Vlaams Parlement

stuk **1515** (2011-2012) – Nr. 3
ingediend op 1 augustus 2012 (2011-2012)

Voorstel van decreet

van de heren Bart Tommelein, Jurgen Verstrepen en Bart Caron

houdende wijziging van het decreet van 27 maart 2009 betreffende radio-omroep en televisie, wat het beroep tegen beslissingen van de Vlaamse Regulator voor de Media betreft

Advies

van de Raad van State

verzendcode: CUL

KONINKRIJK BELGIË

ADVIES 51.632/1/V
VAN 19 JULI 2012

VAN DE AFDELING WETGEVING
VAN DE RAAD VAN STATE

DE RAAD VAN STATE, afdeling Wetgeving, eerste vakantiekamer, op 4 juli 2012 door de Voorzitter van het Vlaams Parlement verzocht hem, binnen een termijn van dertig dagen, van advies te dienen over een voorstel van decreet 'houdende wijziging van het decreet van 27 maart 2009 betreffende radio-omroep en televisie, wat het beroep tegen beslissingen van de Vlaamse Regulator voor de Media betreft' (*Parl.St.* Vl.Parl. 2011-12, nr. 1515/1), heeft het volgende advies gegeven:

51.632/1/V

STREKKING VAN HET VOORSTEL VAN DECREET

1. Het om advies voorgelegde voorstel van decreet strekt ertoe een titel V/1 ("Beroepsprocedure") in te voegen in deel VII ("De Vlaamse Regulator voor de Media") van het decreet van 27 maart 2009 'betreffende radio-omroep en televisie'. Die nieuwe titel bevat een bijzondere beroepsprocedure tegen beslissingen van de Vlaamse Regulator voor de Media (hierna: "de VRM" of "de regulator").

De stellers van het voorstel wensen de rechtsmacht om uitspraak te doen over dergelijke beroepen toe te wijzen aan het hof van beroep van Brussel, rechtsprekend zoals in kortgeding. Het ontwerp beperkt zich echter niet tot het aanwijzen van het hof van beroep van Brussel als bevoegde rechterlijke instantie, maar legt ook een reeks specifieke regels met betrekking tot het inleidend verzoekschrift en het verloop van de procedure op.

2. In de begeleidende brief stipt de Voorzitter van het Vlaams Parlement aan dat de Commissie voor Cultuur, Jeugd, Sport en Media het nuttig acht het advies van de afdeling Wetgeving van de Raad van State te vragen "over de mogelijkheid om een beroepsprocedure in te stellen bij het Hof van Beroep te Brussel tegen beslissingen van de Vlaamse Regulator voor de Media". De betrokken Commissie heeft de problematiek reeds besproken in het kader van de behandeling van een ontwerp van decreet 'houdende wijziging van diverse bepalingen van het decreet van 27 maart 2009 betreffende radio-omroep en televisie'.[1]

3. Het uitgangspunt van de stellers van het voorstel is dat er "behoefte [is] aan een beroepsinstantie tegen beslissingen van de VRM die zich te allen tijde kan uitspreken over de grond van de zaak".[2] De bestaande mogelijkheid van willig beroep bij de VRM[3] wordt "niet opportuun" geacht omdat het om een beroep gaat bij dezelfde instantie die de beslissing in eerste aanleg genomen heeft. Het annulatieberoep bij de Raad van State, afdeling Bestuursrechtspraak, wordt onvoldoende geacht omdat dat rechtscollege "maar over de feiten [kan] oordelen in zoverre dat die te maken hebben met een van de vier gronden op basis waarvan de Raad van State kan en mag vernietigen: machtafwending, machtsoverschrijding, gebrekkige motivering en procedurefouten".

[1] Zie *Parl.St.* Vl.Parl. 2011-12, nr. 1573/6, 30-32.

[2] *Parl.St.* Vl.Parl. 2011-12, nr. 1515/1, 2.

[3] Raadpleeg in dat verband beslissing nr. 2008/013 van 22 februari 2008 van de Algemene kamer van de VRM, nrs. 10 e.v. (http://www.vlaamseregulatormedia.be/media/7716/2008_013.pdf).

51.632/1/V

Daaruit blijkt een zekere verwarring tussen de verschillende vormen van beroep.[4] In het opschrift van het voorstel wordt overigens in het algemeen gewag gemaakt van “beroep”, zonder nadere specificatie.

