



RAAD VAN STATE

afdeling Wetgeving

advies 64.801/3
van 27 december 2018

over

een ontwerp van besluit van de Vlaamse Regering ‘betreffende
de deelname van de particuliere niet-lineaire
televisieomroeporganisaties aan de productie van Vlaamse
audiovisuele werken’

Op 26 november 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 ontwerp van besluit van de Vlaamse Regering ‘betreffende de deelname van de particuliere niet-lineaire televisieomroeporganisaties aan de productie van Vlaamse audiovisuele werken’.

Het ontwerp is door de derde kamer onderzocht op 18 december 2018. 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 27 december 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, alsmede van de vraag of aan de te vervullen vormvereisten is voldaan.

*

STREKKING VAN HET ONTWERP

2.1. Het om advies voorgelegde ontwerp strekt ertoe uitvoering te geven aan paragraaf 2 van artikel 157 van het Mediadecreet¹, dat is vervangen bij het decreet van 29 juni 2018 ‘houdende wijziging van diverse bepalingen van het decreet van 27 maart 2009 betreffende radio-omroep en televisie’. Die bepaling luidt vanaf 1 januari 2019 als volgt:²

“De particuliere niet-lineaire televisieomroeporganisaties nemen deel aan de productie van Vlaamse audiovisuele werken, ofwel onder de vorm van een financiële bijdrage aan de productie of de coproductie van Vlaamse audiovisuele werken, ofwel onder de vorm van een gelijkwaardige financiële bijdrage aan het Vlaams Audiovisueel Fonds vzw, opgericht bij het decreet van 13 april 1999 houdende machtiging van de Vlaamse Regering om toe te treden tot en om mee te werken aan de oprichting van de vereniging zonder winstgevend doel Vlaams Audiovisueel Fonds. Deze bijdrage wordt door het Vlaams Audiovisueel Fonds besteed aan Vlaamse, kwalitatieve onafhankelijke coproducties in reeksvorm.

De Vlaamse Regering bepaalt de criteria, de voorwaarden en de procedures voor de deelname van de particuliere niet-lineaire televisieomroeporganisaties aan de productie van Vlaamse audiovisuele werken, met inbegrip van de grondslag, het tarief of het bedrag en eventuele vrijstellingen of verminderingen van de financiële bijdrage.

Het besluit van de Vlaamse Regering strekkende tot de uitvoering van het tweede lid, alsook ieder later besluit van de Vlaamse Regering strekkende tot de wijziging van datzelfde besluit, wordt van rechtswege opgeheven met terugwerkende kracht tot op de datum van de inwerkingtreding ervan als het niet binnen één maand na de goedkeuring door de Vlaamse Regering aan het Vlaams Parlement ter bekrachtiging wordt voorgelegd. Het besluit wordt bekrachtigd bij decreet binnen zes maanden na de goedkeuring ervan. Die periodes worden opgeschort tijdens het parlementaire reces en bij de ontbinding van het parlement.”³

¹ Decreet van 27 maart 2009 ‘betreffende de radio-omroep en televisie’.

² Vermits het te nemen besluit luidens artikel 21 in werking treedt op 1 januari 2019, wordt uitsluitend aan de nieuwe versie van artikel 157 van het Mediadecreet getoetst. Die versie is tot stand gekomen via een amendement dat niet om advies is voorgelegd aan de Raad van State. De afdeling Wetgeving heeft dus onder meer niet kunnen nagaan of het daarin vervatte bekrachtigingsmechanisme voldoet aan de grondwettelijke eisen inzake het legaliteitsbeginsel voor belastingen. Daartoe is onder meer vereist dat de decreetgever zich in de onmogelijkheid bevindt om zelf alle essentiële elementen van een belasting vast te stellen omdat de inachtneming van de parlementaire procedure hem niet zou in staat stellen om met de vereiste spoed te handelen om een doelstelling van algemeen belang te verwezenlijken (zie bv.: GwH 17 juli 2003, nr. 100/2003, B.11.2; GwH 13 maart 2008, nr. 54/2008, B.16; GwH 27 mei 2008, nr. 83/2008, B.5.2; GwH 7 juli 2016, nr. 107/2016, B.4.2). Wat artikel 157 van het Mediadecreet betreft, dient dus een voorbehoud te worden gemaakt.

³ Intussen is de afdeling Wetgeving ook door de Vlaamse Regering om advies verzocht over aanpassingen aan onder meer de artikelen 157 en 218 van het Mediadecreet (adv.RvS 64.649/3 van 11 december 2018 over een voorontwerp

2.2. Het ontwerp bevat nadere regels betreffende de verplichte deelname van de particuliere niet-lineaire televisieomroeporganisaties aan de productie van Vlaamse audiovisuele werken. Het valt uiteen in zes hoofdstukken.

Hoofdstuk 1 bevat de definities (artikel 1) en verduidelijkt dat de rechtspersonen die onder de verwante regelingen van de artikelen 154, 155, 156, en 184/1 van het Mediadecreet vallen of een jaaromzet hebben van minder dan 500.000 euro, niet in het toepassingsgebied ervan vallen (artikel 2).

Hoofdstuk 2 bevat de algemene bepalingen. Artikel 3, eerste lid, bepaalt hoe de niet-lineaire televisieomroeporganisaties hun keuze voor een van de twee ondersteuningsmodellen van artikel 157, § 2 van het Mediadecreet, namelijk coproductie of bijdrage aan het Vlaams Audiovisueel Fonds (hierna: VAF), en de omvang van hun bijdrage moeten aangeven. Bij gebreke van de mededeling van een beslissing bestaat de bijdrage uit een heffing⁴ van 3 miljoen euro (per jaar). Dat bedrag wordt geïndexeerd in overeenstemming met artikel 3, derde en vierde lid. Artikel 4 bepaalt hoe de omvang van de bijdrage in de andere gevallen moet worden bepaald, namelijk 2% van de omzet van het tweede jaar dat aan het bijdragejaar voorafgaat (jaar-2).

Hoofdstuk 3 bevat het kader voor de optie om zelf te investeren in Vlaamse audiovisuele werken. Afdeling 1 heeft betrekking op de indiening en beoordeling door de Vlaamse Regulator voor de Media van de door de niet-lineaire televisieomroeporganisatie voorgestelde projecten. Afdeling 2 strekt tot het organiseren van een opvolgingsmechanisme dat moet garanderen dat de voorgestelde investeringen effectief worden gedaan, bij gebreke waaraan de bijdrage alsnog (geheel of gedeeltelijk) in geld zal moeten worden gestort aan het VAF.

Hoofdstuk 4 bevat het kader voor de rechtstreekse bijdrage aan het VAF door niet-lineaire omroeporganisaties. Artikel 17, § 1, regelt de storting van de bijdrage aan het VAF, die de bijdragen ook op haar website bekendmaakt (artikel 17, § 2). Artikel 17, §§ 3 tot 5, voorziet in de mogelijkheid om aan niet-lineaire televisieomroeporganisaties tegen betaling van een bijkomende bijdrage de kans te geven om de met hun bijdrage gefinancierde producties voor en na de uitzending op open net via hun catalogus aan te bieden.

