

Rolnummer 3851
Arrest nr. 163/2006 van 8 november 2006

## A R R E S T

---

*In zake* : het beroep tot vernietiging van de artikelen 81 tot 83 en 90 tot 98 van het decreet van de Franse Gemeenschap van 27 februari 2003 betreffende de radio-omroep, ingesteld door de Vlaamse Regering.

Het Arbitragehof,

samengesteld uit de voorzitters A. Arts en M. Melchior, en de rechters P. Martens, L. Lavrysen, A. Alen, 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 16 januari 2006 ter post aangetekende brief en ter griffie is ingekomen op 17 januari 2006, heeft de Vlaamse Regering beroep tot vernietiging ingesteld van de artikelen 81 tot 83 en 90 tot 98 van het decreet van de Franse Gemeenschap van 27 februari 2003 betreffende de radio-omroep (bekendgemaakt in het *Belgisch Staatsblad* van 17 april 2003, tweede editie).

De Franse Gemeenschapsregering heeft een memorie ingediend, de verzoekende partij heeft een memorie van antwoord ingediend en de Franse Gemeenschapsregering heeft ook een memorie van wederantwoord ingediend.

Op de openbare terechtzitting van 13 september 2006 :

- zijn verschenen :

. Mr. B. Martel *loco* Mr. P. Van Orshoven, advocaten bij de balie te Brussel, voor de verzoekende partij;

. Mr. C. Doutrelepont en Mr. V. Chapoulaud, advocaten bij de balie te Brussel, voor de Franse Gemeenschapsregering;

- hebben de rechters-verslaggevers A. Alen en J. Spreutels 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 -

### *Verzoekschrift en memorie van antwoord van de Vlaamse Regering*

A.1.1. De Vlaamse Regering verwijst naar het arrest nr. 128/2005 van 13 juli 2005 waarbij het Hof 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 » heeft vernietigd wegens schending van de bevoegdheidverdelende regels.

A.1.2. Het door het Hof vernietigde artikel 18 voerde een procedure in voor de definitie en de analyse van de relevante geografische markten in de sector van de elektronische telecommunicatienetwerken, wijzigde het vergunningsstelsel van de aanbieders van een kabelnetwerk, voerde een vergunningsstelsel in voor digitale radio-omroepnetwerken en digitale televisieomroepnetwerken, regelde het gebruik van normen voor het uitzenden van televisiesignalen en bood de Vlaamse Regering de mogelijkheid om regels uit te vaardigen met betrekking tot applicatieprogrammaverbindingen en elektronische programmagidsen.

A.2. Het bestreden decreet van 27 februari 2003, dat net zoals het decreet van de Vlaamse Gemeenschap van 7 mei 2004 een aantal Europese richtlijnen omzet, zou bepalingen bevatten die overeenstemmen met de bepalingen die bij het voormelde artikel 18 werden ingevoerd, en die door het Arbitragehof zijn vernietigd, namelijk de artikelen 81 tot 83 (over de exploitatie van kabelnetwerken), de artikelen 90 tot 96 (over de bevoegdheid van de regulator om de relevante markten te definiëren, te analyseren en verplichtingen op te leggen aan de operatoren met aanmerkelijke marktmacht) en de artikelen 97 en 98 (over de aanleg van kabelnetwerken).

A.3. Volgens de Vlaamse Regering is het beroep tot vernietiging tijdig, vermits artikel 4, eerste lid, 2°, van de bijzondere wet van 6 januari 1989 op het Arbitragehof in een nieuwe termijn van zes maanden voorziet voor het instellen van een beroep tot vernietiging tegen een wettelijke norm die geheel of gedeeltelijk hetzelfde onderwerp heeft als een door een andere wetgever aangenomen norm die door het Hof is vernietigd. Die termijn gaat in op de datum van de kennisgeving van het door het Hof gewezen arrest. Te dezen werd het arrest nr. 128/2005 ter kennis gebracht van de Vlaamse Regering op 15 juli 2005.

A.4. De Vlaamse Regering voert als enig middel de schending aan van artikel 127, § 1, eerste lid, 1°, van de Grondwet, van artikel 4, 6°, van de bijzondere wet van 8 augustus 1980 tot hervorming der instellingen en van het evenredigheidsbeginsel. Ze is van oordeel dat de bestreden bepalingen, gelet op de convergentie tussen, enerzijds, de radio- en televisieomroep en, anderzijds, de telecommunicatie, toepasselijk zijn op de aan de radio-omroep en de televisie en de telecommunicatie gemeenschappelijke elektronische transmissie-infrastructuur, wat tot de federale residuaire bevoegdheid zou behoren.