Traditioneel wordt een onderscheid gemaakt tussen administratieve beroepen en jurisdictionele beroepen.[5] Essentieel voor een *administratief beroep* is dat het wordt ingesteld bij een orgaan van het actief bestuur dat geen rechtsprekende functie uitoefent, zodat het resultaat een administratieve beslissing is. Een *jurisdictioneel beroep* daarentegen, wordt ingesteld bij een rechterlijke instantie en resulteert in een beslissing die met ‘gezag van gewijsde’[6] is bekleed. Het administratief beroep gaat in principe aan de jurisdictionele fase vooraf en is van aard om te vermijden dat naar de rechter gestapt moet worden. Het administratief beroep heeft een beleidsgeschil tot voorwerp, d.w.z. een geschil waarvan de oplossing niet of niet uitsluitend aan de hand van het recht kan worden gegeven: de beoordeling van het orgaan van actief bestuur dat zich over het administratief beroep dient uit te spreken, is niet beperkt tot de wettigheid van de beslissing, maar kan ook betrekking hebben op de opportuniteit ervan. Anders dan de rechter die in beginsel aan de hand van het recht dient te oordelen, beschikt het bestuursorgaan met andere woorden in principe over de vrijheid om, weliswaar binnen de grenzen van de wet, te oordelen welke beslissing in de gegeven omstandigheden als het meest gepast voorkomt om het beoogde doel van algemeen belang te bereiken.

Vastgesteld moet worden dat de voorgestelde wijzigende bepalingen enkel betrekking hebben op de jurisdictionele fase, zonder dat wordt ingegrepen in de administratieve procedure.

BEVOEGDHEID

4. Luidens artikel 1 van het voorstel wordt een gemeenschaps- en gewestaangelegenheid geregeld.

[4] In de toelichting bij het voorstel wordt ook verwezen naar standpunten van organen van de Strategische Adviesraad voor Cultuur, Jeugd, Sport en Media (SARC). Het lijkt er overigens op dat de in die standpunten verwoorde bezorgdheid van de sector vooral betrekking heeft op de rechten van verdediging tijdens de administratieve procedure voor de VRM.

[5] Over het verschil tussen administratieve en jurisdictionele beroepen, zie A. MAST e.a., *Overzicht van het Belgisch Administratief Recht*, Kluwer, 2009, nrs. 870 e.v.

[6] Omdat ze een einde dienen te maken aan een bestaand geschil, zijn rechterlijke beslissingen bekleed met een bijzonder gezag: ze worden geacht als waarheid te gelden. Dit gezag van gewijsde betekent dat de partijen – en, wat de vernietigingsarresten van de Raad van State betreft, alle burgers – door de jurisdictionele beslissing gebonden zijn (A. MAST e.a., *Overzicht van het Belgisch Administratief Recht*, nr. 890).

51.632/1/V

Het voorstel is te situeren in de aangelegenheid ‘radio-omroep en televisie’, waarvoor de gemeenschappen op grond van artikel 4, 6°, van de bijzondere wet van 8 augustus 1980 ‘tot hervorming der instellingen’ bevoegd zijn. Het is derhalve niet duidelijk waarom wordt vermeld dat een gewestelijke aangelegenheid wordt geregeld.

5. Het bepalen van de bevoegdheid van de rechtscolleges en het regelen van de rechtspleging voor die rechtscolleges behoren krachtens de artikelen 145 en 146 van de Grondwet in beginsel tot de bevoegdheid van de federale wetgever.[7] De gemeenschappen – en de decreetgever in het bijzonder – kunnen dit terrein slechts betreden voor zover is voldaan aan de toepassingsvoorwaarden van artikel 10 van de bijzondere wet van 8 augustus 1980. Daartoe is vereist 1) dat een dergelijke regeling noodzakelijk kan worden geacht voor de uitoefening van de bevoegdheden van de gemeenschap, 2) dat de aangelegenheid waarvoor de federale overheid bevoegd is zich tot een gedifferentieerde regeling leent, en 3) dat de weerslag van de betrokken bepalingen op die aangelegenheid slechts marginaal is.[8]

5.1. In de toelichting bij het voorstel wordt niet vermeld dat toepassing wordt gemaakt van artikel 10 van de bijzondere wet van 8 augustus 1980, laat staan dat zou worden aangetoond dat de voorwaarden hiervoor vervuld zijn.