Hoofdstuk 5 bepaalt hoe dit besluit moet worden toegepast ten aanzien van de in het buitenland gevestigde niet-lineaire televisieomroeporganisaties, meer bepaald door de omzet te berekenen op basis van de omzet van de diensten aangeboden aan “de inwoners van de Vlaamse Gemeenschap”.

van decreet ‘houdende wijziging van artikel 18, 19, 157 en 218 van het decreet van 27 maart 2009 betreffende radio-omroep en televisie’ (hierna: voorontwerp 64.649/3). Artikel 4 van dat voorontwerp strekt ertoe om in artikel 157, § 4, de woorden “onder de bevoegdheid vallen van” te vervangen door de woorden “gevestigd zijn in”, terwijl artikel 5 ervan aan artikel 218, § 2, eerste lid, een punt 16 toevoegt, luidend “16° de uitvoering van de opdrachten omschreven in en/of voortvloeiend uit artikel 157 en de uitvoeringsbesluiten ervan”.

⁴ Het gaat om een belasting (vergelijk met adv.RvS 54.109/3 van 10 oktober 2013 over een voorontwerp dat geleid heeft tot het decreet van 17 januari 2014 ‘tot wijziging van het decreet van 27 maart 2009 betreffende radio-omroep en televisie, houdende invoering van een stimuleringsregeling voor de audiovisuele sector’, opm. 4, *Parl.St.* VI.Parl. 2013-14, nr. 2294/001, 36). Het belastbaar feit is het onvoldoende geïnvesteerd hebben.

In hoofdstuk 6 zijn slotbepalingen ondergebracht. Artikel 19 bevat een afwijkende kalender om het besluit al in 2019 te kunnen toepassen. Artikel 20 herneemt de regeling voor de bekrachtiging vermeld in artikel 157, § 2, laatste lid, van het Mediadecreet. Artikel 21 bepaalt de datum van inwerkingtreding (1 januari 2019) en artikel 22 is de uitvoeringsbepaling.

VOORAFGAANDE OPMERKING

3. Artikel 157, § 2, van het Mediadecreet strekt tot de omzetting van artikel 13, leden 2 en volgende, van de richtlijn audiovisuele mediadiensten (hierna: AVMD-richtlijn),⁵ zoals vervangen bij artikel 1, 18), van richtlijn 2018/1808 van 14 november 2018 (hierna: richtlijn 2018/1808).⁶ Die bepaling is op 18 december 2018 in werking getreden,⁷ en moet zijn omgezet tegen 19 september 2020.⁸

Op grond van artikel 13, lid 2, van de AVMD-richtlijn kunnen lidstaten onder hun bevoegdheid vallende aanbieders van mediadiensten verplichten een financiële bijdrage te leveren aan de totstandkoming van Europese producties. Ook van aanbieders van mediadiensten die zich tot een publiek op hun grondgebied richten maar in andere lidstaten zijn gevestigd, kunnen ze verlangen dat zij dergelijke financiële bijdragen leveren. In lid 6 van hetzelfde artikel wordt dan weer bepaald dat die verplichting niet mag gelden voor aanbieders van mediadiensten “met een lage omzet of een klein publiek”. In lid 7 wordt de Europese Commissie ermee belast richtsnoeren vast te stellen voor het definiëren van de begrippen “klein publiek” en “lage omzet”.

In artikel 2 van het ontwerp wordt bepaald dat de ontworpen regeling niet van toepassing is “op niet-lineaire televisieomroeporganisaties waarvan de omzet (...) van een jaar kleiner is dan 500.000 euro”. Over het uitsluiten van aanbieders met een klein publiek is in dat artikel vooralsnog geen sprake.

De Commissie heeft nog geen dergelijke richtsnoeren vastgesteld. Het is dan ook koffiedik kijken welke grenswaarden de Commissie in dit verband zal vooropstellen.

De gemachtigde verklaarde daarover het volgende:

“De richtsnoeren zoals bedoeld in artikel 13, lid 7 AVMD-richtlijn zijn nog niet vastgesteld en bekendgemaakt. Op het moment dat dit gebeurt, zullen die worden bekeken.

Dit heeft echter ook andere lidstaten niet belet om investeringsverplichtingen op te leggen aan niet-lineaire televisieomroeporganisaties, nog voor de Vlaamse Gemeenschap. Uit een studie van VUB/SMIT van augustus 2018 (“Verplichtingen voor on-demand

⁵ 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)’.

⁶ 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’.

⁷ Artikel 3 van richtlijn 2018/1808 (de twintigste dag na de bekendmaking in *Pb.L.* 28 november 2018, afl. 306).

⁸ Artikel 2 van richtlijn 2018/1808.

audiovisuele mediadiensten om financieel bij te dragen aan de productie van Europese werken. Een analyse van de toepassing in Europese lidstaten”) blijkt dat Duitsland een gelijkaardige regeling invoerde voor niet-lineaire televisieomroeporganisaties met een drempel voor vrijstelling van de bijdrageverplichting bij een kleine jaaromzet van 500.000 euro. We hebben het Duitse voorbeeld gevolgd. Indien de drempel voor vrijstelling lager zou liggen, bestaat het risico dat de verplichte financiële bijdrage van de niet-lineaire televisieomroeporganisaties te klein zal zijn om een kwalitatief coproductieproject in te dienen. Ook andere EU-lidstaten hebben nu al een investeringsplicht voor niet-lineaire televisieomroeporganisaties: België (Franse Gemeenschap), Frankrijk, Italië, Kroatië, Portugal, Slovenië, Spanje en Tsjechië. Verschillende van die landen hebben in hun regeling ook al vrijstellingen op basis van geringe omzet (bv. Ook Franse Gemeenschap (300.000 euro), enz.).”

Feit is dat de Vlaamse overheid vooruitloopt op het standpunt van de Europese Commissie.⁹ De aangehaalde voorbeelden tonen bovendien aan dat over de te hanteren drempelwaarden allerm minst consensus bestaat.

Vermits de door de Commissie voorop te stellen drempelwaarden nog niet gekend zijn, heeft de afdeling Wetgeving dit aspect niet kunnen onderzoeken en moet ze daaromtrent een voorbehoud maken.

RECHTSGROND

4. De rechtsgrond voor het ontworpen besluit wordt gezocht in artikel 3 van het decreet van 13 april 1999 ‘houdende machtiging van de Vlaamse Regering om toe te treden tot en om mee te werken aan de oprichting van de vereniging zonder winstgevend doel Vlaams Audiovisueel Fonds’ en in artikel 157, §§ 2, 3 en 4, van het Mediadecreet.

Die eerste bepaling bevat geen delegatie aan de Vlaamse Regering – er blijkt bijvoorbeeld niet uit dat de Vlaamse Regering het VAF met opdrachten kan belasten –, zodat ze op zichzelf genomen niet als rechtsgrond kan dienen.

Er kan evenwel worden aanvaard dat voor de ontworpen regeling in beginsel kan worden gesteund op artikel 20 van de bijzondere wet van 8 augustus 1980 ‘tot hervorming der instellingen’ (algemene uitvoeringsbevoegdheid), gelezen in samenhang met beide voormelde bepalingen, behoudens wat hierna in opmerkingen 5 tot 7 wordt uiteengezet.

5. De bepalingen die betrekking hebben op de Vlaamse Regulator voor de Media (hierna: VRM) kunnen echter slechts doorgang vinden eenmaal het voorontwerp 64.649/3 is aangenomen. Dat strekt er immers toe om artikel 218 van het Mediadecreet te wijzigen teneinde de VRM te belasten met “de uitvoering van de opdrachten omschreven in en/of voortvloeiend uit artikel 157 en de uitvoeringsbesluiten ervan”.

