

Rolnummer 3170
Arrest nr. 128/2005 van 13 juli 2005

A R R E S T

---

*In zake* : het beroep tot gedeeltelijke vernietiging van het decreet van de Vlaamse Gemeenschap van 7 mei 2004 houdende wijziging van sommige bepalingen van de decreten betreffende de radio-omroep en de televisie, gecoördineerd op 25 januari 1995, en van sommige andere bepalingen betreffende de radio-omroep en de televisie, ingesteld door het Belgisch Instituut voor postdiensten en telecommunicatie.

Het Arbitragehof,

samengesteld uit voorzitter A. Arts, rechter P. Martens, waarnemend voorzitter, en de rechters R. Henneuse, M. Bossuyt, E. De Groot, L. Lavrysen, A. Alen, J.-P. Snappe, J.-P. Moerman en J. Spreutels, bijgestaan door de griffier P.-Y. Dutilleux, onder voorzitterschap van voorzitter A. Arts,

wijst na beraad het volgende arrest :

\*

\*   \*   \*

## I. *Onderwerp van het beroep en rechtspleging*

Bij verzoekschrift dat aan het Hof is toegezonden bij op 26 november 2004 ter post aangetekende brief en ter griffie is ingekomen op 29 november 2004, heeft het Belgisch Instituut voor postdiensten en telecommunicatie, met zetel te 1210 Brussel, Sterrenkundelaan 14, beroep tot gedeeltelijke vernietiging ingesteld van het decreet van de Vlaamse Gemeenschap van 7 mei 2004 houdende wijziging van sommige bepalingen van de decreten betreffende de radio-omroep en de televisie, gecoördineerd op 25 januari 1995, en van sommige andere bepalingen betreffende de radio-omroep en de televisie (bekendgemaakt in het *Belgisch Staatsblad* van 9 augustus 2004).

De Vlaamse Regering heeft een memorie ingediend, de verzoekende partij heeft een memorie van antwoord ingediend en de Vlaamse Regering heeft ook een memorie van wederantwoord ingediend.

Op de openbare terechtzitting van 15 juni 2005 :

- zijn verschenen :
- . Mr. T. De Cordier, advocaat bij de balie te Brussel, voor de verzoekende partij;
- . Mr. P. Van Orshoven, advocaat bij de balie te Brussel, voor de Vlaamse Regering;
- hebben de rechters-verslaggevers A. Alen en J.-P. Snappe verslag uitgebracht;
- zijn de voornoemde advocaten gehoord;
- is de zaak in beraad genomen.

De bepalingen van de bijzondere wet van 6 januari 1989 op het Arbitragehof met betrekking tot de rechtspleging en het gebruik van de talen werden toegepast.

## II. *In rechte*

- A -

### *Standpunt van de verzoekende partij*

A.1. Na de rechtspraak van het Hof omtrent de bevoegdheidsverdeling inzake, enerzijds, de radio-omroep en de televisie en, anderzijds, de telecommunicatie te hebben samengevat zet de verzoekende partij uiteen dat zij als regulator van de Belgische telecommunicatiesector doet blijken van het vereiste belang bij de vernietiging van het bestreden decreet. Het beperkt immers haar activiteiten en maakt het haar bijzonder moeilijk de haar toevertrouwde bevoegdheden op doelmatige wijze uit te oefenen.

A.2. In antwoord op de memorie van de Vlaamse Regering, die beweert dat de drie aangevoerde middelen onontvankelijk zouden zijn bij gebrek aan uiteenzetting, wijst de verzoekende partij erop dat voor elk van de drie middelen werd aangegeven welke bevoegdheidsverdelende regels zijn geschonden en welke de bepalingen zijn die die regels schenden.

A.3. In een eerste middel voert de verzoekende partij de schending aan van de bevoegdheidverdelende regels inzake de radio-omroep en de televisie (artikel 4, 6°, van de bijzondere wet van 8 augustus 1980 tot hervorming der instellingen).

A.4. In een eerste onderdeel, merkt zij op dat de in artikel 2 van het bestreden decreet gehanteerde definities van de begrippen « elektronisch communicatienetwerk », « kabelnetwerk » en « satellietomroepnetwerk » bijzonder ruim worden geformuleerd. Hierbij wordt geen onderscheid gemaakt tussen netwerken die uitsluitend worden gebruikt voor omroepactiviteiten en netwerken die ook, geheel of gedeeltelijk, worden gebruikt voor telecommunicatieactiviteiten. In tegenstelling tot de wet van 21 maart 1991 betreffende de hervorming van sommige economische overheidsbedrijven, maakt de definitie van het begrip « elektronisch communicatienetwerk » gebruik van het begrip « programmasignalen », zonder dat een onderscheid wordt gemaakt tussen programmasignalen en gewone signalen. In zoverre telecommunicatienetwerken niet worden uitgesloten van de toepassing van de decreten « betreffende de radio-omroep en de televisie, gecoördineerd op 25 januari 1995 » (hierna de gecoördineerde mediadecreten 1995), zou dit tot gevolg hebben dat voor bepaalde netwerken zowel de federale regeling als de gecoördineerde mediadecreten 1995 van toepassing zouden zijn, wat merkwaardig zou zijn in het licht van de arresten van het Hof nr. 7/90 van 25 januari 1990 en nr. 1/91 van 7 februari 1991.

A.5. In een tweede onderdeel voert de verzoekende partij aan dat artikel 18 van het bestreden decreet de bevoegdheidverdelende regels schendt, doordat het in een regeling voorziet met betrekking tot signalen die worden verstuurd tussen het punt waar de opname gebeurt en het punt waar de eindregie gebeurt, ofschoon het niet om programmasignalen zou gaan. Overeenkomstig de rechtspraak van de Raad van State kan er immers slechts van een programma worden gesproken na de eindregie. De infrastructuur die die signalen overbrengt, alsook de dienst die erin bestaat die signalen over te brengen, zouden derhalve niet voldoen aan de criteria van het Hof van een omroepnetwerk of –dienst, maar wel aan de criteria van een telecommunicatienetwerk. Bijgevolg zou de decreetgever het Vlaams Commissariaat voor de Media niet als toezichthoudende overheid in deze materie kunnen aanwijzen.

