

Rolnummer 1590
Arrest nr. 13/2000 van 2 februari 2000

## A R R E S T

---

*In zake* : het beroep tot gehele of gedeeltelijke vernietiging van de artikelen 5, 6 en 7 van het decreet van de Vlaamse Gemeenschap van 7 juli 1998 houdende wijziging van de decreten betreffende de radio-omroep en de televisie, gecoördineerd op 25 januari 1995, ingesteld door de vennootschap naar Luxemburgs recht s.a. Radio Flandria en anderen.

Het Arbitragehof,

samengesteld uit de voorzitters G. De Baets en M. Melchior, en de rechters H. Boel, E. Cerexhe, A. Arts, R. Henneuse en M. Bossuyt, bijgestaan door de griffier L. Potoms, onder voorzitterschap van voorzitter G. De Baets,

wijst na beraad het volgende arrest :

\*

\*      \*

## I. *Onderwerp van het beroep*

Bij verzoekschrift dat aan het Hof is toegezonden bij op 18 januari 1999 ter post aangetekende brief en ter griffie is ingekomen op 20 januari 1999, hebben de vennootschap naar Luxemburgs recht s.a. Radio Flandria, met maatschappelijke zetel te L-2320 Luxemburg, boulevard de la Pétrusse 45/47, de b.v.b.a. Regie Flandria, met maatschappelijke zetel te 1930 Zaventem, Tuinwijkstraat 65, bus 1, W. Van Aalst, wonende te Londen (Verenigd Koninkrijk), Balham, Park Road 73, J. Soer, wonende te Amsterdam (Nederland), Prinsengracht 795, J. Otte, wonende te 1930 Zaventem, Borreveldlaan 9, en A. Vandenbrembt, wonende te 9190 Stekene, Kemzekedorp 8, beroep tot gehele of gedeeltelijke vernietiging ingesteld van de artikelen 5, 6 en 7 van het decreet van de Vlaamse Gemeenschap van 7 juli 1998 houdende wijziging van de decreten betreffende de radio-omroep en de televisie, gecoördineerd op 25 januari 1995 (bekendgemaakt in het *Belgisch Staatsblad* van 18 juli 1998).

## II. *De rechtspleging*

Bij beschikking van 20 januari 1999 heeft de voorzitter in functie de rechters van de zetel aangewezen overeenkomstig de artikelen 58 en 59 van de bijzondere wet van 6 januari 1989 op het Arbitragehof.

De rechters-verslaggevers hebben geoordeeld dat er geen aanleiding was om artikel 71 of 72 van de organieke wet toe te passen.

Van het beroep is kennisgegeven overeenkomstig artikel 76 van de organieke wet bij op 2 februari 1999 ter post aangetekende brieven.

Het bij artikel 74 van de organieke wet voorgeschreven bericht is bekendgemaakt in het *Belgisch Staatsblad* van 13 februari 1999.

De Vlaamse Regering, Martelaarsplein 19, 1000 Brussel, heeft een memorie ingediend bij op 22 maart 1999 ter post aangetekende brief.

Van die memorie is kennisgegeven overeenkomstig artikel 89 van de organieke wet bij op 8 en 13 april 1999 ter post aangetekende brieven.

Bij beschikking van 11 mei 1999 heeft de voorzitter in functie, op verzoek van de verzoekende partijen van 10 mei 1999, de termijn voor het indienen van een memorie van antwoord verlengd met vijftien dagen.

Van die beschikking is kennisgegeven aan de verzoekende partijen bij op 12 mei 1999 ter post aangetekende brieven.

De verzoekende partijen hebben een memorie van antwoord ingediend bij op 28 mei 1999 ter post aangetekende brief.

Bij beschikkingen van 29 juni 1999 en 23 december 1999 heeft het Hof de termijn waarbinnen het arrest moet worden gewezen, verlengd tot respectievelijk 18 januari 2000 en 18 juli 2000.

Bij beschikking van 27 oktober 1999 heeft de voorzitter in functie de zetel aangevuld met rechter M. Bossuyt.

Bij beschikking van 27 oktober 1999 heeft het Hof de zaak in gereedheid verklaard en de dag van de terechtzitting bepaald op 25 november 1999.

Van die laatste beschikking is kennisgegeven aan de partijen en hun advocaten bij op 28 oktober 1999 ter post aangetekende brieven.

Op de openbare terechtzitting van 25 november 1999 :

- zijn verschenen :

. Mr. C. Bossuyt *loco* Mr. P. Maeyaert en Mr. T. De Meese, advocaten bij de balie te Brussel, voor de verzoekende partijen;

. Mr. P. Van Orshoven en Mr. J. Stuyck, advocaten bij de balie te Brussel, voor de Vlaamse Regering;

- hebben de rechters-verslaggevers H. Boel en E. Cerexhe verslag uitgebracht;

- zijn de voornoemde advocaten gehoord;

- is de zaak in beraad genomen.

De rechtspleging is gevoerd overeenkomstig de artikelen 62 en volgende van de organieke wet, die betrekking hebben op het gebruik van de talen voor het Hof.

### III. *Onderwerp van de bestreden bepalingen*

De gedeeltelijke vernietiging wordt gevorderd van de artikelen 5, 6 en 7 van het decreet van de Vlaamse Gemeenschap van 7 juli 1998 houdende wijziging van de decreten betreffende de radio-omroep en de televisie, gecoördineerd op 25 januari 1995. Die bepalingen luiden :

« Art. 5. Artikel 29 van de decreten betreffende de radio-omroep en de televisie, gecoördineerd op 25 januari 1995, wordt vervangen door wat volgt :

‘ Artikel 29. Elke inwoner van de Vlaamse Gemeenschap moet een particuliere radio kunnen beluisteren. Er zijn twee soorten van particuliere radio :

1° de lokale radio : deze radio zendt uit voor een deel van een gemeente, een gemeente of een beperkt aantal aaneensluitende gemeenten;

2° de agglomeratieradio : deze radio zendt uit voor een stedelijke agglomeratie, met name Antwerpen, Gent en het tweetalige gebied Brussel-Hoofdstad.

Particuliere radio's zenden via de ether uit. De Vlaamse regering stelt een frequentieplan op, keurt het goed en bepaalt hoeveel lokale radio's en agglomeratieradio's worden erkend. Op basis van het frequentieplan en het te erkennen aantal verleent het Vlaams Commissariaat voor de Media tegelijk met de erkenningen ook de zendvergunningen aan de particuliere radio's. De zendvergunning met de daarin omschreven parameters bepaalt het verzorgingsgebied van een zendinstallatie van een particuliere radio. Bij het bepalen van de verzorgingsgebieden in het frequentieplan wordt onder meer rekening gehouden met sociale, economische en culturele indicatoren, evenals met specifieke behoeften van doelgroepen.

Het Vlaams Commissariaat voor de Media kan de erkende particuliere radio's, met het oog op een optimalisering van het verzorgingsgebied, verplichten hun zendinstallatie te verplaatsen of een gemeenschappelijke zendinstallatie te gebruiken.

De particuliere radio's kunnen binnen de Vlaamse Gemeenschap deelnemen in een samenwerkingsverband.

Samenwerking is mogelijk op het vlak van informatiegaring, programma-aanmaak en reclamewerving. Voor het minimale aandeel eigen programmering is samenwerking op het vlak van informatiegaring en programma-aanmaak uitgesloten.'

Art. 6. In artikel 32 van dezelfde decreten wordt 1° vervangen door wat volgt :

'1° de particuliere radio's moeten worden opgericht in de vorm van een rechtspersoon. Het maatschappelijk doel van de rechtspersoon is beperkt tot het verzorgen van radioprogramma's in het toegekende verzorgingsgebied. De leden van de raad van bestuur of de raad van beheer mogen geen politiek mandaat bekleden, noch beheerder of bestuurder zijn van een andere rechtspersoon die een particuliere radio beheert.

Elke wijziging in de raad van beheer of raad van bestuur van de particuliere radio moet worden medegegeeld aan het Vlaams Commissariaat voor de Media; '.

Art. 7. In artikel 32 van dezelfde decreten wordt 2° vervangen door wat volgt :

'2° de maatschappelijke zetel en de productie- en zendinstallaties moeten gelegen zijn in het Nederlandse taalgebied of het tweetalige gebied Brussel-Hoofdstad, meer bepaald binnen het verzorgingsgebied van de radio waarvoor een erkenning werd uitgereikt. De verplaatsing van de zendinstallaties binnen het verzorgingsgebied van de radio waarvoor een erkenning werd uitgereikt, is toegestaan voor zover dat inpasbaar is in het frequentieplan en nadat de zendvergunning werd aangepast; ' ».

#### IV. *In rechte*

- A -

*Ten aanzien van de ontvankelijkheid*

*Wat de ontvankelijkheid ratione temporis betreft*

A.1.1. De verzoekende partijen doen gelden dat het beroep tijdig is ingediend. Ook al zouden de bestreden bepalingen gedeeltelijk vroegere bepalingen letterlijk of inhoudelijk overnemen - *quod non* -, dan nog is het verzoekschrift ontvankelijk *ratione temporis* (arresten nrs. 124/98, 37/98, 81/95).

A.1.2. De Vlaamse Regering betwist dat. De beperking van de particuliere radio-omroep tot lokale radio-omroep is niet bij de bestreden decreetbepalingen ingevoerd, die op dit stuk niets nieuws bevatten. De mogelijkheid van tot lokale omroep beperkte particuliere radio-omroep dateert van 1981-1982. Weliswaar werd de beperking neergelegd in, enerzijds, het koninklijk besluit van 20 augustus 1981 en, anderzijds, het decreet van 6 mei 1982, in de bestreden decreetbepalingen overgenomen, maar de decreetgever heeft op dit stuk geenszins blijk gegeven van een nieuwe inoverwegingneming en dus hernieuwde beslissing. Integendeel, hij heeft zich niet willen uitspreken over landelijke particuliere radio. Overigens heeft hij zich alleen maar geschikt naar vooraf bestaande, technische normen die het zendbereik van de particuliere radio-omroepen beperken.

Dit heeft tot gevolg dat de verzoekers in werkelijkheid niet het decreet van 7 juli 1998 bestrijden, maar het decreet van 6 mei 1982, eventueel het decreet van 7 november 1990 of het besluit van de Vlaamse Regering van 25 januari 1995, bekrachtigd bij het decreet van 8 maart 1995. Ten aanzien van al die decreten is de termijn voor het instellen van een beroep tot vernietiging ruimschoots verstreken, zodat de beroepen *ratione temporis* onontvankelijk zijn (vergelijk arrest nr. 81/93).

A.1.3. Volgens de verzoekende partijen is de verwijzing naar het arrest nr. 81/93 volledig onterecht. Dat arrest geeft immers duidelijk aan dat wanneer de wetgever in een nieuwe wetgeving een oude bepaling overneemt en zich op die wijze de inhoud ervan toe-eigent dit niet verhindert dat tegen de overgenomen bepaling een beroep zou kunnen worden ingesteld binnen zes maanden na de bekendmaking ervan. Het is slechts wanneer de wetgever zich beperkt tot de bekrachtiging van een door de Koning verwezenlijkte coördinatie van bestaande bepalingen, waarbij er kennelijk geen wil bestaat van de wetgever om opnieuw in de betrokken materie te legifereren, dat een verzoek tot vernietiging onmogelijk is. Het bestreden decreet beperkt zich geenszins tot een loutere bekrachtiging van reeds eerder bestaande bepalingen. De wil van de decreetgever om opnieuw in het

Vlaamse radiolandschap te legifereren, kan inderdaad niet ernstig worden betwist. Er worden duidelijk een aantal nieuwigheden ingevoerd ten aanzien van de eerder bestaande regeling, wat ook wordt bevestigd door de parlementaire voorbereiding.