⁹ Dat is ook het geval voor de versie van artikel 157 van het Mediadecreet die op 1 januari 2019 in werking treedt. Om deze in overeenstemming te brengen met richtlijn 2018/1808 is in het voorontwerp 64.649/3 voorzien in aanpassingen die nog moeten worden doorgevoerd.

6. In artikel 17, §§ 3 tot 5, van het ontwerp is sprake van een *bijkomende financiële bijdrage*.¹⁰ Die regeling heeft geen betrekking op de bijdrage bedoeld in artikel 157, § 2, van het Mediadecreet, maar op het verwerven, door niet-lineaire televisieomroeporganisaties die bijdragen aan de productie van Vlaamse audiovisuele werken in de vorm van een bijdrage aan het VAF, van rechten om producties die gerealiseerd worden met financiële steun van het VAF prominent via een eigen programmacatalogus aan te bieden hetzij (gedurende maximaal zes maanden) voorafgaand aan de eerste lineaire uitzending in open nut, hetzij (gedurende maximaal twaalf maanden) na die eerste uitzending. Daartoe wordt een contract gesloten door de onafhankelijke producent, het VAF en de omroeporganisatie.

Op de vraag wat daarvoor de rechtsgrond is, antwoordde de gemachtigde het volgende:

“Voor artikel 17, § 5, kunnen we als rechtsgrondslag artikel 3 van het VAF-decreet (*decreet van 13 april 1999 houdende machtiging van de Vlaamse regering om toe te treden tot en [om] mee te werken aan de oprichting van de vereniging zonder winstgevend doel Vlaams Audiovisueel Fonds*) inroepen.

Bij de dienstenverdelers werd voor de paragrafen 3 en 4 van het BVR 21 maart 2014 de laatste zin van § 2 van artikel 184/1 als rechtsgrondslag ingeroepen (‘De Vlaamse Regering bepaalt tevens de nadere modaliteiten met betrekking tot de procedure voor de financiële bijdrage aan het Vlaams Audiovisueel Fonds’).”

Hiermee kan niet worden ingestemd. Het gaat niet om modaliteiten van de financiële bijdrage bedoeld in artikel 157, § 2, van het Mediadecreet aan het Vlaams Audiovisueel Fonds, maar om een bijkomende vergoeding die bovenop de bijdrage bedoeld in artikel 157, § 2, van het Mediadecreet komt.¹¹ Zelfs indien zou kunnen worden aangenomen dat de door de gemachtigde aangehaalde bepaling (artikel 184/1, § 2, laatste zin, van het Mediadecreet) rechtsgrond biedt voor een gelijkaardige regeling voor de dienstenverdelers,¹² moet worden vastgesteld dat artikel 157, § 2, van het Mediadecreet geen parallelle delegatie bevat. Artikel 157, § 2, van het Mediadecreet heeft slechts betrekking op de financiële bijdrage met het oog op het realiseren van producties, niet

¹⁰ Bij artikel 7, 6°, van het ontwerp (“betaling van een marktconforme bijkomende financiële bijdrage”) verstrekke de gemachtigde de volgende toelichting:

“a) wie betaalt? De niet-lineaire televisieomroeporganisatie.

b) bijkomend aan wat? Aan de onafhankelijke producent.

c) wie bepaalt de marktconformiteit? Voorwerp van onderhandelingen tussen niet-lineaire televisieomroeporganisatie en producent.”

¹¹ Artikel 157, § 2, handelt over het deelnemen aan de productie van Vlaamse audiovisuele werken, ofwel onder de vorm van een financiële bijdrage aan de productie van Vlaamse audiovisuele werken, ofwel onder de vorm van een gelijkwaardige financiële bijdrage aan het VAF.

¹² In dat verband moet echter worden opgemerkt dat de Raad van State, afdeling Wetgeving, gewezen heeft op het ontbreken van een deugdelijke rechtsgrond voor die parallelle regeling (zie adv.RvS 55.356/3 van 13 maart 2014 over een ontwerp dat geleid heeft tot het besluit van de Vlaamse Regering van 21 maart 2014 ‘betreffende de stimuleringsregeling voor de audiovisuele sector, vermeld in artikel 184/1 van het decreet van 27 maart 2009 betreffende radio-omroep en televisie’, punt 3.4). Artikel 184/1, § 2, is sinds dat advies niet meer gewijzigd, zodat niet zonder meer kan worden aangenomen dat die bepaling voldoende rechtsgrond zou bieden voor die bewuste regeling (artikel 17, §§ 3 tot 5, van het besluit van 21 maart 2014 ‘betreffende de stimuleringsregeling voor de audiovisuele sector, vermeld in artikel 184/1 van het decreet van 27 maart 2009 betreffende radio-omroep en televisie’).

op eventuele bijkomende vergoedingen in het kader van het opnemen van die werken in de catalogus van een niet-lineaire televisieomroeporganisatie. Bovendien moet worden opgemerkt dat artikel 17, §§ 3 tot 5, verplichtingen bevat voor de onafhankelijke producenten die subsidies ontvangen,¹³ en volledig buiten het personeel toepassingsgebied van artikel 157, § 2, van het Mediadecreet vallen.

Tenzij een andere rechtsgrond wordt gevonden voor die bepalingen, moeten ze uit het ontwerp worden weggelaten.

7. In artikel 18 van het ontwerp wordt bepaald dat het te nemen besluit ook van toepassing is op niet-lineaire omroeporganisaties “die gevestigd zijn in een andere lidstaat van de Europese Unie”, wat afwijkt van de geldende tekst van artikel 157, § 4, van het Mediadecreet. Ook wat dit aspect betreft, kan de ontworpen bepaling pas worden aangenomen nadat het Mediadecreet op dit punt is gewijzigd bij het voorontwerp 64.649/3.

VORMVEREISTEN

8.1. Het voorliggende ontwerp voert een mechanisme in dat grote gelijkenis vertoont met de regeling voor de dienstenverdelers in artikel 184/1 van het Mediadecreet, en dat ten uitvoer is gelegd bij het besluit van de Vlaamse Regering van 21 maart 2014. Zowel bij de invoeging van artikel 184/1 in het Mediadecreet¹⁴ als bij dat besluit van 21 maart 2014¹⁵ heeft de Raad van State, afdeling Wetgeving, gewezen op de staatssteunconsequenties. Het gaat immers om een bijdrage die wordt geheven met het oog op het verlenen van subsidies voor de productie van bepaalde audiovisuele werken, wat zonder meer binnen de definitie van staatssteun valt in de zin van artikel 107, lid 1, van het Verdrag betreffende de Werking van de Europese Unie (hierna: VWEU), zodat die maatregel – inclusief de corresponderende heffingen¹⁶ en eventuele vrijstellingen op die heffing – moet worden aangemeld bij de Europese Commissie met toepassing van artikel 108, lid 3,

¹³ Dat blijkt duidelijk uit het antwoord van de gemachtigde op de vraag naar de precieze rol van het VAF bij het contract vermeld in artikel 17, § 5, van het ontwerp. De gemachtigde verklaarde daarover het volgende: “Over de rechtenverhouding tussen producent en niet-lineaire televisieomroeporganisatie beslist het VAF niet. Het contract waarvan sprake is het contract, bedoeld in nr. 19 op blz. 10 van het ‘Deelreglement Creatie’ van het VAF/Mediafonds (https://www.vaf.be/sites/vaf/files/reglementen/1._mf_deelreglement_creatie_20.18.2018.pdf). De overeenkomst die wordt gesloten tussen VAF en producent regelt de modaliteiten van de steun die eerder door de Raad van Bestuur van het VAF was toegezegd, maar regelt geen rechten tussen producent en niet-lineaire televisieomroeporganisaties. Het contract is ook niet afhankelijk van enige rechtenregeling tussen niet-lineaire televisieomroeporganisatie en producent.”