A.6. In een tweede middel voert de verzoekende partij aan dat het bestreden decreet de bevoegdheidverdelende regels betreffende het mededingingsrecht (artikel 6, § 1, VI, vijfde lid, 4°, van de bijzondere wet van 8 augustus 1980 tot hervorming der instellingen) zou schenden. Het bestreden artikel 18 verleent het Vlaams Commissariaat voor de Media de bevoegdheid om de relevante geografische markten voor producten en diensten in de sector van de elektronische communicatienetwerken en –diensten te bepalen. Wanneer het Vlaams Commissariaat voor de Media vaststelt dat die markt niet concurrerend is, gaat het na welke ondernemingen een aanmerkelijke macht hebben en, waar passend, legt het aan die ondernemingen een of meer verplichtingen op. Volgens de verzoekende partij maken de aan het Vlaams Commissariaat voor de Media toegekende bevoegdheden deel uit van de federale bevoegdheid inzake mededinging. Bovendien zou niet zijn aangetoond dat de bevoegdheidsoverschrijding gerechtvaardigd kan worden in het kader van artikel 10 van de bijzondere wet van 8 augustus 1980 tot hervorming der instellingen.

A.7. In een derde middel voert de verzoekende partij aan dat de decreetgever bij de uitoefening van zijn bevoegdheid inzake de radio-omroep en de televisie het evenredigheidsbeginsel heeft geschonden. Zij verwijst naar het arrest nr. 132/2004 van 14 juli 2004, waarin het Hof overweegt dat « de bevoegdheden van de federale Staat en de gemeenschappen inzake de elektronische communicatie-infrastructuur, ten gevolge van de technologische evolutie, dermate verweven [zijn] geworden dat ze niet meer dan in onderlinge samenwerking kunnen worden uitgeoefend. Daaruit volgt dat de wetgever, door eenzijdig de bevoegdheid van de regulator van de telecommunicatie te regelen, het evenredigheidsbeginsel heeft geschonden dat eigen is aan elke bevoegdheidsuitoefening ».

Het bestreden decreet bevat bepalingen die betrekking hebben op de aan de radio-omroep en de televisie en aan de telecommunicatie gemeenschappelijke elektronische infrastructuur. Aangezien het op eenzijdige wijze tot stand kwam, zonder enige vorm van overleg of samenwerking, terwijl uit voormeld arrest van het Hof de absolute noodzaak om te voorzien in samenwerking zou blijken, zou het decreet het evenredigheidsbeginsel schenden.

A.8. Door de verwevenheid van de nieuw ingevoerde definities, en het effect ervan op de overige definities en regelingen in het bestreden decreet, zou het bestreden decreet in zijn geheel moeten worden vernietigd, met uitzondering van de artikelen 5, 6, 7, 9, 10, 11 en 15.

*Standpunt van de Vlaamse Regering*

A.9. Volgens de Vlaamse Regering is het beroep tot vernietiging niet ontvankelijk bij gebrek aan belang. De bestreden decretale bepalingen zouden uitsluitend betrekking hebben op de elektronische transmissie-infrastructuur voor de radio-omroep en de televisie, terwijl de verzoekende partij door het arrest van het Hof nr. 132/2004 van 14 juli 2004 het recht wordt ontzegd om haar bevoegdheden als regulator uit te oefenen met betrekking tot de aan de radio-omroep en de televisie en aan de telecommunicatie gemeenschappelijke elektronische transmissie-infrastructuur. In het op 20 april 2005 door het Overlegcomité goedgekeurde samenwerkingsakkoord wordt trouwens bepaald dat de verzoekende partij geen beslissingen kan nemen over infrastructuren waarvoor ook de gemeenschappen bevoegd zijn zonder een voorafgaand met de gemeenschappen gesloten samenwerkingsakkoord. Bijgevolg zou de verzoekende partij niet door het bestreden decreet kunnen worden geraakt.

In zoverre de verzoekende partij de artikelen 1, 2, 3, 4, 8, 12, 13, 14, 16, 17, 18, 19, 20, 21, 22, 23, 24, 25, 26 en 27 van het decreet van 7 mei 2004 aanvecht, zet zij bovendien niet uiteen in welk opzicht zij rechtstreeks en ongunstig kan worden geraakt door elk van die artikelen in het bijzonder.

A.10. Daarnaast zijn, volgens de Vlaamse Regering, elk van de drie door de verzoekende partij aangevoerde middelen niet ontvankelijk bij gebrek aan uiteenzetting. De verzoekende partij zou niet duidelijk maken in welk opzicht elk van de bestreden artikelen de gemeenschapsbevoegdheid inzake de radio-omroep en de televisie te buiten zou gaan (eerste middel), inbreuk zou maken op de federale bevoegdheid inzake mededingingsrecht (tweede middel) of het evenredigheidsbeginsel geweld zou aandoen (derde middel).

A.11. Volgens de Vlaamse Regering is het eerste middel een parafrase van het middel dat zij zelf heeft aangevoerd in haar beroep tot vernietiging dat aanleiding heeft gegeven tot het arrest nr. 132/2004 van 14 juli 2004. De verzoekende partij heeft daarbij echter uit het oog verloren dat het Hof in dat arrest de federale wetgever niet verwijt zich een gemeenschapsbevoegdheid te hebben aangematigd, maar wel het evenredigheidsbeginsel te hebben geschonden door de decreetgever geen beleidsruimte te laten.