*Wat het belang betreft*

A.2.1. De s.a. Radio Flandria is een vennootschap naar Luxemburgs recht. Radio Flandria is een commerciële radio-omroep die met een Luxemburgse zendvergunning Nederlandstalige radio-uitzendingen verzorgt die bestemd zijn voor de Vlaamse markt. Het radiosignaal wordt vanuit Luxemburg per satelliet verzonden naar de Vlaamse kabelmaatschappijen en is enkel via de kabel te beluisteren. De radio-omroep biedt zijn luisteraars naast een 24 uur ononderbroken muziekprogramma om het uur een journaal, evenals weer- en verkeersinformatie. Zowel de directie als de redactie hebben een redactiestatuut ondertekend. De muziekselectie richt zich tot een breed publiek en bestaat uit hits van de jaren '80, actuele hoogvliegers en evergreens. Ongeveer 30 pct. van de muziek is van Vlaamse bodem. De onmogelijkheid om Radio Flandria via de ether te beluisteren vormt een aanzienlijke handicap. Kabelradio is immers aan diverse beperkingen onderworpen. Via de ether kan een veel ruimer publiek efficiënter worden bereikt.

Radio Flandria wenst daarom haar radioprogramma's ook via de ether uit te zenden. De aangevochten decretale bepalingen vormen daartoe een wezenlijke hinderpaal aangezien zij het onmogelijk maken voor landelijke commerciële radio-omroepen om via de ether uit te zenden. Particuliere radio's die via de ether wensen te gaan moeten hun activiteiten beperken tot het grondgebied van een of een beperkt aantal aaneensluitende gemeenten of tot een stedelijke agglomeratie. In het huidige wetgevende kader bestaat de enige mogelijkheid om via de ether het ganse Vlaamse grondgebied te bestrijken dus erin een samenwerkingsverband van lokale en agglomeratieradio's in het leven te roepen. Dit is evenwel noch commercieel, noch technisch een alternatief. De bestreden bepalingen zijn aldus, naar het oordeel van de eerste verzoekende partij, griefhoudend voor die partij.

A.2.2. De b.v.b.a. Regie Flandria is een reclameregie die reclamezendtijd op Radio Flandria verkoopt aan adverteerders. Het wettelijk monopolie van de Vlaamse Radio- en Televisieomroep (V.R.T.) voor het aanbieden van landelijke commerciële radio via de ether, zoals in stand gehouden door de aangevochten decretale bepalingen, heeft een aanzienlijke weerslag op de afgeleide markt voor radioreclame in Vlaanderen. Tijdens het eerste semester van 1998 gingen aldus bijna 94 pct. van de Vlaamse investeringen in radioreclame naar de V.R.T.-radio's. Het griefhoudend karakter van de bestreden bepalingen voor de tweede verzoekende partij, behoeft volgens haar dan ook geen betoog.

A.2.3. De derde en de vierde verzoeker zijn zaakvoerders/bestuurders van de eerste en de tweede verzoekende partij. Ze ervaren volgens hen een evident nadeel ten gevolge van de decretale beperkingen voor de samenstelling van de raad van bestuur van particuliere radio's. Voorts zijn zij als zaakvoerder/bestuurder volgens hen rechtstreeks betrokken door de bepalingen die de activiteitsfeer van de particuliere radio's beperken of bepalen.

A.2.4. De vijfde en de zesde verzoeker zijn inwoners van de Vlaamse Gemeenschap. Overeenkomstig het omroepdecreet moet elke inwoner van de Vlaamse Gemeenschap een particuliere radio kunnen beluisteren. Het omroepdecreet waarborgt evenwel geenszins dat verzoekers de radio van hun keuze kunnen beluisteren. Dit is naar hun oordeel des te meer grievend voor verzoekers, nu men kijk- en luistergeld oplegt ten gunste van een radio-omroep, die ook nog reclame uitzendt en die niet noodzakelijkerwijze de omroep van hun keuze is.

A.2.5. Volgens de Vlaamse Regering doen de verzoekende partijen niet blijken van een belang. De verzoekers verwijten de bestreden decreetbepalingen dat zij het voor landelijke commerciële radio-omroepen onmogelijk maken om via de ether uit te zenden of van landelijke radio-omroep een monopolie voor de openbare omroep maken. Daarmee geven zij echter een verkeerde draagwijdte aan de bestreden bepalingen, die immers als zodanig geen verbod bevatten, laat staan een monopoliepositie in het leven roepen. Zij creëren daarentegen de mogelijkheid - of preciezer : zij laten de vanouds bestaande mogelijkheid bestaan - van particuliere radio-omroep, zij het dat die mogelijkheid beperkt is tot radio-omroep met een beperkte reikwijdte. Uit de parlementaire voorbereiding blijkt dat de decreetgever zich niet eens heeft willen uitspreken over landelijke particuliere radio-omroep.

In wezen beklagen de verzoekers zich dus over een leemte in de gecoördineerde omroepdecreten, die niet in landelijke particuliere radio-omroep voorzien. In essentie komen zij dus niet zozeer op tegen een nadeel dat zij ondervinden, maar tegen een voordeel dat anderen dan zijzelf genieten. Zij hebben daar geen belang bij (arrest nr. 38/91).

Anderzijds zou de door de verzoekers gevraagde annulatie niet tot gevolg hebben dat zij voortaan landelijke commerciële radio-omroep mogen verzorgen, integendeel, zij zou alleen het *status quo ante* herstellen, dit wil zeggen de oorspronkelijke bepalingen van de gecoördineerde omroepdecreten, die evenmin in de mogelijkheid van landelijke particuliere radio-omroep voorzagen. Ook om die reden doen zij niet van een belang blijken (arrest nr. 43/94).

Daartegen zal allicht worden aangevoerd dat de gevraagde vernietiging een nieuwe kans zou bieden op de vooralsnog niet-toegelaten landelijke radio-omroep via de ether. Zulks is evenwel volstrekt onrealistisch omdat, enerzijds, een vrij toegankelijke ether niet denkbaar is en, anderzijds, het ontnemen van frequenties van de openbare radio-omroep of aan de lokale radio-omroepen niet verantwoord zou zijn.

A.2.6. De verzoekende partijen laten gelden dat, in tegenstelling tot wat de Vlaamse Regering beweert, zij niet opkomen tegen een leemte in de gecoördineerde omroepdecreten, maar tegen beperkingen die het aangevochten decreet oplegt inzake de uitbating van particuliere radioactiviteiten via de ether. Het hoeft geen betoog dat de eerste tot en met de vierde verzoeker hierdoor rechtstreeks en ongunstig in hun rechtssituatie worden beïnvloed. De decretale beperkingen maken het hen immers onmogelijk om landelijke commerciële radioactiviteiten via de ether te ontwikkelen en aldus met gelijke wapens de strijd met de V.R.T.-radionetten aan te gaan op de Vlaamse markt voor radioreclame. De vijfde en de zesde verzoeker zijn rechtstreeks en ongunstig benadeeld door de aangevochten bepalingen, die hun mogelijkheid om het radioprogramma van hun keuze te beluisteren aanzienlijk beperken. Dat de gevorderde vernietiging de *status quo ante* zou herstellen, kan niet worden aangenomen. De Vlaamse Regering verliest kennelijk uit het oog dat verzoekers slechts de *gedeeltelijke* vernietiging van het aangevochten decreet vragen. Overigens houdt het Hof veeleer rekening met de omstandigheid dat de verzoeker door de vernietiging opnieuw kans maakt op een meer gunstige regeling (arresten nrs. 109/98 en 128/98).

#### *Ten gronde*

##### *Eerste middel*

A.3.1. Het eerste middel is afgeleid uit de schending van de artikelen 10 en 11 van de Grondwet,

« doordat, eerste onderdeel, de aangevochten decretale bepalingen particuliere radio's, die via de ether uitzenden, verplichten om zich te beperken tot het grondgebied van één of meerdere gemeenten of tot het grondgebied van een agglomeratie terwijl de openbare omroep, de naamloze vennootschap naar publiek recht V.R.T., zich kan richten tot de ganse Vlaamse Gemeenschap;

doordat, tweede onderdeel, de aangevochten decretale bepalingen particuliere radio's, die via de ether uitzenden, verplichten om zich te beperken tot het grondgebied van één of meerdere gemeenten of tot het grondgebied van een agglomeratie terwijl aan kabelradio's de vrijheid wordt gelaten om zich te richten tot de ganse Vlaamse Gemeenschap ».

A.3.2. De verzoekende partijen laten, wat het eerste onderdeel betreft, gelden dat de V.R.T.-radio's en de andere radio's die via de ether uitzenden, behoren tot perfect vergelijkbare categorieën. De V.R.T. heeft de vorm aangenomen van een naamloze vennootschap en is gerechtigd mee te dingen naar de reclame-inkomsten uit de Vlaamse markt voor radioreclame. Het enige onderscheid tussen de V.R.T. en de particuliere radio's bestaat in de openbare omroepopdracht van de V.R.T.

Het verschil in behandeling tussen de openbare omroep en andere radio's die via de ether uitzenden, kan niet worden verklaard door een objectief en redelijk verantwoord criterium. Het officiële uitgangspunt op grond waarvan de huidige regelgeving landelijke particuliere radio via de ether uitsluit, is het zogenaamde schaarsteargument. Die schaarste werd evenwel artificieel in het leven geroepen door een inefficiënt beheer van het beschikbare spectrum ten gevolge van de onverantwoorde toekenning van frequenties (14.5 MHz of drie vierden van het beschikbare spectrum) aan de V.R.T. door de Vlaamse Regering. Het Europees Hof voor de Rechten van de Mens heeft in zijn arrest van 24 november 1993 overigens reeds uitdrukkelijk gesteld dat het

schaarsteargument niet langer kan worden aanvaard, gelet op de technologische vooruitgang van de laatste decennia. Juist vanwege van het feit dat in Vlaanderen geen rekening wordt gehouden met die technologische vooruitgang wordt de zogenaamde schaarste in stand gehouden.

Ook al zou men aanvaarden, *quod non*, dat er frequentieschaarste bestaat en dat de openbare omroepopdracht van de V.R.T. vereist dat hij in de hele Vlaamse Gemeenschap via de ether kan worden beluisterd, dan nog dient te worden opgemerkt dat *in casu* de aangewende middelen niet proportioneel zijn ten opzichte van het beoogde doel. Om de openbare omroepopdracht te verzekeren, is het allereerst niet nodig om alle beschikbare frequenties tussen 87.6 en 102.1 MHz voor te behouden aan de V.R.T.-radio's. Europees commissaris Van Miert bevestigde in zijn schrijven van 4 maart 1997 dat de bandbreedte die wordt voorbehouden voor de V.R.T. niet in verhouding staat tot de doelstelling van algemeen belang. Voorts staat de doelstelling, het verzekeren van de openbare omroepopdracht, ook niet in verhouding tot het per definitie uitsluiten van landelijke particuliere radio's. Er bestaan immers geen afdoende alternatieven voor de particuliere radio's : noch het uitzenden via de kabel ten gevolge van de inherente beperkingen (immobiliteit, beperking van het aantal aansluitingen, niet-volledige dekking), noch het uitbouwen van een netwerk van lokale radio's (ten gevolge van talrijke belangrijke hinderpalen, zoals het financiële aspect en de vereiste infrastructuur, de beperkingen inzake programmatie en beheer) stelt ze ertoe in staat hierin verandering te brengen. De andere aangewende middelen, namelijk de verplichte beperking van het maatschappelijk doel en de verplichte ligging van de maatschappelijke zetel en de productie- en zendinstallaties in het verzorgingsgebied van de radio, zijn niet alleen onredelijk maar tevens niet pertinent. Het valt immers niet in te zien hoe die beperkingen, opgelegd aan de particuliere radio's, vereist zijn voor de verwezenlijking van de openbare omroepopdracht van de V.R.T. Uit die middelen blijkt nogmaals duidelijk de werkelijke politiek-economische bedoeling van de decreetgever : het etherradiomonopolie van de V.R.T. bestendigen.