¹⁴ Adv.RvS 54.109/3 van 14 oktober 2013 over een voorontwerp dat geleid heeft tot het decreet van 17 januari 2014 ‘tot wijziging van het decreet van 27 maart 2009 betreffende radio-omroep en televisie, houdende invoering van een stimuleringsregeling voor de audiovisuele sector’, punt 3.

¹⁵ Adv.RvS 55.356/3 van 13 maart 2014 over een ontwerp dat geleid heeft tot het besluit van de Vlaamse Regering van 21 maart 2014 ‘betreffende de stimuleringsregeling voor de audiovisuele sector, vermeld in artikel 184/1 van het decreet van 27 maart 2009 betreffende radio-omroep en televisie’, punt 4.

¹⁶ HvJ 10 november 2016, C-449/14, *DTS Distribuidora de Televisión Digital v. Commissie*, punt 67 (“De wijze waarop een steunmaatregel wordt gefinancierd kan de gehele aldus gefinancierde steunregeling dus onverenigbaar met de gemeenschappelijke markt maken. Derhalve mag het onderzoek van een steunmaatregel niet worden losgekoppeld van de wijze van financiering ervan (zie in die zin arrest van 14 april 2005, AEM en AEM Torino, C-128/03 en C-129/03, EU:C:2005:224, punt 45).”).

van het VWEU, tenzij een beroep kan worden gedaan op een vrijstellingsgrond. Daarbij kan nog worden aangestipt dat het nieuwe artikel 13, lid 3, van de AMVD-richtlijn uitdrukkelijk vereist dat de maatregelen voldoen aan het Unierecht, en in het bijzonder aan de staatssteunregels.

Aan de gemachtigde is daarom gevraagd of de regeling is aangemeld bij de Europese Commissie. Het antwoord luidde:

“Nee. Dit is geen vorm van staatssteun, noch in hoofde van de bijdrageplichtige, noch in hoofde van de ontvanger, gezien de gelden niet van de overheid zelf afkomstig zijn en de bijdrageplichtige de keuze van bijdrage blijft behouden over de manier hoe hij bijdraagt.

Om van staatssteun te kunnen spreken, moet een maatregel toerekenbaar zijn aan de staat en worden bekostigd met staatsmiddelen. Voordelen die rechtstreeks of indirect door staatsmiddelen zijn bekostigd, worden beschouwd als staatssteun. Dat is hier niet het geval. Het gaat hier niet om een subsidie of een lening die door de overheid wordt verstrekt. Er worden hier geen overheidsmiddelen ter beschikking gesteld.”

Daarmee kan niet worden ingestemd. Het gaat allerm minst om een vrije bijdrage van de niet-lineaire televisieomroeporganisaties aan andere private actoren, maar om een verplichte heffing waarvan de overheid het tarief en de modaliteiten bepaalt. Naargelang de optie waarvoor de niet-lineaire televisieomroeporganisatie kiest, wordt het door de overheid opgelegde bedrag ofwel gestort in een door de overheid opgericht en beheerd fonds (het VAF) en door dat fonds gebruikt ter stimulering van nieuwe Vlaamse audiovisuele werken (in welk geval het overheidskarakter van de middelen onmiskenbaar is), ofwel door de niet-lineaire televisieomroeporganisatie rechtstreeks geïnvesteerd in dergelijke producties. Het loutere feit dat een door de overheid opgelegde heffing moet worden doorgestort aan een private actor neemt echter het staatssteunkarakter niet weg, temeer daar die storting pas kan plaatsvinden nadat de ontvangende coproductieprojecten in kwestie door een overheidsorgaan, namelijk de VRM, zijn erkend. Ook in dat scenario gaat het dus allerm minst om een vrijwillige particuliere transactie, en houdt de overheid controle over de herkomst en de besteding van de middelen. Het gaat dus om een heffing met een dwingend bestemmingsverband, die wel degelijk binnen het toepassingsgebied van de staatssteunregels valt.¹⁷

ONDERZOEK VAN DE TEKST

Artikel 2

9. Artikel 2 van het ontwerp bepaalt op welke rechtspersonen het te nemen besluit niet van toepassing is.

9.1. In de eerste plaats worden de rechtspersonen uitgesloten “die vallen onder de toepassing van artikel 154, 155, 156 en (lees: of) 184/1” van het Mediadecreet. Het gaat om de

¹⁷ Zie Ger. 10 mei 2016, T-47/15, *Duitsland v. Commissie*.

televisieomroeporganisatie van de Vlaamse Gemeenschap (de VRT), de particuliere lineaire televisieomroeporganisaties en de dienstenverdelers.

Het is niet evident om deze organisaties en verdelers zonder meer vrij te stellen. De verplichting om door middel van een financiële bijdrage deel te nemen aan de productie van Vlaamse audiovisuele werken is immers een last die verband houdt met een specifieke economische activiteit – het aanbieden van niet-lineaire televisieomroepdiensten – die losstaat van de activiteiten vermeld in de aangehaalde bepalingen van de lineaire televisieomroepen of de dienstenverdelers. Bijgevolg is aan de gemachtigde gevraagd of artikel 2 zo moet worden begrepen dat indien een dienstenverdelers in de zin van artikel 184/1 van het Mediadecreet ook als niet-lineaire televisieomroeporganisatie een dienst aanbiedt in de zin van artikel 157, § 2, van het Mediadecreet, daarvoor dan geen afzonderlijke vergoeding moet worden betaald onder dit besluit.

De gemachtigde antwoordde:

“De redenering is dat elke speler (lineair, niet-lineair, dienstenverdelers) slechts één keer moet bijdragen. Dienstenverdelers die ook een niet-lineair aanbod hebben, en die al bijdragen op grond van artikel 184/1 moeten dus niet dubbel bijdragen. Een niet-lineaire aanbieder die geen dienstenverdelers is zal ook alleen maar moeten bijdragen op grond van artikel 157. Dus beiden moeten maar één keer bijdragen.”