5.2. Aan de gemachtigde vertegenwoordiger van de indieners van het voorstel is daarom verzocht om een specifieke verantwoording van het voorstel, in de eerste plaats wat betreft het principe van de toewijzing van de beroepen aan het hof van beroep te Brussel. Hij antwoordde als volgt:

> “Naast het opleggen van administratieve geldboetes, begeeft de VRM zich ook op het domein van de marktanalyse en de marktregulering, al dan niet met een beslissing om maatregelen op te leggen ten gevolge van de genomen conclusies van de marktanalyse.
>
> De richtlijnen inzake elektronische communicatie voorzien dat er een beroepsmogelijkheid moet zijn bij een rechtbank die volle rechtsmacht heeft. Heeft de Raad van State volle rechtsmacht voor andere beslissingen dan het opleggen van een geldboete? En is bijgevolg voldaan aan de vereisten van de EU-regelgeving? We menen van niet.
>
> Door de bevoegdheidsverdeling worden sommige marktspelers door het BIPT gereguleerd, terwijl andere spelers door de VRM gereguleerd worden. We denken o.m. aan de distributiesector. Deze marktspelers zijn vaak concurrenten van elkaar, die gelijke diensten aan de consument leveren (internet, televisie en telefonie). Afhankelijk van de invalshoek worden zij door een andere regulator gereguleerd.

[7] Zie o.m. GwH 14 mei 2003, nr. 58/2003, B.5.2; GwH 28 oktober 2004, nr. 168/2004, B.4.2; GwH 19 maart 2008, nr. 59/2008, B.5.3; GwH 29 juli 2010, nr. 91/2010, B.3.3.

[8] Zie o.m. GwH 14 mei 2003, nr. 58/2003, B.5.3; GwH 17 december 2003, nr. 171/2003, B.3.3; GwH 29 juli 2010, nr. 91/2010, B.3.3.

51.632/1/V

Als de invalshoek een vermeende dominantie is inzake internet, dan zal het BIPT optreden, als de vermeende dominante positie over televisie gaat, dan treedt de VRM op. Voor beslissingen van het BIPT staat een beroep bij het Hof van Beroep open, terwijl dit voor beslissingen van de VRM niet zo is. Dit zorgt voor een ongelijkheid tussen marktspelers binnen dezelfde sector.

Wanneer een beslissing om tot marktregulering over te gaan genomen wordt door de VRM is er een beroep bij de Raad van State, indien echter verschillende regulatoren op basis van het Samenwerkingsakkoord van 17 november 2006 vragen om samen te beslissen via de Conferentie van Regulatoren, dan is er een beroepsmogelijkheid bij het Hof van Beroep. Dit voorstel poogt om deze verschillen weg te werken en te vermijden dat beroepsmogelijkheden bepaald worden door het al dan niet samenroepen van de Conferentie van Regulatoren.

Bovenstaande toont toch enigszins aan dat een ingrijpen noodzakelijk is omdat de huidige situatie voor onevenwichten zorgt tussen marktspelers en bovendien niet conform de relevante EU regelgeving is. Gezien deze noodzaak is tevens voldaan aan artikel 10 BHWI. Het bovenstaande toont aan dat het beroep naar het Hof van Beroep dient te verschuiven en bovendien is het aangewezen om tegelijk ook de procedure te regelen. Daarbij voorzien we dezelfde procedure als de procedure voor beroepen tegen BIPT-beslissingen, teneinde geen nieuwe ongelijkheden te creëren op het niveau van de procedure.

De schorsing is tevens een voorbeeld van de huidige ongelijkheid. De voorwaarden om een schorsing van de beslissing voor de Raad van State te bekomen verschillen van de voorwaarden om een schorsing te bekomen voor het Hof van Beroep. In principe kent de Raad van State geen schorsing van een beslissing toe wanneer de uitvoering van de beslissing louter financiële nadelen met zich zou meebrengen. Een schorsing tegen een BIPT-beslissing kan wel bekomen worden, als er louter financiële gevolgen spelen.

Wanneer de doorlooptijd voor procedures voor de Raad van State toch ongeveer dezelfde zou worden als de doorlooptijd voor procedures voor het Hof van Beroep, dan heeft het verschillend regime inzake schorsing toch tot gevolg dat er voor de marktpartijen een verschillende benadering is."

5.3. Deze motivering overtuigt niet, en lijkt gebaseerd op een verkeerd begrip van de procedure voor de Raad van State, de doelstellingen van de EU-richtlijnen inzake elektronische communicatie en de essentie van een onafhankelijke regulator.