A.3.3. De verzoekende partijen laten, wat het tweede onderdeel betreft, gelden dat de bestreden bepalingen een fundamentele discriminatie invoeren tussen particuliere radio's die via de ether uitzenden en die zulks maar mogen doen voor een beperkt verzorgingsgebied, en kabelradio's die wel landelijk actief mogen zijn en dus niet gebonden zijn aan een beperkt verzorgingsgebied. Beide categorieën zijn privé-radio-omroepen zonder openbare omroepopdracht. Het enige verschil is het aangewende medium. De verschillende behandeling kan niet worden verantwoord door een redelijk en objectief criterium. Het schaarsteargument kan immers niet worden aangevoerd.

A.3.4. De Vlaamse Regering van haar kant laat opmerken dat de verzoekers blijkbaar geen belangstelling hebben om als lokale radio of agglomeratieradio te worden erkend. Zij zijn dus niet het slachtoffer van de bij het eerste middel aangeklaagde beperking van het verzorgingsgebied, zodat het middel onontvankelijk is bij gebrek aan belang.

A.3.5. Wat de grond van de zaak betreft, doet de Vlaamse Regering opmerken dat de wetgever over een ruime discretionaire beoordelingsbevoegdheid beschikt, zodat die beoordeling bij het Hof, dat een rechtmatigheidscontrole en geen opportuniteitscontrole uitoefent, slechts kan worden betwist indien zij kennelijk onredelijk zou zijn, dit wil zeggen wanneer het volgens een algemeen gedeelde rechtsovertuiging niet denkbaar is dat enige naar redelijkheid beslissende overheid een dergelijke appreciatie zou kunnen uitbrengen.

De ongelijkheden van behandeling tussen de particuliere radio-omroep die via de ether uitzendt en de openbare radio-omroep, enerzijds, en tussen diezelfde lokale en agglomeratieradio's en de particuliere kabelradio-omroep, anderzijds, komen neer op de beperking van de doorbraak van het overheidsmonopolie inzake radio-omroep tot lokale en agglomeratieradio-omroep, enerzijds, en kabelradio-omroep, anderzijds. De verantwoording van die beperkingen is dus meteen de verantwoording van de aangeklaagde ongelijke behandelingen, en bestaat uit drie onderdelen.

In de eerste plaats is er de technische kwestie van de aan België en daarbinnen, aan de Vlaamse Gemeenschap, toekomende radiofrequenties. Wat de verzoekers ook mogen beweren, de technische evolutie van de jongste jaren heeft allicht meer ruimte gecreëerd, zij heeft het schaarsteprobleem, eigen aan de ether, niet opgeheven, zo blijkt onder meer uit de door Alcatel Telecom uitgevoerde studie in opdracht van de Vlaamse Gemeenschap, waarin wordt gewezen op de verzadiging van de Vlaamse ether. Tijdens de parlementaire voorbereiding van de Vlaamse radio-omroepdecreten werd dat probleem bij herhaling onderstreept en het kwam spectaculair aan het licht toen de Franse Gemeenschap radio's met een groter vermogen toestond. De verzadiging van de ether heeft tot gevolg dat particuliere, landelijke radio slechts mogelijk is indien frequenties worden ontnomen, hetzij aan de openbare omroep, hetzij aan de andere particuliere omroepen. De door

verzoekers opgeworpen rechtsvraag heeft dus in wezen betrekking op de exclusieve allocatie van schaarse middelen aan de openbare omroep en de lokale en agglomeratieradio's.

Wat de openbare radio-omroep betreft, betekent het ontnemen van één groep frequenties dat slechts één particuliere landelijke radio-omroep mogelijk wordt. De vraag is dan hoe zulks kan worden verantwoord, vermits een nieuwe ongelijke behandeling ontstaat tussen één particuliere landelijke radio-omroep en alle andere particuliere radio-omroepen. Daardoor zou een privé-monopolie in het leven worden geroepen. In tegenstelling tot wat de verzoekers beweren, zijn openbare en privé-omroep niet perfect vergelijkbaar. In ieder geval is de ongelijke behandeling van de overheid en alle particulieren kennelijk meer verantwoord dan de ongelijke behandeling van één particulier ten opzichte van alle anderen. Zo ook is het monopolie van een particuliere televisieonderneming dat Europeesrechtelijk problemen heeft veroorzaakt, niet het openbaar televisieomroepmonopolie van destijds. In de tweede plaats vervult de openbare omroep een taak van algemeen belang, waartegen de behoefte aan of de belangen van louter commercieel geïnspireerde particuliere landelijke radio-omroep - *a fortiori* wanneer die zich uitdrukkelijk wil beperken tot «hits van de jaren '80, actuele hoogvliegers en evergreens» - kennelijk niet opwegen. De openbare omroep is verplicht de groepen te bereiken die door geen enkele zender zouden worden aangesproken, en dit zijn om te beginnen de - minst talrijke - luisteraars van Radio 1 en Radio 3. Allicht zijn het die zenders waarop de privé-sector zijn oog heeft laten vallen, waarschijnlijk omdat hij aanneemt dat zij het gemakkelijkst kunnen worden prijsgegeven, maar het lijdt geen twijfel dat diezelfde privé-sector de luisteraars van die zenders niet zal overnemen. Anderzijds mag de openbare omroep niet worden verplicht zich tot de minst omvangrijke en daarom door de commerciële omroep verwaarloosde doelgroepen te beperken, aangezien de grootste doelgroepen dan verstoken zouden blijven van de openbare dienst die kennelijk niet door de privé-sector wordt vervuld. Wellicht is het juist dat de aan de V.R.T. toegewezen frequenties niet optimaal worden aangewend. Dit is evenwel het resultaat van een lange ontwikkeling die niet zonder meer ongedaan kan worden gemaakt, tenzij met enorme investeringen. Het is ook niet noodzakelijkerwijze mogelijk, aangezien het niet evident is dat de vereiste bouwvergunningen zullen kunnen worden verkregen. De optimalisatie zou in het beste geval ruimte creëren voor één landelijke commerciële omroep, zodat de enorme investering niet opweegt tegen de schamele opbrengst.

Wat de voorkeur voor lokale radio's betreft, moet allereerst erop worden gewezen dat één landelijke particuliere radio slechts in het leven kan worden geroepen door vele lokale of agglomeratieradio's op te offeren. Vervolgens dient te worden opgemerkt dat het feitelijk verbod op particuliere radio-omroep niet zozeer werd afgeschaft omdat de technische ontwikkelingen de oprichting van dergelijke radio-omroepen mogelijk maakten, maar omdat daarmee aan een belangrijke maatschappelijke behoefte werd tegemoetgekomen : de ontwikkeling en begeleiding van het plaatselijk sociaal-cultureel weefsel, waarop de lokale radio's enthousiast inspeelden. Voor de lokale vervulling van sociaal-culturele functies bleek de openbare omroep minder geschikt. Van de ruimte die ontstond ten gevolge van de technische ontwikkelingen werd gebruik gemaakt om de complementariteit tussen de openbare en de particuliere omroep te vestigen : de eerste staat in de voor de landelijke en regionale radio, de tweede voor de plaatselijke behoeften. Dit neemt niet weg dat het bestreden decreet in de mogelijkheid voorziet dat lokale en agglomeratieradio's vrijwillig gedeeltelijk afstand doen van hun lokaal statuut via de techniek van een samenwerkingsverband. Weliswaar is die samenwerking beperkt tot de informatiegaring, programma-aanmaak en reclamewerving, en is zij uitgesloten voor het minimale aandeel eigen programmatie, doch dit wordt opnieuw verantwoord door de sociaal-culturele doelstellingen. Ook hierom is de ongelijke behandeling van de lokale en agglomeratieradio's niet disproportioneel : wat niet typisch lokaal is, mag landelijk.

A.3.6. In tegenstelling tot de bewering van de Vlaamse Regering hebben de eerste tot de derde verzoeker wel degelijk belangstelling voor het statuut van particuliere radio, doch slechts voor zover de beperkingen die aan dat statuut verbonden zijn inzake de omvang van het verzorgingsgebied worden opgeheven.

Het uitgangspunt van de Vlaamse Regering is onjuist aangezien (1) de frequentieschaarste op de F.M.-band in grote mate kunstmatig is en met name voortvloeit uit een inefficiënt beheer van het spectrum en (2) er op de F.M.-band ruimte voor landelijke commerciële radio kan worden gemaakt zonder dat dit ten koste van de openbare omroep of de lokale en agglomeratieradio's moet gebeuren.

De door de Vlaamse Regering aangehaalde zogenaamde Alcatel- studie werd terecht zeer fel bekritiseerd, onder meer door de Vlaamse Federatie van lokale radio's, de vertegenwoordigers van « Broadcast Partners » en de ondervoorzitter van de Vereniging van Vlaamse Onafhankelijke Radio's. De geringe waarde ervan blijkt ook uit de verklaringen in de parlementaire voorbereiding van de ingenieur die de studie maakte. De verwijzing naar de parlementaire voorbereiding in de jaren '80 en begin van de jaren '90 is volstrekt irrelevant, gelet op de technologische evolutie. Naast de reeds in het verzoekschrift aangehaalde pijnpunten inzake het inefficiënte



beheer van de F.M.-band in Vlaanderen moet ook worden gewezen op onder meer de aanbeveling 412 van de sector radiocommunicaties van de Internationale Telecommunicatie-Unie, die in een frequentieafstand van 400 KHz ter bescherming van de uitzendingen tegen storingen voorziet, terwijl in Vlaanderen frequentieafstanden van 600 KHz worden gehanteerd en de V.R.T. zelf die afstand niet respecteert. Men moet ook rekening houden met moderne technieken zoals *Near Single Frequency Networking* en *Single Frequency Networking*, die bijvoorbeeld in Nederland worden toegepast. De vijf V.R.T.-radio's zouden het op die manier met 10, maximaal 15 frequenties in plaats van de huidige 32 frequenties kunnen stellen. Uit de plannen van de V.R.T. om met een nieuw landelijk radionet te starten op de F.M.-band blijkt dat de technici van de V.R.T. zelf blijkbaar nog voldoende ruimte zien om een bijkomend landelijk radiostation in te voeren. Meerdere politieke partijen zijn van oordeel dat het schaarsteargument heden ten dage niet langer opgaat. Uit de frequentieplanning in Wallonië en in de buurlanden blijkt dat het anders kan en dat daardoor noch de taak van openbare omroep, noch het bestaan van de door de wetgever gewenste lokale radio's in het gedrang komt.

In ondergeschikte orde wijzen de verzoekers erop dat het loutere feit dat de Vlaamse Regering zelfs weigert om één landelijke commerciële radio toe te laten, waarvan ze de mogelijkheid expliciet erkent, duidelijk aangeeft dat het proportionaliteitsbeginsel *in casu* wordt geschonden. De redenering van de Vlaamse Regering is op dit punt volstrekt onjuist. De Vlaamse Regering kan vanzelfsprekend een onverantwoorde discriminatie niet handhaven door zich te verschuilen achter een eventuele nieuwe discriminatie die mogelijk zou kunnen ontstaan indien de eerste discriminatie ongedaan zou worden gemaakt. Het invullen van de beschikbare ruimte op de F.M.-band door één of een beperkt aantal landelijke commerciële radio's kan perfect op een niet-discriminatoire wijze gebeuren, bijvoorbeeld via een gunningprocedure waarbij de kandidaten worden geselecteerd en de beschikbare frequenties worden toegewezen op grond van objectieve en redelijk verantwoorde criteria.

