruto-inkomsten boven 7 500 000 euro bevat, rijst de vraag of het aldus vastgestelde bedrag nog wel een vergoedend karakter heeft voor een door de overheid verstrekte dienst, aangezien er op het eerste gezicht moet van uitgegaan worden dat de dienstverlening vanwege de overheid niet toeneemt door het louter genereren van hogere inkomsten door de vergoedingsplichtige. Het variabele gedeelte van de in te voeren vergoeding zou in dat geval niet als een retributie maar als een belasting moeten worden gekwalificeerd.³

De kwalificatie van het variabele gedeelte van de vergoeding als een belasting, heeft tot gevolg dat het legaliteitsbeginsel inzake belastingen, neergelegd in de artikelen 170, § 1, en 172, tweede lid, van de Grondwet, erop van toepassing is. Hieruit vloeit voort dat de decreetgever zelf alle wezenlijke elementen dient vast te stellen aan de hand waarvan de belastingschuld van de belastingplichtigen kan worden bepaald, zoals de aanwijzing van de belastingplichtigen, de belastbare materie, de heffingsgrondslag, de aanslagvoet en de eventuele belastingvrijstellingen. De machtiging in artikel 136 van het Mediadecreet aan de Vlaamse Regering is daarmee geenszins in overeenstemming.

Indien niet kan worden aangetoond dat ook de variabele component van de vergoeding een vergoedend karakter heeft, en dat het aldus vastgestelde bedrag een tegenprestatie is van een door de overheid verleende dienst, zal voor het aannemen van een dergelijke regeling voorafgaandelijk in een decretale basis moeten worden voorzien, aangezien die vergoeding dan als een belasting moet worden beschouwd, en zal het voorontwerp van decreet dat daarin beoogt te voorzien nog voor advies aan de Raad van State, afdeling Wetgeving, moeten worden voorgelegd.

4.2. De afdeling Wetgeving wenst er evenwel nu reeds op te wijzen dat voor zover bij decreet een belasting zou worden ingevoerd op de inkomsten van de erkende landelijke radio-omroeporganisaties, er rekening zal moeten worden gehouden met het *ne bis in idem*-beginsel in fiscale zaken dat vervat is in artikel 170, § 2, tweede lid, van de Grondwet en de wet van 23 januari 1989 ‘betreffende de in artikel 110, §§ 1 en 2, van de Grondwet bedoelde belastingsbevoegdheid’. Indien de belasting op de inkomsten van de erkende landelijke radio-omroeporganisaties wat betreft de belastbare materie, de belastingplichtige en de belastingbijdrage in essentie identiek zou zijn⁴ aan de bestaande federale inkomstenbelasting, zou die belasting immers in strijd zijn met de eerstgenoemde grondwetsbepaling.

5.1. Het ontworpen artikel 25/10 van het besluit van 21 april 2017 bevat een alomvattende regeling voor de verwerking van persoonsgegevens die het gevolg is van de toepassing van dat besluit.

³ Voor een vergelijkbare herkwalificatie met betrekking tot een door de centra voor de technische keuring van voertuigen verschuldigde vergoeding, zie RvS nr. 244.095 van 2 april 2019, *Belgische Staat/Vlaams Gewest*, punten 34.2 en 34.3.1.

⁴ A. VAN DE VIJVER, *Een verkenning van de grondslagen van het Ne Bis In Idem beginsel in het Belgisch belastingrecht*, Brussel, Larcier, 2015, 88, 152-153 en 191-192 (nrs. 75, 127 en 156); A. VAN DE VIJVER, “*Ne bis in idem* in het Belgisch belastingrecht: rechtsspreuk of algemeen rechtsbeginsel?”, *RW* 2014-15, (1162) 1176.