5.3.1. De Raad van State, afdeling Bestuursrechtspraak, heeft "volle rechtsmacht" in de zin dat hij een volwaardige jurisdictionele toetsing kan uitvoeren. Zowel het Grondwettelijk Hof[9], het Hof van Cassatie[10] als de Raad van State[11] zelf hebben dit inzicht bevestigd.[12]

[9] Zie bijv. GwH 30 maart 2011, nr. 44/2011, B.10.1 en B.10.3.

51.632/1/V

5.3.2. Het argument dat de behandeling van een annulatieberoep bij de Raad van State, afdeling Bestuursrechtspraak, te lang duurt, is achterhaald.[13]

Het aanwijzen van het hof van beroep als beroepsinstantie zou er trouwens toe leiden dat de procedure zich over meerdere jurisdictionele instanties kan uitstrekken (tegen het arrest van het hof van beroep is immers nog cassatieberoep mogelijk bij het Hof van Cassatie), en dus langer kan duren.

5.3.3. De VRM heeft als missie onder meer de handhaving van de mediaregelgeving binnen de Vlaamse Gemeenschap en het beslechten van geschillen over de mediaregelgeving (zie artikel 218, § 1, van het decreet van 27 maart 2009 'betreffende radio-omroep en televisie') en in dat kader heeft de regulator de bevoegdheid om administratieve sancties op te leggen (artikelen 228 en 229 van het decreet van 27 maart 2009).[14] Die beslissingen kunnen bestreden worden voor de Raad van State, afdeling Bestuursrechtspraak.

---

[10] Cass. 15 oktober 2009, nr. C.09.0019.N, Brussels Instituut voor Milieubeheer v. Emery Woldwide Arilines Inc., *Arr.Cass.* 2009, nr. 584.

[11] Zie bijv. RvS 26 februari 2010, nr. 201.373, nv European Air Transport.

[12] Voor meer informatie, zie: P. LEMMENS, "Enkele beschouwingen bij de zogenaamde 'volle rechtsmacht' van de rechter bij de toetsing van administratieve sancties" in *Liber Amicorum Marc Boes*, Brugge, die Keure, 2011, (393) 403-404.

[13] Uit inlichtingen ingewonnen bij de afdeling Bestuursrechtspraak van de Raad van State blijkt dat alle beroepen tegen beslissingen van de VRM die sedert 1 januari 2009 zijn ingeleid, afgehandeld zijn binnen 2,5 jaar en de meeste zelfs binnen 2 jaar (zie voor de betrokken arresten: RvS 4 mei 2010, nr. 203.625, nv Vlaamse Media Maatschappij; RvS 3 februari 2011, nr. 210.973, bvba MTV Networks Belgium; RvS 3 februari 2011, nr. 210.974, nv Vlaamse Media Maatschappij; RvS 3 februari 2011, nr. 210.976, nv SBS Belgium; RvS 3 februari 2011, nr. 210.977, nv SBS Belgium; RvS 3 februari 2011, nr. 210.975, nv Vlaamse Media Maatschappij; RvS 3 februari 2011, nr. 210.978, nv SBS Belgium; RvS 20 maart 2012, nr. 218.541, nv Vlaamse Radio- en Televisieomroeporganisatie; RvS 20 maart 2012, nr. 218.542, nv Vlaamse Radio- en Televisieomroeporganisatie; RvS 7 juni 2012, nr. 219.641, nv SBS Belgium; RvS 7 juni 2012, nr. 219.642, nv Vlaamse Media Maatschappij; RvS 26 juni 2012, nr. 219.953, nv Vlaamse Media Maatschappij; de rechtspraak van de Raad van State, afdeling Bestuursrechtspraak, is te raadplegen via de website van de Raad van State: http://www.raadvanstate.be). De tijd die verliep tussen de ontvangst van het verzoekschrift en het eindarrest bedroeg gemiddeld iets meer dan 21 maanden. Momenteel zijn nog vier annulatieberoepen in behandeling, waarvan de oudste zaak is ingediend in december 2010.

[14] Een groot deel van de bevoegdheid in dit verband is aan de VRM gegeven ter uitvoering van richtlijn 89/552/EEG van 3 oktober 1989 van het Europees Parlement en de Raad 'betreffende de coördinatie van bepaalde wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen in de lidstaten inzake het aanbieden van audiovisuele mediadiensten', intussen gecodificeerd door 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' (hierna: richtlijn audiovisuele mediadiensten).

51.632/1/V

Daarnaast heeft de regulator echter ook bevoegdheid om in het kader van de richtlijnen elektronische communicatie[15] de markt te reguleren (artikelen 189 tot 192 van het decreet van 27 maart 2009). In dat verband kan de VRM, als dat noodzakelijk is, samenwerken onder meer met de andere regulerende instanties voor radio-omroep en voor telecommunicatie (artikel 218, § 6, van het decreet van 27 maart 2009).