Die stelling kan niet worden bijgetreden. Het gaat immers om te onderscheiden economische activiteiten, zodat rechtspersonen die al onder een van de andere regelingen zouden vallen, voor hun niet-lineaire televisieomroepdiensten vrijgesteld worden van de bijdrage terwijl hun concurrenten voor die dienst wel de specifieke bijdrage zullen moeten betalen, wat ernstige vragen van gelijkheid¹⁸ en staatssteun¹⁹ oproept. Ook een ondernemingsgroep die zijn activiteiten als dienstenverdelers en als aanbieder van niet-lineaire televisieomroepdiensten in twee aparte vennootschappen onderbrengt, zou bijgevolg twee keer de heffing moeten betalen. De vraag of twee activiteiten door een enkele of twee verschillende rechtspersonen wordt uitgeoefend, is geen pertinent criterium van onderscheid, nu de economische impact van die activiteiten verder identiek zijn. De uitsluiting staat bijgevolg op gespannen voet met het gelijkheidsbeginsel.²⁰

9.2 Bovendien worden ook niet-lineaire televisieomroeporganisaties uitgesloten waarvan de rechtspersoon een omzet heeft van minder dan 500.000 euro. Het staat echter aan de Commissie om hiervoor overeenkomstig het nieuwe artikel 13, lid 7, van de AVMD-richtlijn richtsnoeren te bepalen. De aangehaalde verschillen tussen de lidstaten die blijken uit het in opmerking 2 geciteerde antwoord van de gemachtigde tonen aan dat het allerminst zeker is of een

¹⁸ In dat verband moet, naast de artikelen 10 en 11 van de Grondwet, uitdrukkelijk worden gewezen op het nieuwe artikel 13, lid 3, van de AVMD richtlijn, dat vereist dat buitenlandse niet-lineaire televisieomroeporganisaties niet worden gediscrimineerd bij het opleggen van bijdrageverplichtingen. Dat lijkt wel het geval te zijn indien lokale aanbieders zijn vrijgesteld omdat ze al een andere belasting betalen (over een ander deel van hun activiteit), terwijl aanbieders die gevestigd zijn in een andere lidstaat (en daardoor niet onder de artikelen 154, 155, 156 of 184/1 kunnen vallen) wel de belasting moeten betalen.

¹⁹ Het gaat immers om de vrijstelling van een last die gewoonlijk op ondernemingen die niet-lineaire televisieomroepdiensten aanbieden rust, die voor specifieke ondernemingen echter wordt weggenomen, zie bv. HvJ 27 juni 2017, C-74/16, *Congregación de Escuelas Pías Provincia Betania*, punten 65-66.

²⁰ Indien het onderscheid toch wordt behouden, moet ook om deze reden worden aangemeld bij de Europese Commissie in overeenstemming met artikel 108, lid 3, van het VWEU.

omzet van 500.000 euro als grenswaarde zal worden gebruikt door de Europese Commissie. Bijgevolg kan nu nog niet worden beoordeeld of de in het ontwerp gehanteerde drempelwaarden verenigbaar zijn met de richtlijn.

Indien de stellers van het ontwerp desondanks niet wensen te wachten op de vaststelling door de Europese Commissie van die richtsnoeren, zullen zij erover moeten waken dat het besluit in voorkomend geval zo snel mogelijk wordt aangepast. De stellers moeten er, voor ze die stap zetten, rekening mee houden dat ze in dat geval mogelijk voor een complexe teruggave van de onverschuldigde heffing komen te staan, zeker in het geval dat de niet-lineaire televisieomroeporganisatie ervoor zou hebben gekozen om rechtstreeks te investeren in producties.

Artikel 3

10. Artikel 3 van het ontwerp is uiterst verwarrend gesteld.

10.1. Artikel 3, eerste lid, doet uitschijnen dat de niet-lineaire televisieomroeporganisaties zelf het bedrag bepalen dat ze wensen uit te geven. Dat is uiteraard niet het geval. Wel moeten ze blijkbaar zelf meedelen welk bedrag ze met toepassing van artikel 4 verschuldigd zijn, zodat de mededeling te beschouwen is als een belastingsaangifte. Ter verduidelijking, en om beter het onderscheid te maken met het bedrag van de forfaitaire bijdrage die men enkel verschuldigd is bij stilzwingen (artikel 3, tweede lid, van het ontwerp), wordt het eerste lid het best aangevuld met de woorden “vermeld in artikel 4, tweede lid”.

10.2. Aan de gemachtigde is gevraagd om te bevestigen dat de termen “Het bedrag” in artikel 3, derde lid, en “De compensatie” in artikel 3, vierde lid, telkens verwijzen naar “De forfaitaire bijdrage” in artikel 3, tweede lid. Het gebruik van verschillende bewoordingen voor eenzelfde term is verwarrend, en moet worden vermeden.

De gemachtigde antwoordde daar het volgende op:

“Beide termen verwijzen naar hetzelfde. ‘Compensatie’ kan/mag worden vervangen door ‘forfaitaire bijdrage’.”

Daarmee kan worden ingestemd. Bovendien moeten in artikel 3, derde lid, de woorden “van de forfaitaire bijdrage” worden ingevoegd tussen “Het bedrag,” en “vermeld”.

Artikel 4

11. In artikel 4, eerste lid, van het ontwerp wordt bepaald wat als “omzet” in aanmerking wordt genomen voor het berekenen van het bedrag van de financiële bijdrage. Het gaat om

“de inkomsten, exclusief btw, verworven uit:

1° de levering van niet-lineaire televisiediensten aan de eindgebruiker, waaronder maar niet beperkt tot betaling door de consument;

2° overeenkomsten met dienstenverdelers;

3° valorisatie van data;

4° audiovisuele commerciële communicatie.”

Dat begrip ‘omzet’ is niet duidelijk genoeg afgebakend.

11.1. Wat de in België gevestigde omroeporganisaties betreft die onder de bevoegdheid van de Vlaamse Gemeenschap vallen, volgt uit de redactie van artikel 4, eerste lid, dat hun volledige activiteit (d.w.z. de door hen wereldwijd gerealiseerde activiteiten) onder de omschrijving van ‘omzet’ vallen. Dat kan niet de bedoeling zijn, gelet op artikel 13, lid 3, van de AVMD-richtlijn.²¹ Een territoriale beperking is daarom noodzakelijk. Er zou overigens moeten worden overwogen om de dienstverlening te koppelen aan het abonnement en niet aan de plaats waar gebruik wordt gemaakt van de dienst.²²

11.2. Uit artikel 18 van het ontwerp blijkt dat het te nemen besluit ook van toepassing zal zijn op niet-lineaire televisieomroeporganisaties die gevestigd zijn in een andere EU-lidstaat en niet-lineaire televisiediensten aanbieden die “gericht zijn op de Vlaamse Gemeenschap”. Voor die omroeporganisaties wordt dus wel voorzien in een territoriale beperking die overeenstemt met de AVMD-richtlijn.²³

“In dat geval”, zo bepaalt artikel 18, “wordt de omzet (...) verworven door diensten aan te bieden aan *inwoners van de Vlaamse Gemeenschap*” (cursivering toegevoegd). Dat lijkt te impliceren dat ook diensten aangeboden aan inwoners van Brussel-Hoofdstad in rekening moeten worden gebracht. Zoals de bepaling is geconcipieerd, is ze echter onuitvoerbaar omdat in het tweetalige gebied Brussel-Hoofdstad niet kan worden bepaald wie als “inwoners van de Vlaamse Gemeenschap” te beschouwen zijn.²⁴ Bijgevolg moet de regeling uitdrukkelijk worden beperkt tot het Nederlandse taalgebied, in lijn met wat de gemachtigde antwoordde over de berekening van de omzet:

“Hiermee worden de natuurlijke personen of rechtspersonen in het Nederlandse taalgebied bedoeld waar diensten worden aangeboden. We hebben hierbij een evenwicht gezocht zoals voorzien in de stimuleringsregeling voor de dienstenverdelers.”