In advies 68.936/AV⁵ heeft de Raad van State, afdeling Wetgeving, met betrekking tot regelingen die de verwerking van persoonsgegevens als voorwerp hebben, het volgende opgemerkt:

“101. Krachtens artikel 22 van de Grondwet geldt voor elke verwerking van persoonsgegevens en, meer in het algemeen, voor elke schending van het recht op het privéleven, dat het formeel legaliteitsbeginsel^(...) dient te worden nageleefd.

Doordat artikel 22 van de Grondwet aan de bevoegde wetgever de bevoegdheid voorbehoudt om vast te stellen in welke gevallen en onder welke voorwaarden afbreuk kan worden gedaan aan het recht op eerbiediging van het privéleven, waarborgt het aan elke burger dat geen enkele inmenging in dat recht kan plaatsvinden dan krachtens regels die zijn aangenomen door een democratisch verkozen beraadslagende vergadering. Een delegatie aan een andere macht is evenwel niet in strijd met het wettelijkheidsbeginsel voor zover de machtiging voldoende nauwkeurig is omschreven en betrekking heeft op de tenuitvoerlegging van maatregelen waarvan de ‘essentiële elementen’ voorafgaandelijk door de wetgever vastgesteld zijn.⁶

Bijgevolg moeten de ‘essentiële elementen’ van de verwerking van persoonsgegevens in de wet zelf worden vastgelegd. In dat verband is de afdeling Wetgeving van oordeel dat ongeacht de aard van de betrokken aangelegenheid, de volgende elementen in beginsel ‘essentiële elementen’ uitmaken: 1°) de categorie van verwerkte gegevens; 2°) de categorie van betrokken personen; 3°) de met de verwerking nagestreefde doelstelling; 4°) de categorie van personen die toegang hebben tot de verwerkte gegevens; en 5°) de maximumtermijn voor het bewaren van de gegevens.”

5.2. Uit dat advies volgt dat in beginsel in een decretaal kader moet worden voorzien voor de verwerking van persoonsgegevens die uit de toepassing van het besluit van 21 april 2017 voortvloeit.

De gemachtigde verklaarde in dat verband het volgende:

“De Vlaamse overheid werkt op een grondige evaluatie van het mediadecreet dat zal leiden tot een wijziging van het mediadecreet ten einde onder meer in dit decreet ook generieke bepalingen op te nemen inzake de verwerking van persoonsgegevens. Hierbij wordt verwezen naar wat de VTC ook opmerkte en wat in de (aan de Raad van State eveneens bezorgde) nota aan de VR werd opgenomen, nl. ‘De VTC neemt akte van de intentie van de Vlaamse Regering om een brede herziening van de structuur en de terminologie van het Mediadecreet uit te voeren en daarbij ook een algemeen kader voor de verwerking van persoonsgegevens in het decreet op te nemen’.

In afwachting van deze herziening van het mediadecreet worden de bepalingen inzake persoonsgegevens opgenomen in dit besluit.”

⁵ Adv.RvS 68.936/AV van 7 april 2021 over een voorontwerp van wet ‘betreffende de maatregelen van bestuurlijke politie tijdens een epidemische noodsituatie’, *Parl.St.* Kamer 2020-21, nr. 55-1951/001, 119.

⁶ Voetnoot 175 van het aangehaalde advies: Vaste rechtspraak van het Grondwettelijk Hof: zie inzonderheid GwH 18 maart 2010, nr. 29/2010, B.16.1; GwH 20 februari 2020, nr. 27/2020, B.17.

Uit de toelichting van de gemachtigde blijkt dat de Vlaamse overheid zich wel degelijk bewust is van het ontbreken van een decretale basis voor de verwerking van persoonsgegevens. Het legaliteitsbeginsel van artikel 22 van de Grondwet kan evenwel niet tijdelijk opzij worden geschoven in afwachting van het voorhanden zijn van een deugdelijke decretale basis.⁷ Het ontworpen artikel 25/10 van het besluit van 21 april 2017 dient bijgevolg uit het ontwerp te worden weggelaten.