Dergelijke beslissingen die in samenwerking tussen de regulatoren van de federale overheid en de gemeenschappen worden genomen, dienen op grond van artikel 5 van het samenwerkingsakkoord van 17 november 2006 tussen de federale Staat, de Vlaamse Gemeenschap, de Franstalige Gemeenschap en de Duitstalige Gemeenschap 'betreffende het wederzijds consulteren bij het opstellen van regelgeving inzake elektronische communicatienetwerken, het uitwisselen van informatie en de uitoefening van de bevoegdheden met betrekking tot elektronische communicatienetwerken door de regulerende instanties bevoegd voor telecommunicatie of radio-omroep en televisie', te worden aangevochten voor het hof van beroep van Brussel. Wat die beslissingen betreft, heeft de Raad van State, afdeling Bestuursrechtspraak, derhalve geen rechtsmacht.

[15] Het gaat om de volgende richtlijnen:

- richtlijn 2002/19/EG van het Europees Parlement en de Raad van 7 maart 2002 'inzake de toegang tot en interconnectie van elektronische-communicatienetwerken en bijbehorende faciliteiten' (toegangsrichtlijn);
- richtlijn 2002/20/EG van het Europees Parlement en de Raad van 7 maart 2002 'betreffende de machtiging voor elektronische-communicatienetwerken en -diensten' (machtigingsrichtlijn);
- richtlijn 2002/21/EG van het Europees Parlement en de Raad van 7 maart 2002 'inzake een gemeenschappelijk regelgevingskader voor elektronische-communicatienetwerken en -diensten' (kaderrichtlijn);
- richtlijn 2002/22/EG van het Europees Parlement en de Raad van 7 maart 2002 'inzake de universele dienst en gebruikersrechten met betrekking tot elektronische-communicatienetwerken en -diensten' (universeledienstrichtlijn);
- richtlijn 2002/58/EG van het Europees Parlement en de Raad van 12 juli 2002 'betreffende de verwerking van persoonsgegevens en de bescherming van de persoonlijke levenssfeer in de sector elektronische communicatie' (richtlijn betreffende privacy en elektronische communicatie);
- richtlijn 2002/77/EG van de Commissie van 16 september 2002 'betreffende de mededinging op de markten voor elektronische-communicatienetwerken en -diensten'.

51.632/1/V

De overige beslissingen inzake marktregulering die de VRM (buiten enige samenwerking) neemt, zouden onder de rechtsmacht van de Raad van State, afdeling Bestuursrechtspraak, vallen. Het gaat thans om een veeleer theoretische mogelijkheid.[16]

De noodzaak om alle beslissingen van de VRM te onttrekken aan de rechtsmacht van de Raad van State, kan in het licht van artikel 10 van de bijzondere wet van 8 augustus 1980 niet deugdelijk worden verantwoord op basis van overwegingen die uitsluitend betrekking hebben op een specifieke en thans eerder theoretische bevoegdheid van de regulator. Als die overwegingen al tot het gebruik maken van artikel 10 van de bijzondere wet van 8 augustus 1980 zouden kunnen leiden, dan kan het enkel gaan om het toewijzen van de rechtsmacht in verband met beslissingen inzake marktregulering. Er moet immers worden opgemerkt dat marktregulering slechts een beperkt deel is van de materies die door de VRM worden behandeld. Andere materies die door de VRM worden behandeld hebben immers betrekking op regelgeving die eigen is aan de Vlaamse Gemeenschap,[17] of haar oorsprong vindt in de richtlijn audiovisuele mediadiensten, en waarmee het hof van beroep van Brussel geen bijzondere ervaring blijkt te hebben. De stellers van het voorstel slagen er niet in de noodzaak aan te tonen om dergelijke geschillen, waarbij het vaak gaat om zaken die betrekking hebben op de inhoud van de programma's,[18] aan het hof van beroep te Brussel voor te leggen.