Het bestreden decreet, daarentegen, heeft enkel betrekking op de radio-omroep en de televisie in de zin van artikel 4, 6°, van de bijzondere wet van 8 augustus 1980 tot hervorming der instellingen. Die bevoegdheid moet ruim worden begrepen, en omvat ook technische aspecten van de radio-omroep en de televisie. De Raad van State heeft overigens bevestigd dat de gemeenschappen ten dele bevoegd zijn voor de omzetting van de Europese richtlijnen inzake elektronische communicatie. Ook uit de rechtspraak van het Hof zou blijken dat de gemeenschappen op grond van hun bevoegdheid inzake de radio-omroep en de televisie kunnen legifereren op het stuk van de elektronische communicatie-infrastructuur.

A.12. Dat sommige van de bestreden bepalingen tot gevolg zouden hebben dat de gecoördineerde mediadecreten 1995 ook toepasselijk worden op telecommunicatie is, volgens de Vlaamse Regering, op bevoegdheidsrechtelijk vlak irrelevant, omdat de gemeenschapsbevoegdheid inzake de radio-omroep en de televisie nu eenmaal een deel telecommunicatie zou omvatten. De overlapping van omroep en telecommunicatie zou inherent zijn aan de technologische convergentie van beide. Die convergentie brengt noodzakelijk een despecialisering van de netwerken met zich mee. Dit wil zeggen dat traditionele omroepnetwerken voortaan ook worden gebruikt voor telecommunicatieactiviteiten en omgekeerd. Bijgevolg is niet de aard of de technische specificiteit van het netwerk, maar wel de aard van de overgebrachte signalen determinerend om de bevoegde overheid aan te wijzen.

Het is, volgens de Vlaamse Regering, niet meer dan normaal dat een operator die zowel telecommunicatieactiviteiten als omroepactiviteiten uitoefent, de federale wetgeving met betrekking tot de telecommunicatieactiviteiten en de gemeenschapsregeling inzake de radio-omroep en de televisie moet toepassen.

A.13. De Vlaamse Regering ontkent dat sommige definities in het bestreden decreet niet duidelijk zouden zijn. Het begrip « elektronisch communicatienetwerk » wordt gedefinieerd als transmissiesystemen en in voorkomend geval de schakel- of routeringsapparatuur en andere middelen die het mogelijk maken programmasignalen over te brengen. In ieder geval impliceert onduidelijkheid geen bevoegdheidsoverschrijding.

Overigens zijn de definities van de begrippen « elektronisch communicatienetwerk », « kabelnetwerk » en « satellietomroepnetwerk » binnen het bevoegdheidsgebied van de Vlaamse decreetgever te begrijpen. Zo heeft de decreetgever door het gebruik van de term « programmasignalen » het ruime begrip « elektronisch

communicatienetwerk » willen inperken tot die aspecten die onder de omroepbevoegdheid van de gemeenschappen vallen. De definities van de begrippen « kabelnetwerk » en « satellietomroepnetwerk » gaan uit van de definitie van het begrip « elektronisch communicatienetwerk », die is toegespitst op het overbrengen van programmasignalen. Programmasignalen worden per definitie aangeboden door een omroep. Slechts elektronische communicatienetwerken die dat soort informatie doorgeven, vallen binnen de toepassingsfeer van de bestreden bepalingen.

A.14. Ten slotte kan, volgens de Vlaamse Regering, niet worden aangenomen dat de gemeenschappen niet bevoegd zouden zijn wat betreft de elektronische communicatie-infrastructuur tussen het punt waar de programmaopname gebeurt en het punt waar de eindregie plaatsheeft. De transmissie van programmasignalen naar en tussen kabelnetwerken en kopstations maakt onlosmakelijk deel uit van de radio-omroep en de televisie. Blijkens artikel 1, onder a), van de richtlijn 89/552/EEG van 3 oktober 1989 betreffende de coördinatie van bepaalde wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen in de Lid-Staten inzake de uitoefening van televisie-omroepactiviteiten omvat televisieomroepen het overdragen van programma's tussen ondernemingen met het oog op doorgifte daarvan aan het publiek. Ook de Raad van State is van mening dat straalverbindingen door middel waarvan programmasignalen via de ether naar de hoofdstations van de kabelmaatschappijen worden gebracht tot de radio-omroep en de televisie behoren.

In ieder geval regelen de bestreden artikelen het transport van programmasignalen naar en tussen de kabel- en omroepnetwerken en tussen de hoofdstations, nadat de eindregie reeds heeft plaatsgevonden.

A.15. Het tweede middel mist, volgens de Vlaamse Regering, feitelijke grondslag omdat het bestreden decreet, dat gelijk van toepassing is op al wie zich in zijn werkingssfeer bevindt, de mededinging niet regelt. Aan de federale wetgeving wordt in geen enkel opzicht geraakt. Te dezen moet een onderscheid worden gemaakt tussen sectorspecifieke, *ex ante*-regulering en algemeen mededingingsrecht, ook al hanteert het sectorspecifieke stelsel van *ex ante*-regulering mededingingsrechtelijke termen en methodes. Dat blijkt ook uit de Europese regelgeving.

A.16. Voor zover er in het bestreden decreet van mededingingsrecht sprake zou zijn, gaat het om een bevoegdheid die accessoir is aan de bevoegdheid inzake de radio-omroep en de televisie, en die voldoet aan de drie toepassingsvoorwaarden van artikel 10 van de bijzondere wet van 8 augustus 1980 tot hervorming der instellingen : (1) de procedure van de marktanalyse vormt een cruciaal onderdeel van het nieuwe Europese kader voor de transmissie van communicatiesignalen. Het uitwerken van een reglementair kader voor netwerken die worden gebruikt voor de overdracht van omroepsignalen dient dan ook noodzakelijkerwijs regels inzake marktanalyse te bevatten; (2) de procedure van marktanalyse leent zich tot verschillende regelingen. De keuze voor het opleggen van deze of gene verplichting aan exploitanten van omroepnetwerken behoort tot de discretionaire beslissingsbevoegdheid van de bevoegde regulator; (3) de bestreden bepalingen raken de federale bevoegdheid slechts op marginale manier, aangezien zij slechts toepasselijk zijn op één van de achttien door de Europese Commissie genoemde markten die in aanmerking komen voor *ex ante*-verplichtingen en zij de toepassing van de algemene regels inzake mededinging onverlet laten.