VORMVEREISTEN

6. Onverminderd de opmerking die hiervoor is gemaakt betreffende het ontbreken van een decretale basis voor de regeling inzake de verwerking van persoonsgegevens waarin het ontwerp voorziet, diende met betrekking tot die regeling niet enkel het advies te worden ingewonnen van de Vlaamse Toezichtcommissie, maar ook het advies van de Gegevensbeschermingsautoriteit bedoeld in de wet van 3 december 2017 ‘tot oprichting van de Gegevensbeschermingsautoriteit’. Het is immers de laatstgenoemde autoriteit 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 algemene verordening gegevensbescherming (AVG) heeft vastgesteld. Daaronder valt ook de bevoegdheid om, wat die regels betreft, advies te geven teneinde te voldoen aan de voormelde adviesverplichting.

7. Uit een bij de adviesaanvraag gevoegd verslag van 21 april 2021 blijkt dat over het ontworpen besluit, overeenkomstig artikel 18 van richtlijn (EU) 2018/1972,⁸ een raadpleging van de belanghebbenden heeft plaatsgehad. Aangezien er voor een dergelijke raadpleging thans nog geen decretaal kader voorhanden is,⁹ en bij gebrek aan kennis van alle feitelijke gegevens met betrekking tot de wijze waarop de raadpleging *in concreto* is georganiseerd, kan de Raad van State, afdeling Wetgeving, geen uitspraak doen over de vraag of die raadpleging is gehouden met inachtneming van voldoende waarborgen op het vlak van transparantie ten aanzien van alle belanghebbenden. Het is dan ook gepast om op dit punt een voorbehoud te maken.

⁷ Dat neemt niet weg dat een deel van de verwerking van persoonsgegevens die wordt geregeld in het ontworpen artikel 25/10, het intrinsieke gevolg betreft van de toepassing van bestaande decretale bepalingen, zodat daarvoor als dusdanig geen afzonderlijke decretale grondslag is vereist. Zie onder meer adv.RvS 68.030/3 van 14 oktober 2020 over een ontwerp dat heeft geleid tot het besluit van de Vlaamse Regering van 30 oktober 2020 ‘houdende de erkenningsvoorwaarden van begeleidingsondernemingen en van begeleiders van uitzonderlijk vervoer en houdende wijziging van het besluit van de Vlaamse Regering van 20 december 2013 betreffende de bescherming van de verkeersinfrastructuur in geval van uitzonderlijk vervoer’, opmerking 3.3.

⁸ Richtlijn (EU) 2018/1972 van het Europees Parlement en de Raad van 11 december 2018 ‘tot vaststelling van het Europees wetboek voor elektronische communicatie’.

⁹ Zie het voorontwerp van decreet ‘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’, waarover de Raad van State, afdeling Wetgeving, op 20 mei 2021 advies 69.217/3 heeft uitgebracht, en dat onder meer ertoe strekt om artikel 133, § 2, van het decreet van 27 maart 2009 aan te vullen met een kader voor een dergelijke raadplegingsprocedure.

ONDERZOEK VAN DE TEKST

Artikel 8

8. Gevraagd om te verduidelijken waarom de ontworpen wijziging enkel betrekking heeft op de verlenging van de licentie en niet op de toekenning ervan, antwoordde de gemachtigde het volgende:

“De bepalingen inzake FM-erkenningen en de licenties voor radio-omroepnetwerken zijn twee verschillende kaders. FM-erkenningen betreffen de artikelen 127 e.v. van het mediadecreet en worden toegekend aan omroepen. Licenties voor radio-omroepnetwerken en televisie-omroepnetwerken zijn licenties die aan een netwerkoperator (vb. Norkring) worden toegekend, zie o.m. artikel 202 van het mediadecreet. De netwerkoperator beschikt over de frequentiecapaciteit en verdeelt het omroepprogramma dat door een omroep wordt gemaakt nadat hierover een overeenkomst werd afgesloten. (Vb. Norkring beschikt over een licentie voor mux 11 en mux 5A/5D. Omroepen die hun omroepprogramma willen aanbieden via mux 11 sluiten een overeenkomst met Norkring, vb. BBC World Service, Joe Easy). Meer informatie hierover kan gevonden worden in het Mediaconcentratierapport van de Vlaamse Regulator voor de Media, <https://www.vlaamseregulatormedia.be/nl/mediaconcentratie>, p. 24 ev.)