5.3.4. De gemachtigde vertegenwoordiger heeft gesteld dat het niet de bedoeling is om aan het hof van beroep te Brussel de mogelijkheid te bieden om ook opportuniteitsbeoordelingen

[16] In verband met de markwerking heeft de VRM tot nu toe nog niet zelf beslissingen genomen. Wel zijn vorig jaar door het federale BIPT (Belgisch Instituut voor postdiensten en telecommunicatie) en de gemeenschapsregulatoren (dus o.m. de VRM) een reeks marktbesluiten inzake televisieomroep en breedband aangenomen. Het gaat onder meer om de beslissing van de CRC (Conferentie van Regulatoren voor de Elektronische Communicatiesector) van 1 juli 2011 'betreffende de analyse van de markt voor televisieomroep in het Nederlandse taalgebied' (te raadplegen via de website van de VRM: www.vlaamseregulatormedia.be), die is aangevochten voor het hof van beroep van Brussel. Het is overigens zeer de vraag of de VRM terzake buiten enige samenwerking met de andere regulatoren nog beslissingen zou kunnen nemen. Het Grondwettelijk Hof heeft immers geoordeeld dat "de bevoegdheden van de federale Staat en de gemeenschappen inzake de elektronische communicatie-infrastructuur, ten gevolge van de technologische evolutie, dermate verweven geworden [zijn] dat ze niet meer dan in onderlinge samenwerking kunnen worden uitgeoefend" (GwH 14 juli 2004, nr. 132/2004, B.6.2).

[17] Zie de pogingen om op te treden tegen belspelletjes en astro-tv, die aan de orde kwamen in advies 50.256/3 van 11 oktober 2011 over een voorontwerp van decreet 'houdende wijziging van diverse bepalingen van het decreet van 27 maart 2009 betreffende radio-omroep en televisie' (*Parl.St.* Vl.Parl. 2011-12, nr. 1573/1, 55 e.v.). Niettemin moet worden opgemerkt dat ook die Vlaamse maatregel gekaderd moet worden binnen bepaalde unierechtelijke grenzen, omdat die programma's worden behandeld als een bijzondere vorm van telewinkelen in de zin van de richtlijn audiovisuele mediadiensten.

[18] Zie bijvoorbeeld de beslissing nr. 2012/022 van 3 juli 2012 van de Kamer voor onpartijdigheid en bescherming van minderjarigen van de VRM over de schending van artikel 42 van het decreet van 27 maart 2009 doordat een omroep de reeks 'South Park' te vroeg en zonder de gepaste waarschuwingen heeft uitgezonden.

te maken. Een andere dan een marginale toetsing van de beslissing van de VRM lijkt bovendien onverenigbaar met het artikel 3 van de kaderrichtlijn 2002/21/EG.[19]

Indien het hof van beroep zich toch in de plaats zou kunnen stellen van de Vlaamse Regulator voor de Media bij de beoordeling van een voorgelegd geschil, dan zou het ontwerp, dat beweert artikel 4 van de kaderrichtlijn 2002/21/EG om te zetten, in botsing komen met de eis van onafhankelijkheid van de regulator opgenomen in artikel 3 van die richtlijn (alsook in artikel 30 van de richtlijn audiovisuele mediadiensten). Indien het hof van beroep zich in de plaats kan stellen van de beoordeling door de regulator wordt het immers onmogelijk voor de regulator om een onafhankelijk beleid te voeren, aangezien deze zich zal moeten richten op de beleidsopties die het hof van beroep in gedachten heeft. Het probleem is dus niet dat het hof van beroep niet functioneel en organiek onafhankelijk zou zijn, maar dat het de beleidsruimte van de regulator ondergraaft. In dat verband is er een wezenlijk verschil tussen een beslissing van een eventuele interne beroepskamer, zoals bedoeld in artikel 4, lid 2, van de kaderrichtlijn 2002/21/EG – waartegen dan een beroep voor een rechtscollege mogelijk moet zijn – en een externe beoordeling door een rechtbank.[20] Een rechtscollege dat zich in de plaats van een regulator kan stellen wordt een "superregulator", waarop de eigenlijke regulator zijn beleid moet afstemmen.

De aard van de voorgestelde toetsing kan bijgevolg niet de noodzaak verklaren om in afwijking van de normale bevoegdheidsverdelende regels de beroepen tegen beslissingen van de VRM toe te vertrouwen aan het hof van beroep in Brussel.

5.3.5. Het feit dat, afhankelijk van de invalshoek, een zaak door de VRM of het BIPT wordt behandeld, en dus in beroep respectievelijk voor de Raad van State of voor het hof van beroep te Brussel komt, houdt op zich geen ongelijke behandeling in van marktdeelnemers.

Deze materieverdeling geldt immers op dezelfde wijze voor alle marktdeelnemers, en ze vloeit in de eerste plaats voort uit de verdeling van de bevoegdheden tussen de federale overheid en de gemeenschappen.