#### *Tweede middel*

A.4.1. Het tweede middel is afgeleid uit de schending van de artikelen 10 en 11 van de Grondwet in samenhang met de vrijheid van handel en nijverheid en met de artikelen 86 (oud) en 90, lid 1, (oud) van het E.G.-Verdrag,

« doordat de aangevochten decretale bepalingen, zonder redelijke en objectieve verantwoording, het wettelijk monopolie van de VRT op landelijke radio via de ether in stand houden, ten koste van de vrijheid van de particuliere radio's om landelijke commerciële radioactiviteiten te ontplooien, zodat deze radio's ook benadeeld worden in de mededinging met de VRT op de afgeleide markt voor radioreclame in Vlaanderen ».

De verzoekende partijen laten gelden dat de in de artikelen 10 en 11 van de Grondwet vervatte regels van gelijkheid en niet-discriminatie toepasselijk zijn ten aanzien van alle rechten en vrijheden en zij bijgevolg ook toepasselijk zijn op de vrijheid van handel en nijverheid en het recht op vrije mededinging, die grondwettelijke waarde hebben gekregen.

De aangevochten bepalingen schenden de artikelen 10 en 11 van de Grondwet, in samenhang gelezen met de artikelen 86 (oud) en 90, lid 1, (oud) van het E.G.-Verdrag. Landelijke radio's die via de ether uitzenden, worden uit de definitie van particuliere radio gesloten. Bijgevolg wordt het monopolie van de openbare omroep op de markt van de landelijke commerciële radio via de ether gehandhaafd, een situatie die in strijd is met artikel 86 (oud) van het E.G.-Verdrag. De V.R.T. beschikt over een machtspositie op de relevante markt en hij zal onontkoombaar die macht misbruiken. Zulks is in strijd met het E.G.-Verdrag, zoals blijkt uit het ERT-arrest van het Hof van Justitie van 18 juni 1991. Er dient ook te worden verwezen naar het arrest nr. 37/95 van het Arbitragehof.

A.4.2. De Vlaamse Regering brengt hiertegen in dat de verzoekers noch argumenteren dat de bestreden bepalingen de vrijheid van handel beperken zonder dat daar enige noodzaak toe bestaat (arrest nr. 29/96), noch dat ze de vrijheid van handel beperken op een wijze die kennelijk onevenredig is met het nagestreefde doel (arrest nr. 57/98). Bij de bespreking van het eerste middel heeft de Vlaamse Regering aangetoond dat de bestreden bepalingen een doel van algemeen belang dienen en noodzakelijk zijn om dat doel te bereiken. Het onderdeel van het middel dat naar de vrijheid van handel verwijst, is dan ook voor zover nodig weerlegd.

A.4.3. Het is volgens de Vlaamse Regering niet geheel duidelijk hoe de samenhang tussen de in de artikelen 10 en 11 van de Grondwet uitgedrukte gelijkheidsregel en de door de verzoekers aangevoerde E.G.-mededingingsregels moet worden begrepen. Het samen noemen van die bepalingen met de artikelen 10 en 11

van de Grondwet volstaat uiteraard niet als middel om de nietigheid te vragen van een decreet wegens de schending van het E.G.-Verdrag. Bovendien is ook de verwijzing naar de artikelen 86 (oud) en 90, lid 1, (oud) op zich onduidelijk en in elk geval onterecht. Artikel 90 (oud) is zelf een verwijzingsnorm.

Artikel 86 (oud) van zijn kant verbiedt het misbruik van machtspositie door een onderneming, voor zover de interstatelijke handel ongunstig wordt beïnvloed. Het misbruik kan onder meer bestaan in discriminatie en een Lid-Staat kan in strijd handelen met artikel 90, lid 1, (oud) door een onderneming met machtspositie in een positie te plaatsen waarin zij onontkoombaar misbruik van die machtspositie zal maken, bijvoorbeeld door andere ondernemingen uit het ruilverkeer uit te sluiten of door afnemers te discrimineren. Een maatregel die in strijd is met artikel 90, lid 1, (oud) is echter niet *per se* in strijd met het gelijkheidsbeginsel. Wat meer is, in het systeem van het Verdrag wordt een ongelijke behandeling van ondernemingen als principe aanvaard, aangezien artikel 90, lid 1, (oud) zonder meer uitgaat van het bestaan van ondernemingen, inzonderheid overheidsondernemingen, waaraan exclusieve of bijzondere rechten worden verleend. De verzoekers tonen niet aan dat de decreetgever of de Vlaamse Regering het gelijkheidsbeginsel zou hebben geschonden door aan de V.R.T. bijzondere rechten te verlenen. Zij vergenoegen zich met een verwijzing naar een *obiter dictum* uit het arrest nr. 37/95. In die zaak had de verzoeker verwezen naar de artikelen 3, *littera f*) (oud), 86 (oud) en 90 (oud) E.G.-Verdrag, omdat ze Belgacom toestonden regelgevende bevoegdheden te behouden. De Vlaamse Regering veroorlooft zich op te merken dat die verwijzing onjuist is, nu artikel 90 (oud) geen betrekking heeft op de delegatie aan een onderneming van regelgevende bevoegdheden. Een dergelijke delegatie kan in strijd zijn met artikel 15 (oud), *juncto* artikel 85 (oud) of 86 (oud) van het E.G.-Verdrag. Ten slotte citeren verzoekers het arrest nr. 37/95 slechts gedeeltelijk. Met andere woorden, de *in casu* niet eens vastgestelde schending van het gelijkheidsbeginsel had enkel kunnen worden afgeleid uit een bijzondere bepaling van de Belgische wetgeving die (uitvoering gevend aan de specifieke Europese regelgeving inzake de liberalisatie van de telecommunicatiesector) op uitdrukkelijke wijze voorzag in de concurrentiegeïktheid tussen de publieke ondernemingen en de privé-ondernemingen in de betrokken sector. Er moet bijgevolg worden besloten dat de verzoekers niet aantonen dat de decreetgever het gelijkheidsbeginsel heeft geschonden.

A.4.4. In ondergeschikte orde, voor het geval dat het Hof toch van oordeel zou zijn dat het, in het kader van het tweede middel, de bestreden bepalingen kan toetsen aan artikel 90, lid 1, (oud) *juncto* artikel 86 (oud) van het E.G.-Verdrag, wil de Vlaamse Regering het volgende laten opmerken. (i) De Vlaamse Regering ontkent niet dat de V.R.T. een onderneming is in de zin van genoemde bepalingen. (ii) De V.R.T. is een openbare onderneming waaraan de Vlaamse decreetgever een bijzonder statuut inzake radio heeft verleend. (iii) De Vlaamse decreetgever moet zich, op grond van artikel 90, lid 1, (oud) onthouden van alle maatregelen die in strijd zijn met de mededingingsregels, waaronder artikel 86 (oud) van het E.G.-Verdrag. (iv) Artikel 86 (oud) van het E.G.-Verdrag verbiedt, voor zover de handel tussen Lid-Statens daardoor ongunstig kan worden beïnvloed, het misbruik van een machtspositie op de gemeenschappelijke markt of een wezenlijk deel ervan door een of meer ondernemingen. (v) Als overheidsonderneming, belast met een taak van algemeen economisch belang, geniet de V.R.T. evenwel, in voorkomend geval, de uitzondering van artikel 90, lid 2, (oud) van het E.G.-Verdrag. Volgens die bepaling vallen ondernemingen belast met het beheer van diensten van algemeen economisch belang of die het karakter dragen van een fiscaal monopolie, slechts onder de regels van het Verdrag, met name onder de mededingingsregels, voor zover de toepassing daarvan de vervulling, in feite of in rechte, van de hun toevertrouwde bijzondere taak niet verhindert. De ontwikkeling van het handelsverkeer mag niet worden beïnvloed in een mate die strijdig is met het belang van de Gemeenschap. (vi) Ten slotte bepaalt artikel 90, lid 3, (oud) dat de Commissie waakt over de toepassing van dat artikel en, voor zover nodig, passende richtlijnen of beschikkingen tot de Lid-Statens richt. De Europese Commissie heeft van die bevoegdheid gebruik gemaakt door het aannemen van richtlijnen in de telecommunicatiesector, niet echter in de mediasector. Een bekende beschikking van de Commissie uit hoofde van die bepaling is de beschikking waarbij het aan V.T.M. verleende exclusieve recht voor commerciële televisie in Vlaanderen in strijd werd bevonden met artikel 90, lid 1, (oud) *juncto* artikel 52 (oud).

Nu vaststaat dat de V.R.T. een openbare onderneming is in de zin van artikel 90, lid 1, (oud) van het E.G.-Verdrag, erkent de Vlaamse Regering dat zij zich ten aanzien van de V.R.T. moet onthouden van maatregelen waardoor V.R.T. onontkoombaar misbruik zou maken van de machtspositie waarover zij eventueel zou beschikken.

Opdat er *in casu* van een schending van artikel 90, lid 1, (oud) *juncto* artikel 86 (oud) van het E.G.-Verdrag, sprake kan zijn, zouden de verzoekers achtereenvolgens moeten aantonen : (a) dat de handel tussen Lid-Statens ongunstig wordt beïnvloed; (b) dat de V.R.T. over een machtspositie beschikt op de relevante markt; (c) dat de V.R.T. van zijn machtspositie misbruik maakt; (d) dat het exclusief of bijzonder recht dat aan de V.R.T. is verleend, op onontkoombare wijze tot een dergelijk misbruik leidt. Indien verzoekers dat bewijs

zouden leveren, dan nog zouden de aangevochten bepalingen verenigbaar zijn met het Verdrag indien (e) ze noodzakelijk zijn voor de publieke omroep van de V.R.T. De verzoekende partijen slagen er niet in aan te tonen dat aan de voormelde eisen is voldaan. In ieder geval is aan de toepassingsvoorwaarden van artikel 90, lid 2, (oud) voldaan.

A.4.5. Volgens de verzoekers staat het buiten kijf dat de bestreden bepalingen hun vrijheid van handel en nijverheid beperken. Zij worden immers gedwongen om, indien zij in Vlaanderen commerciële radioactiviteiten over de ether wensen te ontplooiën, die activiteiten te beperken tot enkele aanpalende gemeenten of een stedelijke agglomeratie. De openbare omroep, de V.R.T., is daarentegen niet onderworpen aan soortgelijke beperkingen. De bestreden bepalingen leggen minstens meer verregaande beperkingen op aan de vrijheid van handel en nijverheid dan datgene wat de aangevoerde, grotendeels kunstmatige, frequentieschaarste kan verantwoorden, zodat het proportionaliteitsvereiste is geschonden.

De vrijheid van handel en nijverheid omvat ook de vrijheid van mededinging. Een schending van de artikelen 86 (oud) en 90, lid 1, (oud) van het E.G.-Verdrag maakt derhalve ook een schending van de vrijheid van handel en nijverheid uit. De samenhang tussen de artikelen 10 en 11 van de Grondwet en de artikelen 86 (oud) en 90, lid 1, (oud) van het E.G.-Verdrag bestaat hierin dat de verzoekers door de bestreden bepalingen op een discriminerende wijze worden beroofd (in vergelijking met kabelradio's en met de openbare omroep) van de vrijheid om effectief mee te dingen naar de reclame-inkomsten op de Vlaamse radiomarkt.