De toewijzing van licenties voor radio-omroepnetwerken aan FM-omroepen kan niet.

De Vlaamse overheid werkt aan de herziening van het regelgevend kader voor deze licenties, zoals blijkt ook uit de beleidsnota media. Daarbij wordt gedacht aan de piste om deze licenties niet langer aan een netwerkoperator toe te kennen, maar omroepen te erkennen op basis van een beauty contest. Om dit te kunnen realiseren, moeten de pakketten vrijkomen van licentie en daarom wordt de licentie-verlengmogelijkheid voor een radio-omroepnetwerk stopgezet.

Selectie voor frequenties onder het besluit van 2017 betreffen FM frequenties, het besluit van 2008 betreft digitale frequenties (DAB+ en DVB-T).”

Artikel 10

9.1. Het vaststellen van aanvullende kwalificatiecriteria voor de landelijke radio-omroeporganisaties houdt in beginsel een beperking in van de vrijheid van vestiging, maar kan worden verantwoord door de beperkte capaciteit van het radiospectrum, waardoor een selectie op basis van objectieve en niet-discriminerende criteria noodzakelijk is, zoals voortvloeit uit de rechtspraak van het Hof van Justitie¹⁰ en richtlijn (EU) 2018/1972.

In dat verband moet evenwel een voorbehoud worden gemaakt bij de invoering van het vereiste van specifieke media-ervaring in de Vlaamse mediasector (ontworpen artikel 5/1, eerste lid, 2°, c), van het besluit van de Vlaamse Regering van 21 april 2017).

¹⁰ HvJ 18 juni 1991, *Elliniki Radiophonia Tiléorassi*, C-260/89, ECLI:EU:C:1991:254.

Het bevorderen van de pluraliteit van de media kan weliswaar een doelstelling van algemeen belang zijn die beperkingen aan het vrij verkeer kan rechtvaardigen, waarbij kan rekening worden gehouden met het feit dat een relatief kleine mediamarkt onder druk kan staan van spelers uit een gelijkta­lig buurland.¹¹ Rechtstreekse discriminatie op grond van nationaliteit kan in beginsel evenwel slechts worden verantwoord op grond van de rechtvaardigingsgronden vermeld in artikel 52, lid 1, van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie, betreffende de openbare orde, de openbare veiligheid en de volksgezondheid. Hoewel niet kan worden uitgesloten dat ook bepaalde culturele aspecten, in het bijzonder de bescherming van de taal, kunnen behoren tot de openbare orde,¹² kan niet zonder meer worden aangenomen dat dit hier het geval is.¹³

9.2. Gevraagd wat begrepen moet worden onder “plannen, intenties, en engagementen rond digitale radio-uitzendingen via DAB+ en andere vormen van digitale radio” (ontworpen artikel 5/1, eerste lid, 6°, van het besluit van de Vlaamse Regering van 21 april 2017), gelet op het feit dat een erkenning als landelijke radio-omroeporganisatie en de terbeschikkingstelling van het bijhorende FM-frequentiepakket op zich nog geen toekenning van DAB+-frequenties inhoudt, antwoordde de gemachtigde:

“In de eerste plaats wordt genuanceerd dat het niet enkel gaat over DAB+, maar over digitaal radioluisteren in het algemeen. Digitaal radioluisteren omvat niet alleen DAB+, maar ook streaming radio/audio (smart speakers, PC’s, smartphones) en digitale televisie. Dergelijke uitzendtechnieken zijn niet gekoppeld aan frequentiecapaciteit, noch aan strenge voorwaarden. Een kennisgeving van de dienst aan de Vlaamse Regulator voor de Media is voldoende om deze dienst aan te bieden.