De Vlaamse Regering verwijst naar het arrest nr. 132/2004 van 14 juli 2004. Daaruit 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. Door eenzijdig de aan de radio-omroep en de televisie en de telecommunicatie gemeenschappelijke elektronische transmissie-infrastructuur te regelen, zouden de bestreden bepalingen voormelde bevoegdheidsverdelende regels schenden.

A.5.1. In haar memorie van antwoord voert de Vlaamse Regering aan dat de stelling van de Franse Gemeenschapsregering, volgens welke de bestreden bepalingen enkel betrekking hebben op de traditionele, bestaande transmissie-infrastructuur, manifest onjuist is.

A.5.2. Zoals uit de arresten nrs. 132/2004 en 128/2005 blijkt, hebben de recente technologische ontwikkelingen tot gevolg dat het onderscheid tussen, enerzijds, de radio-omroep en de televisie en, anderzijds, de telecommunicatie, niet meer kan gebeuren aan de hand van technische criteria zoals de onderliggende infrastructuur, de gebruikte netwerken of de eindapparatuur. Er valt dan ook niet in te zien hoe het feit dat de decreetgever de bedoeling zou hebben gehad enkel de traditionele, bestaande transmissie-infrastructuur te regelen kan verhinderen dat de bestreden bepalingen wel degelijk van toepassing zijn op de aan de radio-omroep en de televisie en de telecommunicatie gemeenschappelijke infrastructuur. De despecialisatie van de infrastructuur en de netwerken leidt ertoe dat het kabelnetwerk en de ether evenzeer aangewend worden voor andere vormen van telecommunicatie. Omgekeerd kunnen klassieke telecommunicatienetwerken evenzeer worden aangewend voor de transmissie van audiovisuele diensten. Bijgevolg kunnen de bestreden bepalingen van toepassing zijn op de aan de radio-omroep en de televisie en de telecommunicatie gemeenschappelijke transmissie-infrastructuur.

De Vlaamse Regering verwijst tevens naar het toepassingsgebied van het decreet van 27 februari 2003, zoals gedefinieerd in artikel 2.

A.5.3. Bovendien wordt het begrip « radio-omroepnetwerk » haast identiek gedefinieerd als het begrip « elektronisch communicatienetwerk », zoals dat werd gehanteerd in het door het Hof vernietigde artikel 18 van het decreet van de Vlaamse Gemeenschap van 7 mei 2004.

A.5.4. Ten slotte wijst de Vlaamse Regering erop dat de definitie van het begrip teledistributienetwerk in het decreet van 27 februari 2003 mede het resultaat is van een wijziging bij het decreet van de Franse Gemeenschap van 22 december 2005. Doordat het woord « coaxiale » wordt geschrapt, wordt het toepassingsgebied van het begrip « teledistributienetwerken » aanzienlijk verruimd.

A.6. Dat de bestreden bepalingen ertoe zouden strekken de nieuwe functies te definiëren die betrekking hebben op of die accessoir zijn aan de radio- en televisieomroep, neemt niet weg dat ze inhoudelijk analoog en, minstens wat het normdoel betreft, identiek zijn aan de bepalingen van het door het Hof vernietigde artikel 18 van het decreet van 7 mei 2004. Dat is niet verwonderlijk, nu beide decreten tot doel hebben dezelfde Europese richtlijnen om te zetten.

A.7. Volgens de Vlaamse Regering kan ook niet worden volgehouden dat de bestreden bepalingen, in zoverre zij niet tot de exclusieve bevoegdheid van de Franse Gemeenschap behoren, zouden zijn geschorst tot de inwerkingtreding van een nog te sluiten samenwerkingsakkoord. Uit de parlementaire voorbereiding blijkt nergens dat met betrekking tot de bepalingen die niet behoren tot de exclusieve bevoegdheden nog een samenwerkingsakkoord zou worden gesloten. Bovendien zijn de bestreden bepalingen in werking getreden op 17 april 2003. Ten slotte blijkt uit de rechtspraak van het Hof dat geen rekening kan worden gehouden met een samenwerkingsakkoord dat nog niet in werking is getreden.

A.8. Wat het verzoek van de Franse Gemeenschapsregering op grond van artikel 8, tweede lid, van de bijzondere wet van 6 januari 1989 op het Arbitragehof betreft, gedraagt de Vlaamse Regering zich naar de wijsheid van het Hof.