Aan de vijf door de Vlaamse Regering aangehaalde voorwaarden om te kunnen spreken van een schending van artikel 90, lid 1, (oud) *juncto* artikel 86 (oud) van het E.G.-Verdrag is wel degelijk voldaan. De V.R.T. beschikt over een machtspositie op de relevante markt, namelijk die van landelijke radio-uitzendingen over de ether, nu hij over een monopolie op die markt beschikt. Aldus beschikt hij ook over een substantiële machtspositie op de markt van de radioreclame. De V.R.T. misbruikt die machtspositie, nu het bestaan van een ander exclusief recht op zichzelf reeds voldoende is om het misbruik aan te nemen. Het uitschakelen van elke concurrentie op de markt van de landelijke radioreclame over de ether moet als een misbruik worden beschouwd. Het monopolie van de V.R.T. voor landelijke commerciële radio over de ether kan de handel tussen de Lid-Staten ongunstig beïnvloeden. De Vlaamse radiomarkt is een wezenlijk deel van de gemeenschappelijke markt en het monopolie van de openbare omroep kan de mededingingsstructuur in dit wezenlijk deel van de gemeenschappelijke markt aantasten, zodat dit op zich reeds resulteert in een beïnvloeding van de interstatelijke handel. Het verhindert ook buitenlandse ondernemingen zoals de eerste verzoekster om mee te dingen naar de budgetten van radioreclame. De aangevochten bepalingen zijn niet noodzakelijk voor de omroep van de V.R.T. en zijn derhalve niet gedekt door artikel 90, lid 2, (oud) van het E.G.-Verdrag. Het Protocol betreffende het publieke omroepstelsel in de Lid-Staten bevestigt de regel van artikel 90, lid 2, (oud) van het E.G.-Verdrag. De financiering van de openbare omroep mag slechts afwijken van de mededingingsregels voor zover de verwezenlijking van de opdracht van de publieke dienst dit vereist. Het onttrekken van de V.R.T. aan bijna elke vorm van concurrentie op zowel de markt voor landelijke radio over de ether als op de markt voor landelijke radioreclame via de ether is geenszins noodzakelijk om de V.R.T. ertoe in staat te stellen zijn openbare omroepopdracht te vervullen. Er kan op de F.M.-band voldoende ruimte worden geschapen voor landelijke commerciële etherradio zonder de vijf landelijke radionetten van de V.R.T. in het gedrang te brengen. De V.R.T. beschikt over een minimale geïndexeerde dotatie van niet minder dan 7,6 miljard frank en de Vlaamse overheid heeft zich in de beheersovereenkomst ertoe verbonden de dotatie van de openbare omroep te verhogen indien de reclame-inkomsten lager zouden uitvallen ten gevolge van een wettelijke wijziging ervan. Tot slot rijst de vraag of Studio Brussel en Radio Donna tot de openbare omroepopdracht van de V.R.T. kunnen worden gerekend.

### *Derde middel*

A.5.1. Het derde middel is afgeleid uit de schending van de artikelen 10 en 11 van de Grondwet in samenhang met de vrijheid van meningsuiting gewaarborgd door artikel 10 van het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens en artikel 19 van de Grondwet,

« doordat de aangevochten decretale bepalingen de vrijheid voor particuliere radio's om radioprogramma's via de ether door te geven aan de ganse Vlaamse Gemeenschap beknotten, terwijl geen gelijkaardige beperkingen werden opgelegd aan de openbare omroep, noch aan kabelradio's ».

De verzoekende partijen laten gelden dat de vrijheid van meningsuiting neergelegd in artikel 10 van het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens tot de kern van de democratie moet worden gerekend. Het heeft een ruim toepassingsgebied, zowel wat de media als wat de verschillende fasen van de communicatie betreft. Het beschermt communicatieve handelingen, zoals de vrijheid om inlichtingen te geven en de ontvangstvrijheid. Het weigeren van een erkenning voor een landelijke particuliere radio via de ether is een ongeoorloofde inmenging van overheidswege die een inbreuk vormt op het recht van de luisteraars om inlichtingen of denkbeelden te ontvangen en het recht van de radio's om inlichtingen of denkbeelden door te geven via dat medium zonder inmenging van overheidswege en ongeacht grenzen. Er bestaat geen dwingende sociale noodzaak die deze inmenging rechtvaardigt. De decreetgever beroept zich op het schaarsteargument, wat niet valt onder een van de rechtvaardigingsgronden opgesomd in artikel 10.2, zo blijkt uit het arrest van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens in de *Lentia*-zaak. De aangevochten beperking van de vrije meningsuiting werkt discriminerend aangezien zij enkel is opgelegd aan de particuliere radio's die via de ether willen uitzenden en niet aan de V.R.T., noch aan de kabelradio's.

A.5.2. De Vlaamse Regering doet opmerken dat de verzoekers in wezen de grieven van het eerste middel opnieuw aanvoeren, zij het dat zij die ditmaal als een schending van de expressievrijheid ontwikkelen.

Het middel is onontvankelijk omdat uit zijn ontwikkeling blijkt dat het in wezen is afgeleid uit de schending van de vrijheid van meningsuiting. Het Hof is niet bevoegd om kennis te nemen van dergelijke middelen. Ook in zoverre de verzoekers de aangevoerde schending van de vrijheid van meningsuiting verbinden aan een schending van het gelijkheidsbeginsel, is het middel onontvankelijk, aangezien dit slechts op artificiële wijze is gebeurd, kennelijk om de bevoegdheidsbeperkingen van het Hof te omzeilen.

Overigens is de expressievrijheid niet onbeperkt. Te dezen is voldaan aan de door artikel 10.2 van het Europees Verdrag ter zake gestelde eisen, zoals werd uiteengezet bij de bespreking van het eerste middel. Overigens is de uitspraak van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens in de *Lentia*-zaak veel minder radicaal dan de verzoekers beweren. Uit overweging 42 van dat arrest - waarin de actuele Vlaamse situatie aan de orde is - vloeit voort dat het middel van de verzoekers allicht pertinent ware geweest voor de regularisatie van de lokale radio's in 1982, maar op dit ogenblik ongetwijfeld niet meer.

A.5.3. De verzoekende partijen merken op dat, in tegenstelling tot wat de Vlaamse Regering beweert, zij zich geenszins beperken tot het louter aanvechten van een schending van de vrijheid van meningsuiting als dusdanig. Waar zij uiteindelijk tegen opkomen is het feit dat de beperkingen van de vrijheid van meningsuiting slechts gelden voor particuliere etherradio's en niet voor de openbare omroep, noch voor de kabelradio's, alhoewel voor die ongelijke behandeling geen objectieve en redelijk verantwoorde gronden voorhanden zijn. Gelet op het kunstmatige karakter van de frequentieschaarste kan die schaarste niet fungeren als objectieve en redelijke verantwoording voor de ongelijke beperking van de vrijheid van meningsuiting van de particuliere etherradio's. Die schaarste kan evenmin aan de basis liggen van de dringende sociale behoefte in een democratische samenleving waarvan sprake in artikel 10.2 van het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens, zoals blijkt uit de rechtspraak van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens. De Vlaamse Regering leest het arrest in de *Lentia*-zaak overigens verkeerd.

#### *Vierde middel*

A.6.1. Het vierde middel is afgeleid uit de schending van de artikelen 10 en 11 van de Grondwet in samenhang met de artikelen 52 (oud) en volgende van het E.G.-Verdrag,

« doordat de aangevochten bepalingen inhouden dat enkel de VRT zich kan vestigen in België om landelijke radioactiviteiten via de ether uit te oefenen, zodat andere omroeporganisaties, waaronder particuliere radio's, op discriminatoire wijze worden belemmerd in hun vrijheid om zich in België te vestigen teneinde dezelfde activiteiten uit te oefenen ».

De verzoekende partijen voeren aan dat artikel 52 (oud) van het E.G.-Verdrag de opheffing eist van de belemmeringen van de vrijheid van vestiging van onderdanen van een Lid-Staat op het grondgebied van een andere Lid-Staat. Het monopolie van de V.R.T. om voor geheel Vlaanderen bestemde radioreclame via de ether uit te zenden, sluit elke uit een andere Lid-Staat afkomstige omroeporganisatie uit die zich in Vlaanderen zou willen vestigen of een nevenvestiging oprichten, om over de ether voor geheel Vlaanderen bestemde

radioreclameboodschappen uit te zenden. Er is onbetwistbaar sprake van een protectionistische doelstelling en een protectionistisch effect. Dergelijke verborgen vormen van discriminatie en protectionistische effecten zouden moeten worden aanvaard indien zij gerechtvaardigd blijken te zijn wegens dwingende redenen van algemeen belang, indien zij geschikt zijn om de verwezenlijking van het nagestreefde doel te waarborgen en niet verder gaan dan hetgeen voor het bereiken van dat doel nodig is. Die rechtvaardigingsgronden zijn *in casu* echter niet aanwezig.

A.6.2. De Vlaamse Regering merkt op dat de verzoekers de samenhang tussen de genoemde grondwettelijke bepalingen en artikel 52 (oud) van het E.G.-Verdrag niet toelichten. Het middel faalt bijgevolg reeds om die reden.

De beschouwingen die de verzoekers aan de beweerde schending van artikel 52 (oud) van het E.G.-Verdrag wijden, zijn uiterst bondig en laten niet toe te vatten hoe de beweerde strijdigheid van de aangevochten bepalingen met artikel 52 (oud) moet worden begrepen. In elk geval staat vast dat de aangevochten bepalingen de vestiging van particuliere radio's in Vlaanderen geenszins belemmeren. De verwijzing naar de V.T.M.-beschikking van de Europese Commissie is niet ernstig. De V.R.T. is immers een openbare omroep. Het middel is bijgevolg manifest ongegrond.

A.6.3. Volgens de verzoekende partijen is het uitgangspunt van het middel de vaststelling dat de beperkingen van de vrijheid van vestiging die voortvloeien uit de bestreden decretale bepalingen niet in gelijke mate gelden voor de openbare omroep en de particuliere radio's. De verzoekers verzetten zich tegen het feit dat krachtens de aangevochten bepalingen enkel de V.R.T. in België landelijke omroepactiviteiten via de ether kan uitoefenen, terwijl particuliere radio's via de ether op discriminatoire wijze worden belemmerd in hun vrijheid om zich in België te vestigen teneinde soortgelijke activiteiten uit te oefenen. Het is evident dat het monopolie van de V.R.T. om voor geheel Vlaanderen bestemde radioprogramma's en reclame via de ether uit te zenden, alle buitenlandse ondernemingen uitsluit die zich in Vlaanderen zouden willen vestigen of een nevenvestiging willen oprichten om over de ether dezelfde dienst aan te bieden. De loutere vaststelling dat de V.R.T. een openbare omroep is, volstaat niet om de discriminatoire beperkingen van de vrijheid van vestiging te rechtvaardigen. De V.R.T. toont op geen enkele wijze aan dat het vervullen van de openbare omroepopdracht vereist dat andere omroepen zich niet in Vlaanderen zouden mogen vestigen om landelijke commerciële etherradio-activiteiten te ontwikkelen, noch dat die belemmering proportioneel is ten aanzien van die taak van algemeen belang.

#### *Vijfde middel*

A.7.1. Het vijfde middel is afgeleid uit de schending van de artikelen 10 en 11 van de Grondwet in samenhang met de artikelen 59 (oud) en volgende van het E.G.-Verdrag,

« doordat artikel 7 van het decreet van 7 juli 1998 inhoudt dat enkel particuliere radio's die in de Vlaamse Gemeenschap gevestigd zijn, erkend kunnen worden om radioactiviteiten via de ether uit te oefenen, zodat buitenlandse ondernemingen op discriminatoire wijze worden belemmerd in hun vrijheid om dezelfde diensten te verstrekken in de Vlaamse Gemeenschap ».