Ook het feit dat marktdeelnemers zich, afhankelijk van de materie, aan verschillende rechtscolleges moeten onderwerpen, is inherent aan de diversificatie die de federale wetgever heeft nagestreefd. Geschillen inzake mediamarktspelers komen ook voor andere

[19] Zo suggereert de uitdrukking "schorsen of ongedaan te maken" in artikel 3, § 3bis, van de kaderrichtlijn, dat het gaat om een toetsing van de beslissingen van de regulator, en niet om het beslissen in de plaats van de regulator.

[20] In tegenstelling tot wat in de toelichting bij het voorstel wordt gesteld, vereist artikel 4 van de kaderrichtlijn 2002/21/EG niet dat de beroepsinstantie volledig opnieuw in de beoordeling van de zaak treedt, al sluit artikel 4 van de kaderrichtlijn op zich niet uit dat een meer beleidsgeoriënteerde beroepsinstantie wordt gecreëerd. De logica van artikel 4 van de kaderrichtlijn is echter dat het dan gaat om een instelling die geen rechtbank is, waartegen dan alsnog een beroep mogelijk moet zijn bij een nationale rechterlijke instantie in de zin van artikel 234 EG-verdrag (nu artikel 267 van het verdrag 'betreffende de werking van de Europese Unie').

51.632/1/V

rechterlijke instanties, zoals onder meer de rechtbank van eerste aanleg, de rechtbank van koophandel en de arbeidsrechtbank. Hoewel het verenigen van alle geschillen met betrekking tot de mediasector in één hand mogelijk een nuttige beleidsoptie kan zijn, is het geen noodzaak voor de uitoefening van de bevoegdheid van de Vlaamse Gemeenschap op het vlak van radio-omroep en televisie.

In het licht van die overwegingen kan ernstig worden getwijfeld aan het bestaan van een ongelijke behandeling van marktdeelnemers, en kan in elk geval niet worden volgehouden dat die het noodzakelijk maakt om in afwijking van de normale bevoegdheidsverdelende regels de beroepen tegen de VRM-beslissingen toe te vertrouwen aan het hof van beroep te Brussel.

5.3.6. De overwegingen in de aanhef van richtlijn 2009/140/EG[21], die wijzigingen heeft aangebracht in de artikelen 3 en 4 van de kaderrichtlijn 2002/21/EG, stelt het volgende met betrekking tot de onafhankelijkheid en de rechtsbescherming:

> "(13) De onafhankelijkheid van de nationale regelgevende instanties zou moeten worden versterkt om te zorgen voor een meer doeltreffende toepassing van het regelgevingskader en hun autoriteit en de voorspelbaarheid van hun besluiten te verhogen. Hiertoe zouden uitdrukkelijke bepalingen moeten worden opgenomen in de nationale wetgeving om ervoor te zorgen dat een nationale regelgevende instantie die verantwoordelijk is [voor] marktreg[u]lering ex ante of voor geschillenbeslechting tussen ondernemingen, bij het uitoefenen van haar taken, beschermd is tegen externe interventie of politieke druk die haar onafhankelijke oordeel over de vraagstukken die haar worden voorgelegd in gevaar zouden kunnen brengen. Dergelijke externe invloed maakt een nationale instantie ongeschikt om volgens het regelgevingskader op te treden als een nationale regelgevende instantie. Met het oog hierop zouden van te voren voorschriften moeten worden opgesteld met betrekking tot de redenen die aanleiding geven voor ontslag van het hoofd van de nationale regelgevende instantie om ervoor te zorgen dat er volstrekt geen twijfels kunnen zijn over de neutraliteit van die instantie en dat de instantie niet gevoelig is voor externe factoren. Het is van belang dat de nationale regelgevende instanties die verantwoordelijk zijn voor ex-antemarktregelgeving, over hun eigen begroting beschikken, zodat zij met name voldoende gekwalificeerd personeel kunnen aanwerven. Met het oog op transparantie zou die begroting jaarlijks gepubliceerd moeten worden.
>
> (14) Om de marktdeelnemers rechtszekerheid te bieden, moeten de beroepsinstanties hun taken effectief uitoefenen; met name moeten de beroepsprocedures niet al te lang zijn. Voorlopige maatregelen die de gevolgen van het besluit van een

[21] Richtlijn 2009/140/EG van het Europees Parlement en de Raad van 25 november 2009 'tot wijziging van Richtlijn 2002/21/EG inzake een gemeenschappelijk regelgevingskader voor elektronischecommunicatienetwerken en -diensten, Richtlijn 2002/19/EG inzake de toegang tot en interconnectie van elektronischecommunicatienetwerken en bijbehorende faciliteiten, en Richtlijn 2002/20/EG betreffende de machtiging voor elektronischecommunicatienetwerken en -diensten'.