Dat de berekening van de omzet, gelet op de bevoegdheidsverdeling, uitsluitend dient te gebeuren op basis van de diensten gericht op het Nederlands taalgebied, vormt geen probleem in het licht van de artikelen 10 en 11 van de Grondwet.

²¹ Daarin wordt bepaald dat “de financiële bijdrage uitsluitend [wordt] gebaseerd op de inkomsten die zijn gegenereerd in de lidstaten waarop de diensten gericht zijn. Indien de lidstaat waar de aanbieder is gevestigd, een dergelijke financiële bijdrage oplegt, houdt deze lidstaat rekening met eventuele financiële bijdragen die zijn opgelegd door lidstaten waarop de diensten gericht zijn.”

²² Zie in dat verband verordening (EU) 2017/1128 van het Europees Parlement en de Raad van 14 juni 2017 ‘betreffende grensoverschrijdende portabiliteit van online-inhoudsdiensten in de interne markt’.

²³ Uit artikel 13, lid 2, van de AVMD-richtlijn volgt onder meer dat lidstaten die “onder hun bevoegdheid vallende aanbieders van mediadiensten verplichten een financiële bijdrage te leveren (...), ook van aanbieders van mediadiensten die zich tot publiek op hun grondgebied richten maar in andere lidstaten zijn gevestigd, [kunnen] verlangen dat zij dergelijke financiële bijdragen leveren”.

²⁴ Zo heeft de Grondwetgever het in artikel 128, § 2, van de Grondwet over “instellingen” en niet over individuen, omdat hij er angstvallig over gewaakt heeft de subnationaliteit te weren.

11.3. De in België gevestigde niet-lineaire televisieomroeporganisaties die niet onder de bevoegdheid van de Vlaamse Gemeenschap vallen, bijvoorbeeld omdat ze in het Franse taalgebied gevestigd zijn, lijken niet onderworpen te worden aan de bijdrageregeling, ook niet in zoverre ze niet-lineaire televisiediensten aanbieden die gericht zijn op de Vlaamse Gemeenschap. Dat is echter het gevolg van de redactie van artikel 157 van het Mediadecreet, waarover de afdeling Wetgeving zich niet heeft kunnen uitspreken.²⁵

12. Het bedrag van de bijdrage wordt in artikel 4, tweede lid, van het ontwerp bepaald op 2% van de omzet van het tweede jaar dat voorafgaat aan het jaar van de bijdrageplicht.

Gelet op het gelijkheidsbeginsel, de staatssteunaspecten en de mogelijke verstoring van de mededinging, is aan de gemachtigde gevraagd om te verduidelijken hoe dit bedrag zich verhoudt tot de omvang van de verplichtingen die worden opgelegd uit hoofde van artikel 184/1 van het Mediadecreet aan de dienstenverdelers (1,3 euro per abonnee), en de niet-becijferde verplichtingen in de artikelen 154, 155 en 156 van het Mediadecreet voor de televisieomroeporganisatie van de Vlaamse Gemeenschap en de particuliere lineaire televisieomroeporganisaties.

De gemachtigde antwoordde het volgende:

“In de studie van VUB/SMIT werd aanbevolen om een variatie in percentages te beperken. Daarom wordt in dit besluit slechts één percentage gehanteerd. 2% komt ongeveer overeen met de percentages die een aantal lidstaten zoals Duitsland, Frankrijk en Kroatië hanteren voor haar investeringsplicht voor niet-lineaire televisieomroeporganisaties. Lidstaten die een hoger percentage aanrekenen combineren dit ook met een andere definitie van omzet.

De artikelen 154, 155 en 156 van het Mediadecreet regelen de verplichtingen voor de lineaire televisieomroeporganisaties (50% Europese producties in programma-aanbod, 10% onafhankelijke producties). De verplichtingen zijn overgenomen uit de AVMD-richtlijn (artikelen 16 en 17). Het nieuwe artikel 157 is de omzetting van artikel 13 AVMD-richtlijn. De Europese wetgever stelt dat aan lineaire en niet-lineaire televisieomroeporganisaties verschillende verplichtingen worden opgelegd. De EU-wetgever vindt het niet nodig dat, wat betreft investeringsverplichtingen in Europese content, lineaire en niet-lineaire televisieomroeporganisaties identiek worden behandeld.

Artikel 184/1 geldt voor dienstenverdelers. Artikel 157 en voorliggend besluit voor niet-lineaire televisieomroeporganisaties. Zoals de definities in het Mediadecreet aantonen gaat het om twee verschillende soorten spelers met verschillende activiteiten. Een niet-lineaire televisieomroeporganisatie levert programma's en een dienstenverdelers levert omroepen. Ook hier is dus een verschillende behandeling verantwoord. Het feit dat dienstenverdelers moeten bijdragen op basis van het aantal abonnees en niet-lineaire televisieomroeporganisaties op basis van omzet wordt verantwoord door de AVMD-richtlijn die een bijdrageplicht voor niet-lineaire televisieomroeporganisaties zelf ook bepaalt op basis van omzet en niet op basis van abonnees.”

Die uiteenzetting overtuigt niet en is bovendien in strijd met de logica achter de uitsluiting in artikel 2 van rechtspersonen die al de vergoeding betalen onder artikel 184/1 van het

²⁵ Zie voetnoot 2.

Mediadecreet. Als een dienstenverdelers zich inderdaad in een fundamenteel andere positie bevindt – wat op zich niet onredelijk is als uitgangspunt, ook al lijkt het toch om concurrerende diensten te gaan – is er geen enkele reden waarom het betalen van die vergoeding in de plaats zou kunnen komen van de vergoeding onder artikel 157, § 2, van het Mediadecreet.

13. Aan de gemachtigde is gevraagd of uit artikel 4, tweede lid, van het ontwerp moet worden afgeleid dat niet-lineaire televisieomroeporganisaties de eerste twee jaar zijn vrijgesteld van de bijdrageplicht. Als ze in het jaar x actief worden, realiseren ze in de jaren $x-2$ en $x-1$ geen omzet en worden ze pas bijdrageplichtig vanaf het jaar $x+2$.

De gemachtigde verklaarde daaromtrent het volgende:

“De berekening gebeurt op basis van de omzet van het tweede jaar voorafgaand aan het jaar van bijdrageplicht (jaar $x-2$). Dit is om praktische redenen. Jaarrekeningen moeten normaal pas binnen zeven maanden na de datum van afsluiting van het boekjaar bij de Balanscentrale worden neergelegd. Als we zouden werken met de resultaten van jaar $x-1$ bestaat het risico dat die cijfers nog niet beschikbaar zijn op het moment dat de niet-lineaire televisieomroeporganisaties het bedrag van deelname moeten bekendmaken.”

De vraag rijst of de praktische redenen die samenhangen met de keuze voor de vaststelling van de vrij door de stellers van het ontwerp gekozen grondslag voor de bijdrage kunnen verantwoorden dat economische operatoren die dezelfde activiteit aanbieden verschillend worden behandeld, louter omdat de ene eerder op de markt is verschenen dan de andere. Er bestaan nochtans heffingscriteria, zoals het in artikel 184/1 van het Mediadecreet gehanteerde bedrag per abonnee, die het mogelijk maken om een gelijkaardige bijdrage in te voeren zonder dat dit aanleiding geeft tot deze ongelijke behandeling. Zelfs indien aanvaard wordt dat praktische bezwaren een legitieme reden kunnen vormen voor het onderscheid, moet worden vastgesteld dat de ongelijke behandeling niet noodzakelijk is, zodat de voorliggende regeling op gespannen voet staat met het gelijkheidsbeginsel. Tenzij een betere verantwoording kan worden gegeven, zal de regeling moeten worden herbekeken vanuit dit oogpunt.