De verzoekende partijen voeren aan dat de principes van gelijkheid en niet-discriminatie inzake het vrij verkeer van diensten verbieden dat voor het verrichten van diensten in een Lid-Staat een onderscheid wordt gemaakt tussen de personen die gevestigd zijn in die Lid-Staat en de personen die in een andere Lid-Staat gevestigd zijn. Artikel 7 van het bestreden decreet schendt de voormelde regels aangezien het oplegt dat de maatschappelijke zetel en de productie-installaties van de particuliere radio moeten zijn gelegen in het Nederlandse taalgebied of het tweetalige gebied Brussel-Hoofdstad, meer bepaald binnen het verzorgingsgebied van de radio waarvoor de erkenning wordt uitgereikt. Bijgevolg kunnen de ondernemingen die in een andere Lid-Staat van de Europese Unie gevestigd zijn, geen radioactiviteiten via de ether in Vlaanderen verrichten. Die schending van het principe van vrij verkeer van diensten kan niet worden gerechtvaardigd. De rechtvaardigingsgronden van artikel 56, lid 1, (oud) van het E.G.-Verdrag zijn limitatief. Het opleggen van de ligging lijkt te zijn ingegeven door het verlangen om de band van de radio met het verzorgingsgebied te verzekeren, een reden die niet in voormelde bepaling kan worden ingepast. Bovendien is het aangewende middel disproportioneel met het beoogde doel. De doelstelling kan immers worden bereikt door andere middelen, waarin overigens reeds ruimschoots wordt voorzien in het huidige wetgevende kader.

A.7.2. De Vlaamse Regering wijst erop dat de verzoekers erkennen dat er van schending van artikel 59 (oud) slechts sprake kan zijn indien de bestreden maatregel niet gerechtvaardigd is voor de verwezenlijking van een doelstelling van algemeen belang, maar betogen dat de bestreden bepaling geenszins een doelstelling van algemeen belang dient of dat, op zijn minst, het gekozen middel niet evenredig is aan het nagestreefde doel.

De bestreden bepaling is, per definitie, enkel van toepassing op radio-omroepen die in Vlaanderen gevestigd zijn. Het decreet is uiteraard niet van toepassing op buiten Vlaanderen gevestigde omroepen, aangezien de Vlaamse overheid geen extraterritoriale bevoegdheid inzake omroep heeft. Het internationale ontvangstbereik van radio-uitzendingen via de ether (en de verdeling van radiofrequenties) wordt vastgesteld overeenkomstig afspraken binnen de Internationale Telecommunicatie-Unie. Artikel 59 (oud) is enkel van toepassing op belemmeringen door de Lid-Staten van het grensoverschrijdend dienstenverkeer. Toch gaan de verzoekers ervan uit dat de bestreden bepaling onder het verbod van artikel 59 (oud) valt. Het middel is manifest ongegrond.

A.7.3. Volgens de verzoekende partijen toont de Vlaamse Regering geenszins aan dat *in casu* de verplichting dat de maatschappelijke zetel en de productie-installaties van de particuliere radio moeten zijn gelegen in het Nederlandse taalgebied of het tweetalige gebied Brussel-Hoofdstad, meer bepaald binnen het verzorgingsgebied van de radio, gerechtvaardigd is in het licht van de rechtvaardigingsgronden ontwikkeld onder de *rule of reason*. Het valt op dat de Vlaamse Regering niet betwist dat de maatregel in elk geval disproportioneel is met het beoogde doel, namelijk het verzekeren van een nauwe band van de radio met het verzorgingsgebied. Die doelstelling kan immers worden bereikt door andere middelen, waarin overigens reeds ruimschoots is voorzien in het huidige wetgevende kader. Het is voorts vaststaande rechtspraak dat een Lid-Staat niet in het algemeen mag verbieden dat bepaalde diensten door in andere Lid-Staten gevestigde ondernemingen worden verricht, omdat dit op de afschaffing van de vrijheid van dienstverrichting zou neerkomen. Het is inderdaad zo dat de Vlaamse Regering geen extraterritoriale bevoegdheid inzake omroep heeft. Concreet betekent dit dat het decreet territoriaal enkel van toepassing is op omroepen waaraan in Vlaanderen frequenties werden toegewezen. Dit betekent echter geenszins dat de Vlaamse Regering niet meer bevoegd zou zijn voor een omroep waarvan de maatschappelijke zetel in een andere Lid-Staat gevestigd is.

- B -

### *Ten aanzien van de ontvankelijkheid*

B.1.1. De Vlaamse Regering voert aan dat het beroep niet ontvankelijk is omdat de beperking van de particuliere radio-omroep tot lokale radio-omroep niet is ingevoerd door de bestreden bepalingen, doch door regelgeving waarvoor de termijn voor het instellen van een annulatieberoep ruimschoots is verstreken. Zij voegt eraan toe dat de decreetgever de bestaande beperkingen weliswaar heeft overgenomen in de bestreden bepalingen, maar dat hij op dit stuk geenszins blijkt heeft gegeven van een nieuwe inoverwegingneming en dus hernieuwde beslissing.

B.1.2. Wanneer de wetgever in een nieuwe wetgeving een oude bepaling overneemt en zich op die wijze de inhoud ervan toe-eigent, verhindert die omstandigheid in beginsel niet, behoudens in geval van een loutere codificatie, dat tegen de overgenomen bepaling een beroep zou kunnen worden ingesteld binnen zes maanden na de bekendmaking ervan.

De exceptie van onontvankelijkheid *ratione temporis* kan niet worden aangenomen.

B.2.1. De Vlaamse Regering betwist het belang van de verzoekende partijen bij de door hen gevorderde vernietiging.

B.2.2. De bestreden bepalingen hebben betrekking op particuliere radio-omroepen die via de ether uitzenden. Binnen de Vlaamse Gemeenschap zijn de enige particuliere radio's die toegelaten zijn, de lokale en agglomeratieradio's. Om te kunnen worden erkend en het te blijven, moeten zij aan een reeks strikte voorwaarden voldoen. De bestreden bepalingen sluiten regionale en landelijke particuliere, inzonderheid commerciële, radio-omroepen uit.

B.2.3. De eerste verzoekende partij, de vennootschap naar Luxemburgs recht s.a. Radio Flandria, is een commerciële radio-omroep die met een Luxemburgse zendvergunning Nederlandstalige radio-uitzendingen verzorgt die bestemd zijn voor de Vlaamse markt en die thans worden verspreid via de kabel. Zij wordt rechtstreeks en ongunstig geraakt door bepalingen die haar verhinderen haar programma's via de ether uit te zenden voor gans de Vlaamse Gemeenschap.

De tweede verzoekende partij, de b.v.b.a. Regie Flandria, is een reclameregie die reclamezendtijd op Radio Flandria verkoopt aan adverteerders. Zij wordt rechtstreeks en ongunstig in haar situatie geraakt door de bestreden bepalingen die haar verhinderen reclamezendtijd te verkopen voor gans de Vlaamse radioreclamemarkt.

De derde en de vierde verzoekende partij, W. Van Aalst en J. Soer, worden in hun hoedanigheid van respectievelijk gedelegeerd bestuurder en bestuurder van de eerste verzoekende partij en zaakvoerders van de tweede verzoekende partij eveneens rechtstreeks en ongunstig in hun situatie geraakt, inzonderheid door de bepaling die hen verhindert lid van de raad van bestuur te zijn van andere rechtspersonen die particuliere radio's beheren.

Daaraan wordt geen afbreuk gedaan door het feit dat een eventuele vernietiging bepalingen doet herleven die hen evenzeer of nog meer in hun mogelijkheden kunnen beperken dan de bestreden decreetsbepalingen. Zij verkrijgen niettemin een nieuwe kans om hun situatie gunstiger geregeld te zien.

B.2.4. De vijfde en de zesde verzoekende partij, J. Otte en A. Vandenbrembt, beroepen zich op hun hoedanigheid van inwoners van de Vlaamse Gemeenschap. De bestreden bepalingen zouden hun mogelijkheid om het radioprogramma van hun keuze te beluisteren aanzienlijk beperken.

De door hen bestreden bepalingen hebben slechts een onrechtstreekse weerslag op hun situatie. Aldus doen zij niet blijken van het rechtens vereiste belang. Het beroep is niet ontvankelijk in zoverre het is ingesteld door de vijfde en de zesde verzoekende partij.

#### *Ten gronde*

##### *Ten aanzien van het eerste middel*

B.3.1. In het eerste middel, afgeleid uit de schending van de artikelen 10 en 11 van de Grondwet, kritiseren de verzoekende partijen het verschil in behandeling dat door de bestreden bepalingen wordt ingesteld tussen, aan de ene kant, particuliere radio's die via de ether uitzenden en die zich moeten beperken tot het grondgebied van een of meer gemeenten of tot het grondgebied van een agglomeratie en, aan de andere kant, de naamloze vennootschap naar publiek recht V.R.T. (Vlaamse Radio- en Televisieomroep) en de kabelradio's, die zich kunnen richten tot de ganse Vlaamse Gemeenschap.

B.3.2. Blijkens de parlementaire voorbereiding van het bestreden decreet strekt het ertoe, door een aantal wijzigingen in de bepalingen betreffende de lokale radio's van de decreten betreffende de radio-omroep en de televisie, gecoördineerd op 25 januari 1995, een pragmatisch antwoord te geven op het probleem van de levensvatbaarheid van de lokale radio's (*Parl. St.*, Vlaams Parlement, 1997-1998, nr. 763/1, pp. 2 en 3).

Uit de parlementaire voorbereiding van het bestreden decreet blijkt tevens dat de decreetgever niet heeft willen afstappen van de vroeger gemaakte keuze om de landelijke radio via de ether voor te behouden aan de openbare omroep en om de kleinschalige lokale radio via de ether voor te behouden aan het particulier initiatief (*Parl. St.*, Vlaams Parlement, 1997-1998, nr. 763/4, pp. 4, 18 en 19).



B.3.3. De beoordeling van de plaats die ter zake van radio-uitzendingen via de ether behoort te worden toegekend aan het publiek dan wel het particulier initiatief maakt een opportuniteitsoordeel uit dat toekomt aan de bevoegde decreetgever. Het Hof zou zijn bevoegdheid te buiten gaan mocht het zijn beoordeling op dat punt in de plaats stellen van die keuze van de decreetgever.

De toetsing door het Hof slaat evenwel op het objectieve karakter van het onderscheid, de overeenstemming van de maatregelen met het nagestreefde doel en het bestaan van een redelijk verband tussen de aangewende middelen en het beoogde doel.

Het verschil in behandeling tussen de vrije radio's en de overheidsomroep berust op het objectieve criterium van het openbare of private karakter van de rechtspersoon die de radio-uitzendingen organiseert.

Mede gelet op het beperkte aantal van de voor radio-uitzendingen binnen de betrokken Gemeenschap beschikbare frequenties en zelfs al zou kunnen aangenomen dat de beschikbare frequenties op een meer rationele wijze zouden kunnen worden aangewend, wordt het verschil in behandeling verantwoord door de specifieke opdracht van algemeen belang van de overheidsomroep, onder andere door het verzekeren van minimale informatie die voor alle geledingen in de samenleving bereikbaar is en niet is ingegeven door lucratieve overwegingen waarbij enkel de commercieel interessante doelgroepen worden aangesproken.

B.3.4. Het verschil in behandeling tussen de publieke en de particuliere radio-omroepen die via de ether uitzenden is, wat het zendbereik betreft, - en onder voorbehoud van het onderzoek van de andere middelen- niet in strijd met de artikelen 10 en 11 van de Grondwet.