51.632/1/V

> nationale regelgevende instantie schorsen, dienen alleen in dringende gevallen te worden verleend om te voorkomen dat de partij die om dergelijke maatregelen verzoekt ernstige en onherstelbare schade wordt toegebracht en indien dit noodzakelijk is met het oog op het verkrijgen van een belangenevenwicht.
>
> (15) De manier waarop beroepsinstanties voorlopige maatregelen hebben toegepast om besluiten van de nationale regelgevende instanties te schorsen loopt nogal uiteen. Om de verschillende benaderingen meer op elkaar af te stemmen moet een gemeenschappelijke norm worden gehanteerd die spoort met de communautaire rechtspraak. De beroepsinstanties moeten ook gerechtigd zijn beschikbare gegevens die door BEREC zijn bekendgemaakt op te vragen. Aangezien de beroepsprocedure voor de algemene werking van het regelgevingskader van belang is, zou er een mechanisme moeten komen dat de informatie over beroepsprocedures inzake, en besluiten tot schorsing van, besluiten van de regelgevende instanties in alle lidstaten verzamelt en tevens over die informatie aan de Commissie verslag uitbrengt."

Hiervoor werden reeds twijfels geuit over de verenigbaarheid van het ontwerp met die doelstellingen, ook al delen de stellers van het ontwerp de doelstelling van richtlijn 2009/140/EG om de duur van de beroepsprocedures te beperken.

Die twijfels worden versterkt als het gaat om de schorsing van de beslissing van de regulator, die volgens de geciteerde overwegingen een uitzondering zou moeten blijven. De gemachtigde vertegenwoordiger verwijst echter expliciet naar de verschillende voorwaarden om hetzij voor de Raad van State, hetzij het hof van beroep, een schorsing te bekomen:

> "In principe kent de Raad van State geen schorsing van een beslissing toe wanneer de uitvoering van de beslissing louter financiële nadelen met zich zou meebrengen. Een schorsing tegen een BIPT-beslissing kan [bij het hof van beroep] wel bekomen worden, als er louter financiële gevolgen spelen".

Op dit punt moet worden vastgesteld dat de doelstelling van het ontwerp lijkt in te gaan tegen de geest van de richtlijn die ertoe strekt de schorsing alleen bij wege van uitzondering toe te laten.

5.4. Niet enkel het toewijzen aan het hof van beroep te Brussel van de rechtsmacht om over de wettigheid van VRM-beslissingen te oordelen moet kunnen worden verantwoord in het licht van artikel 10 van de bijzondere wet van 8 augustus 1980. Daarnaast moet ook nog afzonderlijk kunnen worden verantwoord waarom er op bepaalde punten wordt afgeweken van de regels van het procesrecht.

Zo is bijvoorbeeld een verantwoording nodig voor het toekennen aan de Vlaamse Regering in het ontworpen artikel 231/2 van een bijzonder cassatieberoep in het belang van de wet. Er zal inzonderheid moeten kunnen worden aangetoond dat het noodzakelijk is voor de uitoefening van de in het geding zijnde gemeenschapsbevoegdheid dat de Vlaamse Regering een

51.632/1/V

cassatieberoep moet kunnen instellen. Die mogelijkheid van tussenkomst is trouwens ook al ruimer dan die waarin het Gerechtelijk Wetboek normaal voorziet.

5.5. Aangezien niet blijkt te zijn aangetoond dat er deugdelijke motieven voorhanden zijn die aannemelijk maken dat in deze aangelegenheid toepassing kan worden gemaakt van artikel 10 van de bijzondere wet van 8 augustus 1980, onthoudt de Raad van State, afdeling Wetgeving, zich van een nader onderzoek van het voorstel.

51.632/1/V

De kamer was samengesteld uit

de Heren	J. BAERT,	staatsraad, voorzitter,
	J. CLEMENT, P. BARRA,	staatsraden,
	L. DENYS,	assessor van de afdeling Wetgeving,
Mevrouw	M. VERSCHRAEGHEN,	toegevoegd griffier.

Het verslag werd uitgebracht door de Heer T. CORTHAUT, adjunct-auditeur.

DE GRIFFIER DE VOORZITTER

M. VERSCHRAEGHEN J. BAERT