14. Uit artikel 4, derde lid, van het ontwerp volgt dat de niet-lineaire televisieomroeporganisaties hun omzet moeten bewijzen met stukken die gevalideerd zijn door een bedrijfsrevisor, maar er wordt niet expliciet bepaald dat die stukken bij de brief bedoeld in artikel 3 moeten worden gevoegd. Ook wordt niet bepaald wat er gebeurt indien die stukken niet worden voorgelegd of indien de overheid de berekening in twijfel zou trekken. Het ontwerp wordt het best aangevuld met de nodige procedurele bepalingen. Dat geldt des te meer indien men de niet-naleving zou willen sanctioneren.²⁶

Artikel 7

15. Artikel 7, 4^o, van het ontwerp, waarbij wordt vereist dat het coproductieproject wordt ingediend samen met minstens één onafhankelijke producent met zetel in het Vlaamse

²⁶ Zoals artikel 3, tweede lid, van het ontwerp is gesteld, geldt het erin geschetste gevolg enkel bij het ontbreken van de aangetekende brief en niet als in de melding verkeerde gegevens zijn opgenomen.

Gewest of het Brusselse Hoofdstedelijke Gewest, die de rol van afgevaardigde producent waarneemt, houdt een beperking in van de vrijheid van vestiging, die door de gemachtigde als volgt wordt verantwoord:

“De beperking wordt ingegeven ter bevordering van de Vlaamse audiovisuele productiesector en is een legitiem doel. De voorwaarde van art. 7, 1° is niet omvattend voor 7.4° in die zin dat het ook een Vlaams/Brusselse audiovisuele producent omvat.”

De ontworpen voorwaarde betreft een discriminatie op grond van nationaliteit, die enkel kan worden verantwoord op basis van de vereisten vermeld in artikel 52, lid 1, van het VWEU, en niet op grond van de *rule of reason*. Argumenten op basis van de bescherming van de Vlaamse cultuur komen niet zonder meer in aanmerking, nu het Vlaamse karakter van de productie al wordt verzekerd door de artikelen 1, 2°, en 7, 1°, van het ontwerp. Wat overblijft is dus, zoals de gemachtigde ook impliciet toegeeft, in essentie economisch protectionisme, een regeling die ten goede komt aan producenten gevestigd in Vlaanderen of Brussel. Louter economische redenen kunnen echter geen beperkingen van het vrij verkeer rechtvaardigen.

De beperking lijkt daarenboven onverenigbaar met de Belgische EMU.²⁷

Tenzij ervoor alsnog een deugdelijke verantwoording kan worden geboden, moet worden afgezien van de ontworpen bepaling.

Artikel 9

16. Artikel 9 van het ontwerp bepaalt een aantal elementen die de erkenningsaanvraag verplicht moet omvatten, maar die als dusdanig niet het voorwerp uitmaken van de beoordeling bedoeld in artikel 10. Bijgevolg lijkt het veeleer te gaan om ontvankelijkheidsvoorwaarden dan om erkenningsvoorwaarden. In die lezing staat die bepaling echter niet op haar plaats, nu de beoordeling van de ontvankelijkheidscriteria al wordt geregeld bij artikel 8.

De gemachtigde zegt daarover het volgende:

“Het feit dat er in artikel 7 naar wordt verwezen maakt dat het ook ontvankelijkheidsvoorwaarden zijn. Wetgevingstechnisch zou het juister zijn om artikel 9 te integreren in artikel 7. Maar voor de praktische uitvoering van het besluit maakt dat geen verschil waardoor artikel 9 kan blijven zoals het is.”

De gemachtigde verwijst terecht naar artikel 7, 8°, van het ontwerp. In het licht van die toelichting zou het de leesbaarheid van het ontwerp echter ten goede komen om de artikelen 8 en 9 van plaats te verwisselen.

²⁷ Zie artikel 6, § 1, VI, derde lid, van de bijzondere wet van 8 augustus 1980 ‘tot hervorming der instellingen’, dat formeel enkel gericht is tot de gewesten, maar ook geldt voor de toegang tot economische activiteiten die onder de bevoegdheid van de gemeenschappen vallen. De bepaling geldt immers “als de uitdrukkelijke uiting van de wil van de bijzondere wetgever om een eenvormige basisregeling van de organisatie van de economie in een geïntegreerde markt te handhaven” (zie o.m. GwH 14 november 1991, nr. 32/91, 5.B.1.7).

Artikel 14

17. In artikel 14, derde lid, van het ontwerp wordt bepaald dat een niet-lineaire televisieomroeporganisatie die onvoldoende heeft geïnvesteerd in coproductieprojecten, de volledige bijdrage dient te betalen, zonder aftrek van investeringen. Dat heeft tot gevolg dat een omroeporganisatie in dat geval netto een hoger bedrag dan de opgelegde bijdrage zal moeten betalen, dat mogelijk zelfs het impliciete plafond opgenomen in artikel 3, tweede lid (3 miljoen euro), te buiten zal gaan.

Aan de gemachtigde is gevraagd of dit wel een proportionele sanctie is. Deze verklaarde daarover het volgende:

“De bijdrage waarvan sprake in artikel 14, derde lid moet worden betaald als de niet-lineaire televisieomroeporganisatie onvoldoende investeringen in coproductieprojecten heeft voorgelegd. Het gaat om het volledige bedrag van artikel 3, zonder aftrek van investeringen die al zijn voorgelegd. Wanneer dat buiten de wil van de niet-lineaire omroep gebeurt, is de bijdrage minder (artikel 14, vierde lid). In artikel 14, derde lid, is het niet buiten de wil van de niet-lineaire omroep gebeurd.”

De ontworpen regeling is strenger dan het betoog van de gemachtigde laat uitschijnen. De enige externe oorzaak die immers wordt aanvaard als reden voor clementie in artikel 14, vierde lid, is de weigering van een project door de VRM. Andere moeilijkheden die niet (geheel) aan de niet-lineaire televisieomroeporganisatie kunnen worden toegeschreven, leiden niet tot het recht om de al gedane investeringen in acht te nemen.

Het antwoord van de gemachtigde biedt ten gronde geen verantwoording waarom de eigen schuld van de niet-lineaire televisieomroeporganisatie überhaupt doorslaggevend moet zijn. Het gaat immers niet om een regeling die tot gevolg heeft dat bij overmacht een verplichting om te investeren wegvalt, maar om een regeling die er enkel voor zorgt dat de rechtstreekse investering wordt omgezet in een bijdrage aan het VAF. In alle andere gevallen wordt de effectieve bijdrage simpelweg verhoogd. Wie 90% van de projecten correct uitvoert, maar een probleem kent bij 10% ervan, zal niettemin bovenop de gerealiseerde 90%, nog eens de volle 100% moeten storten aan het VAF, mogelijk zelfs voorbij de drempel van artikel 3, tweede lid. Met andere woorden: de niet-lineaire televisieomroeporganisatie die de hele regeling negeert, zou nog beter af kunnen zijn dan de niet-lineaire televisieomroeporganisatie die om een andere reden dan de weigering van de VRM problemen heeft met een project. Het paradoxale gevolg is dat een niet-lineaire televisieomroeporganisatie die 100% van zijn coproductieprojecten niet uitvoert, geen enkele bijkomende bijdrage moet betalen – met andere woorden, eens een coproductie in de problemen komt, is het goedkoper om ze allemaal te schrappen, dan met de rest door te gaan. Want of men nu 99% of 0% realiseert, men zal toch de volle 100% aan het VAF moeten storten. De ongelijke behandeling die uit die sanctie voortvloeit, waarbij de minst slecht presterende niet-lineaire televisieomroeporganisaties het zwaarst zullen worden getroffen, is niet te verantwoorden.²⁸

²⁸ Het feit dat een gelijkaardige regeling terug te vinden is in artikel 184/1, § 3, derde lid, van het Mediadecreet kan geen verantwoording bieden.