B.3.5. De omstandigheid dat particuliere kabelradio-omroepen zich, in tegenstelling tot particuliere radio-omroepen die via de ether uitzenden, kunnen richten tot de gehele Vlaamse Gemeenschap, kan niet tot een andere conclusie voeren. Het criterium van onderscheid voor dat verschil in behandeling is objectief en pertinent. Als medium verschilt de kabelradio immers wezenlijk van de etherradio, wat betreft de toegankelijkheid ervan voor zowel de luisteraars als de omroepen. De mogelijkheden van ontvangst zijn beperkter, want afhankelijk van de beschikbaarheid van kabelverbindingen en -aansluitingen en het aanbod van de

kabelmaatschappijen. De mogelijkheden voor uitzending zijn afhankelijk van de uiteenlopende technische mogelijkheden van de onderscheiden kabelmaatschappijen en het bereiken van de vereiste overeenkomsten tussen de radio-omroepen en de kabelmaatschappijen wat betreft de verspreiding van het signaal.

Het verschil in behandeling inzake uitzendbereik tussen particuliere kabelradio-omroepen en particuliere etherradio-omroepen is niet onevenredig ten aanzien van de nagestreefde doelstelling.

Het toelaten van de mogelijkheid tot landelijke particuliere kabelradio's schaaft, in tegenstelling tot wat het geval zou kunnen zijn met landelijke particuliere etherradio's, het zendbereik van de lokale particuliere radio's niet en beantwoordt dus aan de doelstelling die de decreetgever zich heeft gesteld.

B.3.6. Het eerste middel kan niet worden aangenomen.

*Ten aanzien van het tweede middel*

B.4.1. In het tweede middel, afgeleid uit de schending van de artikelen 10 en 11 van de Grondwet, gelezen in samenhang met de vrijheid van handel en nijverheid en met de artikelen 82 (ex artikel 86) en 86, lid 1, (ex artikel 90, lid 1) van het E.G.-Verdrag, kritiseren de verzoekende partijen het feit dat de aangevochten bepalingen zonder redelijke en objectieve verantwoording, het wettelijk monopolie van de V.R.T. op landelijke radio via de ether in stand houden, ten koste van de vrijheid van de particuliere radio's om landelijke commerciële radioactiviteiten te ontplooien, zodat die radio's ook worden benadeeld in de mededinging met de V.R.T. op de afgeleide markt voor radioreclame in Vlaanderen.

B.4.2. De artikelen 10 en 11 van de Grondwet hebben een algemene draagwijdte. Zij verbieden elke discriminatie, ongeacht de oorsprong ervan : de grondwettelijke regels van de gelijkheid en van de niet-discriminatie zijn toepasselijk ten aanzien van alle rechten en alle vrijheden, met inbegrip van die welke voortvloeien uit internationale verdragen die België binden, die door een instemmingsakte in de interne rechtsorde toepasselijk zijn gemaakt en die directe werking hebben.

B.4.3. De artikelen 82 (ex artikel 86) en 86, leden 1 en 2, (ex artikel 90, leden 1 en 2) van het Verdrag tot oprichting van de Europese Gemeenschap, laatst gewijzigd bij het Verdrag van Amsterdam van 2 oktober 1997, betreffen zodanige rechten en vrijheden.

Artikel 82 van het E.G.-Verdrag legt verbod op aan een of meer ondernemingen om misbruik te maken van een machtspositie op de gemeenschappelijke markt of op een wezenlijk deel daarvan, voor zover de handel tussen Lid-Staten daardoor ongunstig wordt beïnvloed. Hoewel artikel 82 betrekking heeft op gedragingen van ondernemingen en niet op wettelijke, bestuursrechtelijke en andere maatregelen van de Lid-Staten, heeft dat artikel voor de Lid-Staten wel tot gevolg dat zij geen maatregelen mogen nemen of handhaven welke de mededingingsregels hun nuttig effect kunnen ontnemen (Hof van Justitie, 16 november 1977, *INNO*, 13/77, *Jur.*, 1977, 2155, r.o. 31 en 32; Hof van Justitie, 23 april 1991, *Höfner en Elser*, C-41/90, *Jur.*, 1991, I-2017, r.o. 26; Hof van Justitie, 18 juni 1991, *ERT*, C-260/89, *Jur.*, 1991, I-2960, r.o. 35; Hof van Justitie, 19 mei 1993, *Corbeau*, C-320/91, *Jur.*, 1993, I-2567, r.o. 10 en 11).

Krachtens artikel 86, lid 2, blijven ondernemingen, belast met het beheer van diensten van algemeen economisch belang, aan de mededingingsregels onderworpen, zolang niet is aangetoond dat de toepassing van die bepalingen onverenigbaar is met de vervulling van hun bijzondere taak (Hof van Justitie, 30 april 1974, *Sacchi*, 155/73, *Jur.*, 1974, 430, r.o. 14 en 15; Hof van Justitie, 3 oktober 1985, *CBEM/CLT en IPB*, 311/84, *Jur.*, 1985, 3275, r.o. 17; Hof van Justitie, 23 april 1991, *Höfner en Elser*, C-41/90, *Jur.*, 1991, I-2017, r.o. 24; Hof van Justitie, 18 juni 1991, *ERT*, C-260/89, *Jur.*, 1991, I-2957-2961, r.o. 10 en 33).

Niets in het Verdrag verzet zich ertegen dat de Lid-Staten om redenen van algemeen belang van niet-economische aard, uitzendingen van radio en televisie, met inbegrip van uitzendingen via de kabel, aan de mededinging onttrekken door een exclusief recht toe te kennen aan een of meer instellingen. Meer bepaald kunnen ondernemingen die belast zijn met het beheer van diensten van algemeen economisch belang, aan de toepassing van de mededingingsregels van het Verdrag ontkomen, voor zover beperkingen van de mededinging van andere marktdeelnemers - of zelfs een uitsluiting van elke mededinging - noodzakelijk zijn om de vervulling van de hun toevertrouwde bijzondere taak te verzekeren (Hof van

Justitie, 19 mei 1993, *Corbeau*, C-320/91, *Jur.*, 1993, I-2533, r.o. 14; Hof van Justitie, 27 april 1994, *Almelo*, *Jur.* 1994, C-393/92, I-1520, r.o. 46).

B.4.4. Te dezen moet worden aangenomen dat de keuze van de decreetgever om de landelijke etherradio voor te behouden aan de openbare omroep, ingegeven is door redenen van algemeen belang van niet-economische aard, inzonderheid het vrijwaren van de openbare radio-omroepopdracht zoals bepaald in de artikelen 8, 23, 27, 27bis, 27ter en 27quater van de op 25 januari 1995 gecoördineerde decreten betreffende de radio-omroep en de televisie en nader omschreven in de in artikel 16 van die decreten bedoelde beheersovereenkomst. De decreetgever oordeelde dat het, om de V.R.T. in staat te stellen die bijzondere taak van algemeen belang naar behoren te vervullen, noodzakelijk was mededinging vanwege landelijke commerciële etherradio's uit te sluiten.

Het blijkt niet dat die opvatting op een kennelijk onjuiste appreciatie steunt. In dit verband dient te worden gewezen op artikel 16 (het vroegere artikel 7D) van het Verdrag en inzonderheid op het Protocol nr. 32 van 2 oktober 1997 betreffende het publieke omroepstelsel in de Lid-Statens.

B.4.5. Zo het juist is dat uit artikel 29 van de gecoördineerde decreten betreffende de radio-omroep en de televisie een verschil in behandeling volgt tussen de V.R.T. en de particuliere lokale radio's inzake publiciteit, wordt zulks verantwoord in zoverre de V.R.T. over een monopolie beschikt inzake landelijke uitzendingen via de ether, en dat monopolie onverbrekkelijk verbonden is met de hem toegekende taken van openbare dienst en van algemeen belang.

B.4.6. De verzoekende partijen verwijzen ook naar de vrijheid van handel en nijverheid.

De vrijheid van handel en nijverheid kan evenwel niet als een absolute vrijheid worden opgevat. De bevoegde wetgever kan ertoe worden gebracht - zij het in de economische sector dan wel in andere sectoren- de handelingsvrijheid van de betrokken personen of ondernemingen te beperken, wat noodzakelijkerwijze een weerslag zal hebben op de vrijheid van handel en nijverheid. De vrijheid van handel en nijverheid wordt maar geschonden indien de decreetgever die vrijheid zou beperken zonder dat daartoe enige noodzaak bestaat of indien

die beperking kennelijk onevenredig zou zijn met het nagestreefde doel of aan dat beginsel op zodanige wijze afbreuk zou doen dat de economische unie erdoor in het gedrang komt.

Uit de overwegingen uiteengezet in B.3.4 en B.4.4 volgt dat zulks te dezen niet het geval is.

B.4.7. Het middel kan niet worden aangenomen.

#### *Ten aanzien van het derde middel*

B.5.1. In het derde middel, afgeleid uit de schending van de artikelen 10 en 11 van de Grondwet, gelezen in samenhang met de vrijheid van meningsuiting gewaarborgd door artikel 10 van het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens en artikel 19 van de Grondwet, kritiseren de verzoekende partijen het feit dat de aangevochten decretale bepalingen de vrijheid voor particuliere radio's om radioprogramma's via de ether door te geven aan de ganse Vlaamse Gemeenschap beknotten, terwijl geen soortgelijke beperkingen werden opgelegd aan de openbare omroep, noch aan kabelradio's.

B.5.2. Volgens de Vlaamse Regering is het middel niet ontvankelijk, in zoverre een rechtstreekse schending wordt aangevoerd van het recht op vrije meningsuiting.

Het middel is evenwel afgeleid uit de schending van het gelijkheids- en niet-discriminatiebeginsel, in samenhang met de vrijheid van meningsuiting. Het is derhalve ontvankelijk.

B.5.3. De vrijheid van meningsuiting is een van de pijlers van een democratische samenleving.

Het recht op vrijheid van meningsuiting omvat luidens artikel 10.1 van het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens de vrijheid om inlichtingen of denkbeelden te ontvangen of door te geven, zonder inmenging van overheidswege en ongeacht grenzen.

De bestreden bepalingen beperken het recht van de verzoekende partijen om inlichtingen of denkbeelden door te geven.

B.5.4. Het recht op vrije meningsuiting is evenwel niet absoluut.

Artikel 10.1, laatste zin, van het voormelde Verdrag bepaalt allereerst dat het artikel niet belet dat Staten radio-omroep, bioscoop- of televisieondernemingen kunnen onderwerpen aan een systeem van vergunningen. Het onderwerp en het doel van die bepaling moeten worden beschouwd in het licht van het volledige artikel 10, inzonderheid in het licht van artikel 10.2, waaraan de maatregelen van erkenning onderworpen blijven (Europees Hof voor de Rechten van de Mens, 28 maart 1990, *Groppera Radio AG et autres c. Suisse*, série A, n° 173, p. 24, § 61; 22 mei 1990, *Autronic AG c. Suisse*, série A, n° 178, p. 24, § 52; 24 november 1993, *Informationsverein Lentia et autres*, série A, n° 276, pp. 13 en 14, § 29).

Artikel 10.1, laatste zin, strekt ertoe te preciseren dat de Staten, door een systeem van vergunningen, de radio-uitzendingen op hun grondgebied kunnen regelen, inzonderheid in zijn technische aspecten. Andere overwegingen kunnen eveneens leiden tot het toekennen of het weigeren van vergunningen, zoals overwegingen betreffende de aard en doelstellingen van een toekomstig station, de mogelijkheid om het in te schakelen op nationaal, regionaal of lokaal vlak, de rechten en noden van een gegeven publiek, en de verplichtingen die voortvloeien uit internationale juridische instrumenten (Europees Hof voor de Rechten van de Mens, 24 november 1993, *Informationsverein Lentia et autres*, série A, n° 276, p. 15, § 32; 20 oktober 1997, *Radio ABC c. Autriche*, *Recueil des arrêts et décisions*, 1997-VI, p. 2199, § 33).