De digitalisering van het radiolandschap en de transitie naar digitaal radioluisteren is een uiterst belangrijke doelstelling voor de Vlaamse overheid, ten bewijze daarvan de elementen die opgenomen zijn in de memorie van toelichting bij de wijziging van het mediadecreet van 12 februari 2021, zie <https://www.vlaamsparlement.be/parlementaire-documenten/parlementaire-initiatieven/1459545>. Om die redenen wordt ook gevraagd dat de omroepen inzetten op digitaal radioluisteren, net zoals de landelijke radio-omroeporganisaties vandaag hun omroepprogramma moeten doorgeven via DAB+ op basis van artikel 133 van het mediadecreet.

De gevraagde engagementen hier liggen in het verlengde van bovenvermelde verplichting. Naast onbeperkte ‘capaciteit’ of ‘plaats’ via internet is er bovendien op vandaag nog steeds vrije ruimte op DAB+ en kunnen radiostations hun (FM-)omroepprogramma uitzenden via DAB+, mits het afsluiten van een overeenkomst met de netwerkoperator die vandaag de licentie heeft om DAB+ uitzendingen te verzorgen (zie ook het antwoord op vraag 1).”

¹¹ HvJ 26 juni 1997, *Familiapress*, C-368/95, ECLI:EU:C:1997:325, § 18, en de daar aangehaalde rechtspraak over het Nederlandse omroepstelsel.

¹² T. CORTHAUT, *EU ordre public*, Kluwer Law International, Alphen aan de Rijn, 2012, 333-340.

¹³ De impact van het criterium is weliswaar beperkt, gelet op het feit dat het gaat om een deel­aspect van een beoordelingscriterium dat meetelt voor 20% van de eindbeoordeling. De beoordeling van de proportionaliteit van de toepassing van het criterium is echter pas aan de orde wanneer aanvaard kan worden dat een legitieme rechtvaardigingsgrond werd ingeroepen.

Artikelen 11 en 12

10.1. Gevraagd of het ontworpen artikel 9, § 3, van het besluit van de Vlaamse Regering van 21 april 2017 impliceert dat nog steeds vier frequentiepakketten kunnen worden aangevraagd, maar dat indien er meer dan twee worden aangevraagd deze betrekking moeten hebben op (minstens) twee verschillende omroepprogramma's,¹⁴ antwoordde de gemachtigde het volgende:

“Ja. Stel dat vier pakketten te begeven zijn voor netwerkradio's, dan kon je vroeger voor die vier pakketten vier keer hetzelfde dossier indienen dat betrekking had op hetzelfde omroepprogramma. Nu mogen nog maximaal twee dezelfde omroepprogramma's ingezet worden bij kandidaatstelling voor deze vier pakketten. Hetzelfde geldt voor de lokale omroepen.”

10.2. Op de vraag of dit betekent dat een erkenning twee keer met hetzelfde omroepprogramma kan worden verleend, antwoordde de gemachtigde het volgende:

“Nee. Op basis van het [artikel] 134/1 van het mediadecreet is het verboden om via/op (frequentiepakketten van) onderscheiden erkenningen dezelfde omroepprogramma's aan te bieden. Op dat moment zal de voorkeurkeuze van de netwerkfrequentiepakketten spelen die kandidaten moeten doorgeven bij het indienen van hun dossiers: wie op zijn voorkeuropakket als beste kandidaat eindigt met de eerste voorkeurkeuze kan/moet daar dat omroepprogramma brengen.

Let wel: een lokale radio-omroeporganisatie kan twee erkenningen voor twee lokale pakketten krijgen, maar moet op elk van de pakketten een ander omroepprogramma brengen.”