A.17. Ook het derde middel is, volgens de Vlaamse Regering, een parafrase van haar beroep tot vernietiging dat tot het arrest van het Hof nr. 132/2004 van 14 juli 2004 aanleiding heeft gegeven. De redenering van het Hof kan te dezen echter niet worden toegepast, gelet op het volslagen marginaal karakter van de weerslag van de gemeenschapsregeling op de uitoefening door de federale wetgever van zijn residuaire bevoegdheid inzake de telecommunicatie. De Vlaamse Regering ziet dan ook niet in hoe de decreetgever het de federale wetgever moeilijk zou hebben gemaakt zijn bevoegdheden inzake de telecommunicatie uit te oefenen. Het beste bewijs hiervan is het wetsontwerp betreffende de elektronische communicatie, dat op 21 april 2005 door de Kamer van volksvertegenwoordigers werd goedgekeurd.

Bovendien heeft de Vlaamse Gemeenschap bij herhaling aangeboden overleg te plegen met het oog op het sluiten van een samenwerkingsakkoord.

- B -

*Ten aanzien van de bestreden bepalingen*

B.1.1. Het decreet van 7 mei 2004 « houdende wijziging van sommige bepalingen van de decreten betreffende de radio-omroep en de televisie, gecoördineerd op 25 januari 1995, en van sommige andere bepalingen betreffende de radio-omroep en de televisie » streeft een dubbel doel na.

B.1.2. Allereerst zet het de bepalingen om van de (kader)richtlijn 2002/21/EG van het Europees Parlement en de Raad van 7 maart 2002 inzake een gemeenschappelijk regelgevingskader voor elektronische communicatienetwerken en -diensten, de richtlijn 2002/20/EG van het Europees Parlement en de Raad van 7 maart 2002 betreffende de machtiging voor elektronische communicatienetwerken en -diensten, de 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, en de 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 (artikel 1, tweede lid, van het bestreden decreet; *Parl. St.*, Vlaams Parlement, 2003-2004, nr. 2156/1, pp. 3-5).

Daartoe wordt de lijst met begripsomschrijvingen in artikel 2 van de decreten « betreffende de radio-omroep en de televisie, gecoördineerd op 25 januari 1995 » (hierna de gecoördineerde mediadecreten 1995) aangevuld met definities van de begrippen « elektronisch communicatienetwerk », « kabelnetwerk », « radio-omroepnetwerk », « televisieomroepnetwerk » en « satellietomroepnetwerk » (artikel 2 van het bestreden decreet). Daarnaast wordt een procedure ingevoerd voor de definitie en de analyse van de relevante geografische markten in de sector van de elektronische telecommunicatienetwerken (artikelen 104*bis* - 104*quater* van de gecoördineerde mediadecreten 1995, vervangen bij artikel 18 van het bestreden decreet), wordt het vergunningsstelsel van de aanbieders van een kabelnetwerk gewijzigd (artikelen 105 - 112 van de gecoördineerde mediadecreten 1995, vervangen bij dezelfde bepaling) en wordt een vergunningsstelsel ingevoerd voor digitale radio-omroepnetwerken en digitale televisieomroepnetwerken (artikelen 113 - 115*septies* van de gecoördineerde mediadecreten 1995, vervangen bij dezelfde bepaling). Ten slotte wordt

het gebruik van normen voor het uitzenden van televisiesignalen geregeld (artikelen 115*novies* - 115*sexies decies* van de gecoördineerde mediadecreten 1995, vervangen bij dezelfde bepaling) en wordt de Vlaamse Regering de mogelijkheid geboden om regels uit te vaardigen met betrekking tot applicatieprogrammaverbindingen en elektronische programmagidsen (artikelen 115*duodevicies* en 115*undevicies* van de gecoördineerde mediadecreten 1995, vervangen bij dezelfde bepaling).

B.1.3. Ten tweede beoogt het bestreden decreet gevolg te geven aan het arrest van het Hof nr. 156/2002 van 6 november 2002 (*Parl. St.*, Vlaams Parlement, 2003-2004, nr. 2156/1, p. 5) door in artikel 2 van de gecoördineerde mediadecreten 1995 de definitie van het begrip « omroepen » te wijzigen (artikel 2, 1°, van het bestreden decreet) en in een regeling te voorzien betreffende de zogenaamde radio- en televisiediensten (artikelen 8 en 16 van het bestreden decreet).

#### *Ten aanzien van de ontvankelijkheid*

B.2.1. De Vlaamse Regering voert aan dat de verzoekende partij niet van het vereiste belang zou doen blijken, in zoverre de bestreden bepalingen uitsluitend betrekking zouden hebben op de elektronische transmissie-infrastructuur voor de radio-omroep en de televisie, terwijl de verzoekende partij door het arrest van het Hof nr. 132/2004 van 14 juli 2004 het recht zou worden ontzegd om haar bevoegdheden als regulator uit te oefenen met betrekking tot de aan de radio-omroep en de televisie en aan de telecommunicatie gemeenschappelijke elektronische transmissie-infrastructuur.

B.2.2. De verzoekende partij verwijt het bestreden decreet dat het zich niet zou beperken tot de infrastructuur voor de radio-omroep en de televisie, aangezien telecommunicatienetwerken niet zouden worden uitgesloten van de toepassing van de gecoördineerde mediadecreten 1995.