Het door de decreetgever ingevoerde stelsel dat de landelijke en regionale etherradio in de Vlaamse Gemeenschap voorbehoudt aan de openbare omroep en de lokale en agglomeratieradio voorbehoudt aan het particulier initiatief, kan bijdragen tot de kwaliteit en verscheidenheid van de radio-uitzendingen en past derhalve in het bepaalde in artikel 10.1, derde zin. Nagegaan moet worden of het ook beantwoordt aan de andere door artikel 19 van de Grondwet en artikel 10.2 van het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens gestelde eisen.

B.5.5. Ongeacht het gegeven dat eenieder ertoe is gehouden de grondwettelijk beschermde vrijheid van meningsuiting van anderen te eerbiedigen, volgt uit artikel 19 van de Grondwet in samenhang met artikel 10.2 van het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens dat de vrijheid van meningsuiting kan worden onderworpen aan bepaalde formaliteiten, voorwaarden, beperkingen of sancties welke bij wet zijn vastgesteld en die in een democratische samenleving nodig zijn tot bescherming van de in bovenvermelde verdragsbepaling vermelde doelstellingen.

B.5.6. De beperkingen zijn ingesteld door de decreetgever en streven, zoals gezegd in B.5.4, een geoorloofd doel na. De vraag is enkel nog of zij in een democratische samenleving nodig zijn.

Zoals eerder uiteengezet (B.3.3) zijn de voor radio-uitzendingen in de Vlaamse Gemeenschap beschikbare frequenties niet onbeperkt. Het toelaten van particuliere landelijke en regionale etherradio, naast particuliere lokale en agglomeratieradio, zou onvermijdelijk tot gevolg hebben dat de voor de openbare radio-omroep beschikbare frequenties moeten worden herschikt. Hoewel een en ander thans tot de technische mogelijkheden zou behoren, zou zulks, zoals de Vlaamse Regering betoogt, aan de ene kant, niet zonder zeer belangrijke investeringen aan de zijde van de openbare omroep kunnen worden gerealiseerd, en zou zulks, aan de andere kant, slechts een beperkte ruimte creëren voor particuliere landelijke of regionale etherradio, gesteld dat men geen afbreuk zou willen doen aan de door de decreetgever nader omschreven en aan de publieke radio opgedragen openbare radio-omroepopdracht. Aldus kan worden aanvaard dat de uitsluiting van particuliere landelijke of regionale etherradio, terwijl particuliere lokale en agglomeratieradio, evenals particuliere landelijke kabelradio toegelaten is, beantwoordt aan een dwingende maatschappelijke noodwendigheid en het aangewende middel niet onevenredig is met het beoogde doel. Van een ongeoorloofde en discriminatoire inbreuk op de vrijheid van meningsuiting is aldus geen sprake.

B.5.7. Het middel kan niet worden aangenomen.

*Ten aanzien van het vierde middel*

B.6.1. In het vierde middel, afgeleid uit de schending van de artikelen 10 en 11 van de Grondwet, gelezen in samenhang met de artikelen 43 (ex artikel 52) en volgende van het E.G.-Verdrag, kritiseren de verzoekende partijen de bestreden bepalingen omdat die zouden inhouden dat enkel de V.R.T. zich in België kan vestigen om landelijke radioactiviteiten via de ether uit te oefenen. Zodoende zouden andere omroeporganisaties, waaronder particuliere radio's, op discriminatoire wijze worden belemmerd in hun vrijheid om zich in België te vestigen teneinde dezelfde activiteiten uit te oefenen.

B.6.2. Artikel 43 (ex artikel 52) van het E.G.-Verdrag, dat rechtstreeks toepasselijk is in de Lid-Staten, bepaalt dat beperkingen op de vrijheid van vestiging voor onderdanen van een Lid-Staat op het grondgebied van een andere Lid-Staat verboden zijn. Dat verbod heeft eveneens betrekking op beperkingen betreffende de oprichting van agentschappen, filialen of dochterondernemingen door de onderdanen van een Lid-Staat die op het grondgebied van een Lid-Staat zijn gevestigd. De vrijheid van vestiging omvat, behoudens de bepalingen van het hoofdstuk betreffende het kapitaal, de toegang tot werkzaamheden anders dan in loondienst en de uitoefening daarvan, alsmede de oprichting en het beheer van ondernemingen, en met name van vennootschappen in de zin van de tweede alinea van artikel 48 (ex artikel 58), overeenkomstig de bepalingen welke door de wetgeving van het land van vestiging voor de eigen onderdanen zijn vastgesteld.

B.6.3. Artikel 43 vindt uitsluitend toepassing ten aanzien van natuurlijke en rechtspersonen die behoren tot een Lid-Staat van de Europese Gemeenschap en op duurzame wijze werkzaamheden anders dan in loondienst wensen te verrichten in een andere Lid-Staat. Personen die een Lid-Staat niet verlaten en hun werkzaamheden niet uitoefenen in een andere Lid-Staat, vallen niet onder de werkingssfeer van de voormelde bepaling. Bijgevolg kunnen uitsluitend de eerste, de derde en de vierde verzoekende partij zich op die bepaling beroepen. Het middel is onontvankelijk in zoverre het wordt aangevoerd door de tweede verzoekende partij.

B.6.4. De bestreden bepalingen beletten de verzoekende partijen geenszins zich in België, meer bepaald in de Vlaamse Gemeenschap, te vestigen om er daadwerkelijk een economische activiteit door middel van een vaste basis en voor onbepaalde tijd uit te oefenen. De bestreden bepalingen beletten daarentegen dat de verzoekende partijen zich in België vestigen teneinde er



in de Vlaamse Gemeenschap landelijke radioactiviteiten via de ether uit te oefenen, doch het verbod dat soort activiteiten uit te oefenen, geldt zonder onderscheid naar nationaliteit, en is het gevolg van het feit dat de decreetgever ter zake een exclusief recht heeft toevertrouwd aan de openbare omroep, namelijk de V.R.T. Nu bij het onderzoek van het tweede middel is gebleken dat het toevertrouwen van dat uitsluitend recht verenigbaar is met artikel 86 van het E.G.-Verdrag, moet worden geoordeeld dat de daaruit noodzakelijkerwijze voortvloeiende beperkingen inzake markttoegang, niet op discriminatoire wijze afbreuk doen aan de vrijheid van vestiging.

B.6.5. Het middel kan niet worden aangenomen.

*Ten aanzien van het vijfde middel*

B.7.1. In het vijfde middel, afgeleid uit de schending van de artikelen 10 en 11 van de Grondwet, gelezen in samenhang met de artikelen 49 (ex artikel 59) en volgende van het E.G.-Verdrag, kritiseren de verzoekende partijen het feit dat ingevolge artikel 7 van het bestreden decreet enkel particuliere radio's die in de Vlaamse Gemeenschap gevestigd zijn, kunnen worden erkend om radioactiviteiten via de ether uit te oefenen, zodat buitenlandse ondernemingen op discriminatoire wijze worden belemmerd in hun vrijheid om dezelfde diensten te verstrekken in de Vlaamse Gemeenschap.

B.7.2. Overeenkomstig artikel 49 van het E.G.-Verdrag zijn de beperkingen op het vrij verrichten van diensten binnen de Europese Gemeenschap in het kader van de erop volgende verdragsbepalingen verboden ten aanzien van de onderdanen der Lid-Staten die in een ander land van de Gemeenschap zijn gevestigd dan dat waarin degene is gevestigd ten behoeve van wie de dienst wordt verricht.

Artikel 50, eerste alinea, van het E.G.-Verdrag beschouwt als diensten de dienstverrichtingen welke gewoonlijk tegen vergoeding geschieden, voor zover de bepalingen betreffende het vrij verkeer van goederen, kapitaal en personen op die dienstverrichtingen niet van toepassing zijn. Blijkens artikel 50, tweede alinea, betreft het onder meer werkzaamheden van commerciële aard. De dienstverrichting moet niet noodzakelijk worden betaald door de personen voor wie zij wordt verricht, maar het moet wel gaan om diensten die hoofdzakelijk

worden vergoed met privé-geld. Radio-uitzendingen, inzonderheid commerciële radio-uitzendingen, moeten bijgevolg worden beschouwd als diensten in de zin van het Verdrag.

De artikelen 49 en volgende kunnen worden aangevoerd door de onderdanen der Lid-Staten die in een ander land van de Gemeenschap zijn gevestigd dan dat waarin degene is gevestigd ten behoeve van wie de dienst wordt verricht. Bijgevolg kunnen de eerste, de derde en de vierde verzoekende partij zich op die bepaling beroepen, terwijl zulks niet het geval is met de tweede verzoekende partij. Het middel is wat haar betreft niet ontvankelijk.

B.7.3. De bestreden bepaling - artikel 32, 2°, van op 25 januari 1995 gecoördineerde decreten van de Vlaamse Gemeenschap betreffende de radio-omroep en de televisie - staat eraan in de weg dat een rechtspersoon met maatschappelijke zetel buiten het Nederlandse taalgebied of het tweetalige gebied Brussel-Hoofdstad, inzonderheid met een maatschappelijke zetel buiten het verzorgingsgebied van de radio waarvoor de erkenning wordt uitgereikt, kan worden erkend als lokale of als agglomeratieradio. Die bepaling impliceert dat in andere Lid-Staten gevestigde rechtspersonen niet in aanmerking komen voor die erkenning. De bestreden bepaling betreft aldus een door artikel 49 van het E.G.-Verdrag in beginsel verboden beperking op het vrij verrichten van diensten.

B.7.4. Het verbod van artikel 49 van het E.G.-Verdrag is evenwel niet absoluut. Een Lid-Staat kan luidens artikel 55 van het E.G.-Verdrag beperkingen op het vrije dienstenverkeer, naar gelang van de herkomst van de dienst, instellen of handhaven op grond van de artikelen 45 of 46 van het E.G.-Verdrag. Artikel 46, lid 1, van het E.G.-Verdrag, gelezen in samenhang met artikel 55, staat toe dat de Lid-Staten wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen toepassen waarbij een bijzondere regeling is vastgesteld voor bepaalde diensten welke uit hoofde van onder meer de openbare orde gerechtvaardigd zijn.

De particuliere radio's zoals beoogd door de gecoördineerde decreten betreffende de radio-omroep en de televisie, hebben tot taak een verscheidenheid van programma's te brengen inzake informatie, cultuur en ontspanning, met de bedoeling binnen hun verzorgingsgebied de communicatie onder de bevolking te bevorderen (artikel 28). Zij vervullen onmiskenbaar een sociaal-culturele functie die complementair is aan die van de openbare landelijke en regionale omroep en dragen aldus bij tot het behoud van het pluralisme in de media.

De bestreden bepaling, die, naast andere in artikel 32 vermelde erkenningvereisten, ertoe strekt het lokale karakter van de particuliere lokale en agglomeratieradio's effectief te verzekeren door de verplichting van vestiging van de maatschappelijke zetel en de zendinstallaties binnen het verzorgingsgebied, past in het niet-economische doel dat de decreetgever zich heeft gesteld en is er niet mee onevenredig.

Bijgevolg is voldaan aan de toepassingsvereisten van artikel 46, lid 1, van het E.G.-Verdrag.

B.7.5. Het middel kan niet worden aangenomen.

Om die redenen,

het Hof

verwerpt het beroep.

Aldus uitgesproken in het Nederlands, het Frans en het Duits, overeenkomstig artikel 65 van de bijzondere wet van 6 januari 1989 op het Arbitragehof, op de openbare terechtzitting van 2 februari 2000.

De griffier,

De voorzitter,

L. Potoms

G. De Baets