Artikel 13

11. De gemachtigde bevestigde dat ingevolge het ontworpen artikel 25/4, § 6, van het besluit van de Vlaamse Regering van 21 april 2017, cumul mogelijk is voor een erkenning als landelijke radio-omroeporganisatie en een erkenning als netwerkradio-omroeporganisatie, aangezien de erkenning als netwerkradio-omroeporganisatie enkel vervalt in het geval van twee erkenningen als landelijke omroeporganisatie, maar dat geen cumul mogelijk is tussen een erkenning als landelijke radio-omroeporganisatie en een erkenning als lokale radio-omroeporganisatie. Volgens de gemachtigde volgt dit uit “een keuze die gemaakt werd in het verleden bij de totstandkoming van de desbetreffende herzieningsbepalingen in het mediadecreet”.

¹⁴ Dezelfde vraag rijst *mutatis mutandis* bij het ontworpen artikel 19, § 3, van dat besluit.

Aan de gemachtigde is nog gevraagd of er niettemin geen probleem zou kunnen rijzen indien een aanvrager zowel een erkenning als landelijke radio-omroeporganisatie als een erkenning als netwerkradio-omroeporganisatie verkrijgt, gelet op de onafhankelijkheidsvereisten voor netwerkradio-omroeporganisaties in artikel 143/2, §1, 2°, a), van het Mediadecreet. Het ligt immers niet voor de hand dat in dat geval niet dezelfde personen optreden als vertegenwoordiger van de rechtspersoon. Hierop antwoordde de gemachtigde als volgt:

“Ook dit is een element uit het mediadecreet dat losstaat van de bepalingen van dit uitvoeringsbesluit.

Een onderscheid dient gemaakt te worden tussen drie elementen: cross-ownership van ondernemingen, verenigbaarheid van bestuursmandaten (...) en erkend zijn voor onderscheiden omroeporganisatie/de exploitatie ervan doen.

Cross-ownership (rechtstreekse of onrechtstreekse bindingen tussen omroeporganisaties) situeert zich op het niveau van eigendomsstructuren van vennootschappen en niet noodzakelijk bestuurders ervan.

Een landelijke omroeporganisatie die zowel erkend is als landelijke radio-omroeporganisatie, maar eveneens een netwerkradio-omroepprogramma verzorgt, is erkend voor beide en bijgevolg is hier sprake van bestuurders die in beide zitten, maar in dat geval slaat het verbod van personele unie uiteraard op dit bedrijf vs. andere bedrijven, los van deze eerste, omdat de toegelaten constructies (2 landelijke, 1 landelijke en 1 netwerk) een afwijking zijn van het algemene principe.

Let wel: de interpretatie in concreto valt onder het prerogatief (...) van de Vlaamse Regulator van de Media in deze.”

Die interpretatie lijkt verzoenbaar met artikel 143/2, § 1, 2°, a), tweede lid, van het Mediadecreet, voor zover het woord “andere” in de zin “[d]e leden van de raad van bestuur bekleden geen politiek mandaat en zijn geen beheerder of bestuurder van de openbare omroeporganisatie of een *andere* rechtspersoon die een landelijke, regionale, netwerk- of lokale radio-omroeporganisatie beheert” zo begrepen wordt dat dit niet uitsluit dat *dezelfde* rechtspersoon zowel een landelijke radio-omroeporganisatie als een netwerkradio-omroeporganisatie beheert. Dit zou dan wel voor gevolg kunnen hebben dat indien de activiteiten van de twee radio-omroeporganisaties vervolgens in twee afzonderlijke dochterondernemingen zouden worden ondergebracht, er dan wel beperkingen zouden zijn op wie bestuurder kan zijn, die niet gelden als die radio-omroeporganisaties in één vennootschap zouden zijn ondergebracht. Dat kan leiden tot situaties die mogelijk op gespannen voet staan met het gelijkheidsbeginsel. Het verdient aanbeveling om de regeling vanuit dit oogpunt nog aan een bijkomend onderzoek te onderwerpen.

DE GRIFFIER

DE VOORZITTER

Astrid TRUYENS

Wilfried VAN VAERENBERGH