B.2.3. Wanneer een exceptie van niet-ontvankelijkheid die is afgeleid uit de ontstentenis van belang ook betrekking heeft op de draagwijdte die dient te worden gegeven aan de aangevochten bepalingen, valt het onderzoek van de ontvankelijkheid samen met het onderzoek van de grond van de zaak.

B.3.1. Volgens de Vlaamse Regering zouden de drie door de verzoekende partij aangevoerde middelen niet ontvankelijk zijn bij gebrek aan uiteenzetting. De verzoekende partij zou niet duidelijk maken in welk opzicht elk van de bestreden artikelen de bevoegdheidverdelende regels zou schenden.

B.3.2. Om te voldoen aan de vereisten van artikel 6 van de bijzondere wet van 6 januari 1989 op het Arbitragehof, moeten de middelen van het verzoekschrift te kennen geven welke van de regels waarvan het Hof de naleving waarborgt, zouden zijn geschonden, alsook welke de bepalingen zijn die deze regels zouden schenden, en uiteenzetten in welk opzicht die regels door de bedoelde bepalingen zouden zijn geschonden.

B.3.3. Uit het verzoekschrift blijkt dat de verzoekende partij de redenen uiteenzet waarom de artikelen 2, 3, 12 en 18 van het bestreden decreet de bevoegdheidverdelende regels zouden schenden : die bepalingen zouden in strijd zijn met de artikelen 4, 6°, en 6, § 1, VI, vijfde lid, 4°, van de bijzondere wet van 8 augustus 1980 tot hervorming der instellingen, alsook met het evenredigheidsbeginsel. De overige bepalingen van het bestreden decreet, met uitzondering van de artikelen 5, 6, 7, 9, 10, 11 en 15, zouden onlosmakelijk verbonden zijn met die bepalingen.

Bijgevolg voldoet het verzoekschrift aan de in B.3.2 vermelde vereisten.

B.3.4. De exceptie wordt verworpen.

*Ten gronde*

*Wat het eerste onderdeel van het eerste middel en het derde middel betreft*

B.4.1. In het eerste onderdeel van het eerste middel voert de verzoekende partij aan dat de in het bestreden artikel 2 gehanteerde definities van de begrippen « elektronisch communicatienetwerk », « kabelnetwerk » en « satellietomroepnetwerk » dermate ruim worden geformuleerd - zonder dat daarbij een onderscheid wordt gemaakt tussen netwerken die uitsluitend worden gebruikt voor omroepactiviteiten en netwerken die ook, geheel of

gedeeltelijk, worden gebruikt voor telecommunicatie - dat die laatste onder het toepassingsgebied van de gecoördineerde mediadecreten 1995 zouden vallen. Dit zou in strijd zijn met artikel 4, 6°, van de bijzondere wet van 8 augustus 1980 tot hervorming der instellingen.

B.4.2. In het derde middel voert de verzoekende partij aan dat de decreetgever bij de uitoefening van zijn bevoegdheid inzake de radio-omroep en de televisie het evenredigheidsbeginsel heeft geschonden, doordat het bestreden decreet bepalingen zou bevatten die betrekking hebben op de aan de radio-omroep en de televisie en aan de telecommunicatie gemeenschappelijke elektronische transmissie-infrastructuur, en het op eenzijdige wijze tot stand kwam, zonder enige vorm van overleg of samenwerking, terwijl uit het arrest van het Hof nr. 132/2004 van 14 juli 2004 de absolute noodzaak om samen te werken zou blijken.

B.4.3. Nu het onderzoek van de evenredigheid bij de uitoefening van de bevoegdheden die aan de gemeenschappen zijn toegewezen deel uitmaakt van het onderzoek van die bevoegdheden zelf, worden het eerste onderdeel van het eerste middel en het derde middel samen onderzocht.

B.5.1. Artikel 2 van het bestreden decreet wijzigt artikel 2 van de decreten betreffende de radio-omroep en de televisie, gecoördineerd op 25 januari 1995, gewijzigd bij de decreten van 22 december 1995, 28 april 1998 en 18 juli 2003. Het vult de lijst met begripsomschrijvingen aan of wijzigt ze als volgt :

« 1° 1° wordt vervangen door wat volgt :

' 1° omroepen : het oorspronkelijk uitzenden, via elektronische communicatienetwerken, al dan niet in gecodeerde vorm, van radio- of televisieprogramma's, of van andere soorten programma's, bestemd voor het publiek in het algemeen of voor een deel ervan. Hieronder zijn ook de programma's begrepen die op individueel verzoek worden uitgezonden, ongeacht de techniek die voor de uitzending wordt gebruikt, met inbegrip van de punt-tot-punt techniek, en het overdragen van programma's tussen ondernemingen met het oog op het doorgeven daarvan aan het publiek. Hieronder zijn diensten die geïndividualiseerde en door een vorm van vertrouwelijkheid gekenmerkte informatie leveren niet begrepen ';

2° 3° wordt vervangen door wat volgt :

'3° radio-omroep : een omroep die radioprogramma's en andere soorten van programma's, hoofdzakelijk in de vorm van klanken, verzorgt ';

3° in 22° en 27° wordt het woord 'kabelnet' telkens vervangen door het woord 'kabelnetwerk' ;

4° een 24°*bis* wordt ingevoegd, dat luidt als volgt :

'24°*bis* elektronisch communicatienetwerk : de transmissiesystemen en in voorkomend geval de schakel- of routeringsapparatuur en andere middelen die het mogelijk maken programmasignalen over te brengen via draad, radiogolven, optische of andere elektromagnetische middelen waaronder satellietomroepnetwerken, vaste (circuit- en pakketgeschakelde, met inbegrip van internet) en mobiele terrestrische netwerken, elektriciteitsnetten, voorzover die voor overdracht van signalen worden gebruikt, radio-omroepnetwerken, televisieomroepnetwerken en kabelnetwerken, ongeacht de aard van de overgebrachte informatie ';

5° 25° wordt vervangen door wat volgt :