De ontworpen sanctieregeling staat daarmee op gespannen voet met de artikelen 10 en 11 van de Grondwet (gelijkheidsbeginsel), artikel 16 van de Grondwet (recht op eigendom), artikel 1 van het (eerste) aanvullend protocol van het Europees Verdrag over de rechten van de mens (bescherming van eigendom) en artikel 17, lid 1, van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie (recht op eigendom). Zoals ze is geconcipieerd, kan ze geen doorgang vinden.

18. In artikel 14 is het vijfde lid identiek aan het tweede lid. Een van beide moet worden geschrapt.

Artikel 15

19. In artikel 15 van het ontwerp wordt bepaald dat de omroeporganisaties jaarlijks voor 15 februari verslag moeten uitbrengen over de gedane investeringen. Aan de gemachtigde is gevraagd om te verduidelijken hoe dit verslag zich verhoudt tot het verslag vermeld in artikel 157, § 3, van het Mediadecreet, dat jaarlijks voor 31 maart aan de VRM moet worden bezorgd.

De gemachtigde antwoordde daarop het volgende:

“Het verslag in artikel 157, § 3 gaat niet alleen over coproductieprojecten maar ook over een eventuele bijdrage aan het VAF/Mediafonds en ook over het quotum van 30% Nederlandstalige Europese producties en de verplichting om deze Europese producties een prominente plaats te geven in de catalogus.

Artikel 15 is alleen een rapportering over investeringen in coproductieprojecten het jaar voordien.”

Het is aan de stellers van het ontwerp om te beoordelen of het nut heeft te voorzien in twee afzonderlijke rapportages met een verschillende deadline. Uit het antwoord van de gemachtigde blijkt trouwens ook dat er met het voorliggende ontwerp geen nadere regels worden vastgesteld voor de rapportage bedoeld in artikel 157, § 3, van het Mediadecreet.

Artikel 17

20. Gelet op de geschetste rechtsgrondproblemen inzake artikel 17, §§ 3 tot 5, van het ontwerp (zie opmerking 6), wordt hier niet dieper ingegaan op de mogelijke andere problemen met die bepalingen, die immers belangrijke beperkingen inhouden van de contracteervrijheid en de vrijheid van ondernemen van de niet-lineaire televisieomroeporganisaties en hun coproducenten, en bovendien ook bevoegdheidsrechtelijk in het vaarwater dreigen te komen van de federale regels betreffende intellectuele rechten voor omroepprogramma's.

De gemachtigde gaf overigens het bevoegdheidsprobleem toe:

“Regeling van intellectuele rechten en contracten van producenten lijken inderdaad een federale materie. Maar volgens artikel 10 BWHI kunnen gemeenschappen aangelegenheden regelen waarvoor ze niet bevoegd zijn, voorzover die bepalingen noodzakelijk zijn voor de uitoefening van hun bevoegdheid, nl. de zogenaamde impliciete bevoegdheden.

Het Grondwettelijk Hof heeft in zijn rechtspraak zeer restrictieve voorwaarden gesteld voor de toepassing van de impliciete bevoegdheden van gemeenschappen en gewesten:

- De buiten hun bevoegdheid aangenomen bepalingen (i.c. intellectuele rechten en contracten) moeten noodzakelijk zijn voor de zinvolle uitoefening van een aan hen uitdrukkelijk toegewezen bevoegdheid (i.c. audiovisueel beleid). Er is dus een zeer nauwe band vereist tussen de uitdrukkelijke gemeenschapsbevoegdheid en de op grond van artikel 10 BWHI betreden ‘federale’ aangelegenheid, zodat deze laatste een noodzakelijk accessorium moet zijn.
 - o Een zinvol audiovisueel stimuleringsbeleid voeren kan niet zonder bepaalde aspecten te regelen van intellectuele rechten of van contractuele aard.
- De betreden federale aangelegenheid moet zich tot een gedifferentieerde regeling lenen.
 - o De regeling is beperkt tot het VAF, de Vlaamse producenten en de niet-lineaire televisieomroeporganisaties. Aan andere regelingen van intellectuele rechten of contracten wordt niet geraakt.
- De weerslag op die betreden federale aangelegenheid moet marginaal zijn.
 - o Idem. De weerslag beperkt tot het VAF, de Vlaamse producenten en de niet-lineaire televisieomroeporganisaties.

Aan deze drie voorwaarden is m.b.t. artikel 17, § 3 t/m 5 voldaan. Dat in voorliggend ontwerp-BVR bepaalde aspecten van intellectuele rechten en van contractuele aard worden geregeld vormt dan ook geen probleem wat betreft de bevoegdheidsverdeling federaal / gemeenschappen.”

Gelet op het ontbreken van een uitdrukkelijke rechtsgrond voor de voorliggende regeling die niet noodzakelijk is voor de tenuitvoerlegging van artikel 157, § 2, van het Mediadecreet, kan niet worden aangenomen dat de decreetgever de bedoeling had om het gebruik van impliciete bevoegdheden toe te laten.

Artikel 18

21. Voor artikel 18 van het ontwerp wordt verwezen naar wat daarover is opgemerkt bij de bespreking van artikel 4 (opmerking 11.2).

Artikel 20

22. Artikel 20 van het ontwerp is een parafrasering van artikel 157, § 2, laatste lid, van het Mediadecreet, en moet in principe worden weggelaten uit het ontwerp. De verplichting tot bekrachtiging volgt uit het decreet, en niet uit het besluit.

Het overnemen in een lagere regeling van bepalingen van een hogere regeling dient te worden vermeden. Niet alleen is een dergelijke werkwijze op het normatieve vlak overbodig aangezien ze geen nieuwe norm tot stand brengt, maar bovendien kan ze tot verwarring leiden over

de precieze aard van het in de lagere regeling opgenomen voorschrift en kan ze inzonderheid aanleiding ertoe zijn dat later uit het oog verloren wordt dat alleen de hogere regelgever het betrokken voorschrift kan wijzigen. Het overnemen van decretale bepalingen in een besluit van de Vlaamse Regering kan dan ook alleen maar worden gedoogd in zoverre zulks noodzakelijk is voor de leesbaarheid van het besluit, in welk geval een uitdrukkelijke verwijzing naar de betrokken decreetsbepaling het geëigende middel zal zijn om de aard van de betrokken bepaling herkenbaar te houden (“Overeenkomstig artikel ... van het decreet van ...”).

DE GRIFFIER

DE VOORZITTER

Astrid TRUYENS

Jo BAERT