'25° kabelnetwerk : elektronisch communicatienetwerk waardoor programmasignalen, al dan niet in gecodeerde vorm, geheel of gedeeltelijk via elk soort van draad aan derden worden doorgegeven ';

6° een 34°, 35°, 36° en 37° worden toegevoegd, die luiden als volgt :

'34° radio-omroepnetwerk : elektronisch communicatienetwerk waardoor radioprogrammasignalen in digitale vorm, al dan niet gecodeerd, via aardse zenders aan derden worden doorgegeven. Een radio-omroepnetwerk kan radioprogrammasignalen doorgeven in de gehele Vlaamse Gemeenschap of in een deel ervan;

35° televisieomroepnetwerk : elektronisch communicatienetwerk waardoor televisie- en radioprogrammasignalen in digitale vorm, al dan niet gecodeerd, via aardse zenders aan derden worden doorgegeven. Een televisieomroepnetwerk kan televisie- en radioprogrammasignalen doorgeven in de hele Vlaamse Gemeenschap of in een deel ervan;

36° satellietomroepnetwerk : elektronisch communicatienetwerk waardoor programmasignalen in digitale vorm, al dan niet gecodeerd via satelliet aan derden worden doorgegeven;

37° het aanbieden van een elektronisch communicatienetwerk : het bouwen, exploiteren, leiden of beschikbaar stellen van een dergelijk netwerk. ';

7° 26° wordt opgeheven ».

B.5.2. In de parlementaire voorbereiding van die bepaling werd hieromtrent het volgende gesteld :

« Een definitie van 'elektronisch communicatienetwerk' wordt ingevoegd als overkoepelende term. De definitie werd geïnspireerd op artikel 2. a van de kaderrichtlijn in die zin dat zij in voorliggend ontwerp van decreet betrekking heeft op de aangelegenheden waarvoor de Vlaamse Gemeenschap bevoegd is, nl. de radio-omroep en de televisie, inclusief de technische aspecten ervan, en met inbegrip van de accessoria die onlosmakelijk met deze bevoegdheid verbonden zijn. Vanuit deze algemene begripsomschrijving worden vervolgens een aantal types van communicatienetwerken gedefinieerd die tot de bevoegdheid van de Vlaamse Gemeenschap behoren : kabelnetwerk, radio-omroepnetwerk, televisieomroepnetwerk en satellietomroepnetwerk. Met de term 'kabelnetwerk' wordt inzonderheid verwezen naar de huidige kabelnetten doch ook andere draadgebonden netwerken kunnen hieronder begrepen worden. De andere soorten netwerken worden gebruikt voor het doorgeven van digitale omroepsignalen via aardse zenders of via satelliet » (*Parl. St.*, Vlaams Parlement, 2003-2004, nr. 2156/1, p. 4).

B.5.3. De decreetgever heeft door het gebruik van de term « programmasignalen » het begrip « elektronisch communicatienetwerk » willen beperken tot de aspecten die onder de bevoegdheid van de gemeenschappen vallen. Die beperking blijkt uit de parlementaire voorbereiding :

« Artikel 2, 4°, voegt een definitie in van 'elektronisch communicatienetwerk', als overkoepelende term voor de verderop gedefinieerde kabelnetwerken, radio-omroepnetwerken, televisieomroepnetwerken en satellietomroepnetwerken. De betrokken definitie werd geïnspireerd op artikel 2.a van de kaderrichtlijn. Door het gebruik van de term 'programmasignalen' wordt het ruime toepassingsgebied dat deze definitie in de kaderrichtlijn heeft, vertaald naar de aangelegenheden waarvoor de Vlaamse Gemeenschap bevoegd is. Het begrip 'elektronisch communicatienetwerk' omvat niet alleen de bovengenoemde netwerken die verder in dit ontwerp van decreet geregeld worden, ook de huidige analoge radio-omroepdiensten kunnen als dusdanig gekwalificeerd worden » (*Parl. St.*, Vlaams Parlement, 2003-2004, nr. 2156/1, p. 6).

Ook de definities van de begrippen « kabelnetwerk », « radio-omroepnetwerk », « televisieomroepnetwerk » en « satellietomroepnetwerk » worden aan de hand van het begrip « programmasignalen » beperkt. De parlementaire voorbereiding vermeldt daaromtrent het volgende :

« Artikel 2, 5°, vervangt de term 'kabelnet' door 'kabelnetwerk' en definieert deze als een welbepaald type van elektronisch communicatienetwerk, waarvoor kenmerkend is dat de programmasignalen aan derden worden doorgegeven via draad.

[...]

Artikel 2, 6°, introduceert definities van 'radio-omroepnetwerk', 'televisieomroepnetwerk' en 'satellietomroepnetwerk'. De betrokken begripsomschrijvingen vertrekken telkens van het concept elektronisch communicatienetwerk, waarvoor respectievelijk kenmerkend is: het doorgeven van digitale radioprogrammasignalen via aardse zenders, het doorgeven van digitale televisie- en radioprogrammasignalen via aardse zenders, en het doorgeven van digitale programmasignalen via satelliet » (*ibid.*, p. 6).

B.5.4. In zoverre de in het bestreden artikel 2 neergelegde definities door het gebruik van de term « programmasignalen » binnen het bevoegdheidsgebied van de decreetgever te begrijpen zijn, houden ze op zich geen schending van de bevoegdheidverdelende regels in.

B.6.1. Gelet evenwel op de convergentie tussen de sectoren radio- en televisieomroep, enerzijds, en telecommunicatie, anderzijds, kunnen de bestreden bepalingen van toepassing zijn op de aan de radio-omroep en de televisie en de telecommunicatie gemeenschappelijke elektronische transmissie-infrastructuur.

B.6.2. In zijn arrest nr. 132/2004 van 14 juli 2004 heeft het Hof als volgt geoordeeld :

« B.4.1. De convergentie tussen de sectoren radio- en televisieomroep, enerzijds, en telecommunicatie, anderzijds, leidt tot een despecialisatie van de infrastructuur en de netwerken en tot het ontstaan van nieuwe diensten, die niet meer beantwoorden aan de klassieke begrippen van omroep en telecommunicatie.

Die evolutie neemt niet weg dat in het stelsel van bevoegdheidsverdeling de aangelegenheid van radio-omroep en televisie, enerzijds, en de andere vormen van telecommunicatie, anderzijds, aan onderscheiden wetgevers zijn toevertrouwd.

B.4.2. Op grond van artikel 4, 6°, van de bijzondere wet van 8 augustus 1980 tot hervorming der instellingen zijn de gemeenschappen bevoegd voor radio-omroep en televisie, terwijl de federale wetgever op grond van zijn residuaire bevoegdheid bevoegd is voor de andere vormen van telecommunicatie.

In de bevoegdheidsverdeling zijn radio-omroep en televisie aangewezen als een culturele aangelegenheid en hoort die kwalificatie als uitgangspunt van elke interpretatie te worden genomen. De bevoegdheid van de gemeenschappen is niet gebonden aan een wijze van uitzenden of overbrengen. Zij staat de gemeenschappen toe de technische aspecten van de overdracht te regelen die een accessorium zijn van de aangelegenheid van radio-omroep en televisie. Het regelen van de overige aspecten van de infrastructuur, waarin onder meer de algemene politiek van de radio-elektrische golven is begrepen, behoort tot de bevoegdheid van de federale wetgever.

De federale wetgever en de gemeenschappen kunnen, elk wat hem betreft, instellingen en ondernemingen oprichten in de aangelegenheden waarvoor zij bevoegd zijn.

B.4.3. De recente technologische ontwikkelingen hebben tot gevolg dat de afbakening van de radio-omroep en de televisie, enerzijds, en de telecommunicatie, anderzijds, niet meer kan gebeuren aan de hand van technische criteria zoals de onderliggende infrastructuur, de gebruikte netwerken of de eindapparatuur, doch wel aan de hand van inhoudelijke en functionele criteria.

B.4.4. Uit het enkele feit dat de federale wetgever bij de omschrijving van de bevoegdheden van de regulatoren van de telecommunicatie verwijst naar de begrippen 'telecommunicatie' en 'telecommunicatienetwerk', zoals omschreven in de wet van 21 maart 1991, kan niet worden afgeleid dat hij zijn bevoegdheid heeft overschreden.

B.5.1. In zoverre de bevoegdheden van de regulator betrekking hebben op de elektronische communicatie-infrastructuur is de federale overheid niet de enige overheid die bevoegd is om die aangelegenheid te regelen, nu ook de gemeenschappen op grond van hun bevoegdheid inzake radio-omroep en televisie ter zake kunnen legifereren.

Uit de technologische convergentie van de telecommunicatiesector en de audiovisuele sector, inzonderheid het gezamenlijke gebruik van bepaalde transmissie-infrastructuur, blijkt, bij behoud van de huidige bevoegdheidsverdeling, de absolute noodzaak om te voorzien in samenwerking tussen de federale overheid en de gemeenschappen bij het bepalen van de bevoegdheden van de regulator.

B.5.2. Het Hof merkt overigens op dat de Europese richtlijnen van 7 maart 2002 betreffende de elektronische communicatienetwerken en -diensten bepalen dat, ten gevolge van de convergentie van de sectoren telecommunicatie, media en informatietechnologie, alle transmissienetwerken en -diensten binnen eenzelfde regelgevingskader moeten vallen. Wanneer er binnen een lidstaat verscheidene regelgevende instanties bestaan, leggen de vermelde richtlijnen de lidstaten de verplichting op te zorgen voor samenwerking in aangelegenheden van gemeenschappelijk belang (artikel 3, lid 4, van de kaderrichtlijn).

B.6.1. Op grond van artikel 92*bis* van de bijzondere wet van 8 augustus 1980 tot hervorming der instellingen kunnen de Staat, de gemeenschappen en de gewesten samenwerkingsakkoorden sluiten die onder meer betrekking hebben op de gezamenlijke oprichting en het gezamenlijk beheer van gemeenschappelijke diensten en instellingen, op de gezamenlijke uitoefening van eigen bevoegdheden of op de gemeenschappelijke ontwikkeling van initiatieven. Daarnaast beschikken ze over andere instrumenten om hun samenwerking gestalte te geven.

B.6.2. In de regel houdt de afwezigheid van samenwerking in een aangelegenheid waarvoor de bijzondere wetgever daartoe niet in een verplichting voorziet, geen schending in van de bevoegdheidsregels.

Te dezen zijn evenwel de bevoegdheden van de federale Staat en de gemeenschappen inzake de elektronische communicatie-infrastructuur, ten gevolge van de technologische evolutie, dermate verweven geworden dat ze niet meer dan in onderlinge samenwerking kunnen worden uitgeoefend. Daaruit volgt dat de wetgever, door eenzijdig de bevoegdheid van de regulator van de telecommunicatie te regelen, het evenredigheidsbeginsel heeft geschonden dat eigen is aan elke bevoegdheidsuitoefening ».

B.6.3. Uit wat voorafgaat blijkt dat de aan de radio-omroep en de televisie en de telecommunicatie gemeenschappelijke elektronische transmissie-infrastructuur in samenwerking tussen de federale Staat en de gemeenschappen moet worden geregeld, teneinde te bewerkstelligen dat die overheden hun respectieve normen op elkaar afstemmen en om te vermijden dat die infrastructuur aan tegenstrijdige bepalingen wordt onderworpen.

B.6.4. Bijgevolg heeft de decreetgever, door eenzijdig de aan de radio-omroep en de televisie en aan de telecommunicatie gemeenschappelijke elektronische transmissie-infrastructuur ten dele te regelen, de bevoegdheidverdelende regels geschonden.

B.6.5. Met een samenwerkingsakkoord waarvan de Vlaamse Regering melding maakt en dat nog niet in werking is getreden, dient geen rekening te worden gehouden.

B.6.6. Uit wat voorafgaat vloeit voort dat artikel 18 van het bestreden decreet, dat de regeling van de elektronische communicatienetwerken bevat, moet worden vernietigd.

B.6.7. Teneinde de decreetgever in staat te stellen een nieuwe regeling aan te nemen, mits naleving van de in B.6.3 vermelde noodzakelijke samenwerking, dienen, met toepassing van artikel 8, tweede lid, van de bijzondere wet van 6 januari 1989 op het Arbitragehof, de gevolgen van de vernietigde bepaling te worden gehandhaafd tot de inwerkingtreding van een in gemeenschappelijk overleg tot stand gekomen regeling en uiterlijk tot 31 december 2005.

B.7.1. De verzoekende partij verwijt de decreetgever ook de radio- en de televisiediensten te hebben geregeld, in zoverre die diensten via een aan de radio-omroep en de televisie en aan de telecommunicatie gemeenschappelijke infrastructuur worden doorgegeven.

B.7.2. De gemeenschappen zijn bevoegd voor de via die infrastructuur aangeboden radio-omroepdiensten, die ook de televisie omvatten, met inbegrip van de diensten die openbare informatiegegevens verstrekken die vanuit het oogpunt van degene die uitzendt, voor het publiek in het algemeen of voor een deel ervan bestemd zijn en geen vertrouwelijk karakter hebben, zelfs wanneer ze op individueel verzoek worden uitgezonden en ongeacht de techniek die voor het uitzenden ervan wordt gebruikt. Een dienst die geïndividualiseerde en

door een vorm van vertrouwelijkheid gekenmerkte informatie levert, valt daarentegen niet onder de radio-omroep.

B.7.3. Volgens artikel 28, § 4, van de gecoördineerde mediadecreten 1995, zoals toegevoegd bij het bestreden artikel 3, § 2, zijn de « radiodiensten » « particuliere radio-omroepen die zich met andere soorten van diensten richten tot het algemeen publiek of een deel ervan, of die hun programma's uitsluitend doorgeven via het internet ».

Volgens artikel 42 van de gecoördineerde mediadecreten 1995, zoals vervangen bij het bestreden artikel 12, zijn de « televisiediensten » « particuliere televisieomroepen die zich met andere soorten van diensten richten tot het publiek of een deel ervan ».

B.7.4. Uit de definities opgenomen in artikel 2, 1<sup>o</sup>, 3<sup>o</sup> en 4<sup>o</sup>, van de gecoördineerde mediadecreten 1995 blijkt dat een radio- en een televisiedienst in hun hoedanigheid van « radio-omroep » en van « televisieomroep » enkel kunnen « omroepen » via « radio- of televisieprogramma's, of [...] andere soorten programma's, bestemd voor het publiek in het algemeen of voor een deel ervan » (artikel 2, 1<sup>o</sup>, van de gecoördineerde mediadecreten 1995, zoals gewijzigd bij het bestreden artikel 2). In de definitie van « omroepen » « zijn ook de programma's begrepen die op individueel verzoek worden uitgezonden, ongeacht de techniek die voor de uitzending wordt gebruikt, met inbegrip van de punt-tot-punt techniek, en het overdragen van programma's tussen ondernemingen met het oog op het doorgeven daarvan aan het publiek ». Daarentegen zijn « diensten die geïndividualiseerde en door een vorm van vertrouwelijkheid gekenmerkte informatie leveren » niet hieronder begrepen (dezelfde bepaling).

B.7.5. Die definitie beantwoordt aan de in B.7.2 vermelde criteria.

Bijgevolg is de in de bestreden bepalingen neergelegde regeling van de radio- en televisiediensten niet in strijd met artikel 4, 6<sup>o</sup>, van de bijzondere wet van 8 augustus 1980 tot hervorming der instellingen.

*Wat het tweede onderdeel van het eerste middel en het tweede middel betreft*

B.8.1. In een tweede onderdeel van het eerste middel voert de verzoekende partij aan dat artikel 18 van het bestreden decreet de bevoegdheidverdelende regels zou schenden, doordat het in een regeling voorziet met betrekking tot signalen die worden verstuurd tussen het punt waar de opname gebeurt en het punt waar de eindregie plaats heeft, ofschoon het niet om programmasignalen zou gaan, aangezien er slechts van een programma zou kunnen worden gesproken na de eindregie.

In een tweede middel voert zij aan dat artikel 18 van het bestreden decreet de bevoegdheidverdelende regels betreffende het mededingingsrecht (artikel 6, § 1, VI, vijfde lid, 4°, van de bijzondere wet van 8 augustus 1980 tot hervorming der instellingen) zou schenden, in zoverre die bepaling het Vlaams Commissariaat voor de Media bevoegdheden verleent die tot de regeling van de mededinging zouden behoren.

B.8.2. Aangezien die middelen niet tot een ruimere vernietiging kunnen leiden, dienen ze niet door het Hof te worden onderzocht.

Om die redenen,

het Hof

- vernietigt artikel 18 van het decreet van de Vlaamse Gemeenschap van 7 mei 2004 houdende wijziging van sommige bepalingen van de decreten betreffende de radio-omroep en de televisie, gecoördineerd op 25 januari 1995, en van sommige andere bepalingen betreffende de radio-omroep en de televisie;

- handhaaft de gevolgen van de vernietigde bepaling tot de inwerkingtreding van een in B.6.7 bedoelde, in gemeenschappelijk overleg tot stand gekomen regeling en uiterlijk tot 31 december 2005.

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 13 juli 2005.

De griffier,

De voorzitter,

P.-Y. Dutilleux

A. Arts