#### *Memorie en memorie van wederantwoord van de Franse Gemeenschapsregering*

A.9. Volgens de Franse Gemeenschapsregering beogen de bestreden artikelen 81 tot en met 83 van het decreet van 27 februari 2003 het publiek de toegang te waarborgen tot een basisaanbod van diensten die verplicht moeten worden geleverd (*must carry*). De artikelen 90 tot en met 95 van hetzelfde decreet kennen het College voor vergunning en controle de bevoegdheid toe de toegang tot radionetwerken voor nieuwe netwerkexploitanten te regelen. Artikel 96 machtigt het College om marktmachtige netwerkexploitanten te verplichten te goeder trouw te onderhandelen met elke dienstenverdelers en hun dezelfde voorwaarden te verlenen als de voorwaarden die zijzelf genieten wanneer zij de activiteit van dienstenverdelers uitvoeren. Artikel 97 voorziet in een voorafgaande verklaring voor elke rechtspersoon die de activiteit van exploitant van een teledistributienetwerk wenst uit te oefenen. Artikel 98, ten slotte, erkent het recht voor de netwerkexploitanten om de werken te laten uitvoeren voor de installatie en het onderhoud van het netwerk.

A.10.1. Volgens de Franse Gemeenschapsregering vergist de Vlaamse Regering zich in de draagwijdte van de rechtspraak van het Hof. Die rechtspraak houdt niet in dat de aan de radio-omroep en de televisie en de telecommunicatie gemeenschappelijke infrastructuur tot de federale residuaire bevoegdheid zou behoren, maar dat die infrastructuur in samenwerking tussen de federale Staat en de gemeenschappen moet worden geregeld, teneinde te vermijden dat ze aan tegenstrijdige bepalingen wordt onderworpen.

A.10.2. De rechtspraak van het Hof dient in zijn context te worden geplaatst. De Franse Gemeenschapsregering benadrukt hiertoe het evolutief karakter van die rechtspraak en verwijst hierbij naar de arresten nrs. 7/90, 1/91, 109/2000, 92/2003, 132/2004 en 128/2005.

A.11. Volgens de Franse Gemeenschapsregering regelen de bestreden bepalingen niet de aan de radio-omroep en de televisie en de telecommunicatie gemeenschappelijke infrastructuur. De decreetgever zou enkel de bestaande transmissiewijzen hebben beoogd, namelijk de radiodistributie via coaxiale kabel en via de ether. Het decreet zou dan ook enkel op die transmissiewijzen van toepassing zijn, en niet op de telecommunicatie-infrastructuur. De aangelegenheden die niet tot de exclusieve bevoegdheid van de Franse Gemeenschap behoren zouden niet zijn geregeld in afwachting van een samenwerkingsakkoord tussen de bevoegde overheden. Het decreet verwijst dan ook niet naar de elektronische communicatienetwerken.

A.12. Ook zou, volgens die partij, de Vlaamse Regering verkeerdelijk beweren dat de bestreden bepalingen vergelijkbaar zijn met het door het arrest nr. 128/2005 vernietigde artikel 18 van het decreet van 7 mei 2004. Ze beperken zich daarentegen ertoe de functies van de dienstenverdelers en van de netwerkexploitanten te regelen.

De artikelen 75 tot en met 80 van het decreet bepalen de rol van de dienstenverdelers en het algemene stelsel dat op hen van toepassing is. De bestreden artikelen 81 tot en met 83 bevatten de minimale waarborgen met betrekking tot de aan het publiek aangeboden diensten teneinde de televisiekijkers een gevarieerd aanbod te verzekeren. Die bepalingen regelen niet de elektronische communicatie-infrastructuur, maar enkel het statuut van de dienstenverdelers, wat tot de bevoegdheid van de gemeenschappen behoort.

De artikelen 90 tot en met 98 van het bestreden decreet bepalen het statuut van de netwerkexploitanten. Ze regelen niet de elektronische communicatie-infrastructuur.

De decreetgever zou zich ertoe hebben beperkt een aantal nieuwe beroepen te regelen, rekening houdend met de digitale maatschappij. Zo zou een radiodistributeur aan de verplichtingen moeten voldoen die rusten op de dienstenverdelers en de netwerkexploitanten. Uit de rechtspraak van het Hof zou blijken dat het regelen van diensten die het technische accessorium zijn van de radiodistributie, tot de bevoegdheid van de gemeenschappen behoort. Dat zou het geval zijn met het regelen van de netwerkexploitanten en de dienstenverdelers.

A.13. De verplichting samen te werken geldt, volgens de Franse Gemeenschapsregering, enkel voor bepalingen die de aan de radio-omroep en de televisie en de telecommunicatie gemeenschappelijke infrastructuur regelen. Ze zou, volgens die partij, niet gelden voor bepalingen die mogelijkterwijs op die infrastructuur van toepassing zijn.

A.14. In ondergeschikte orde vraagt de Franse Gemeenschapsregering dat, indien het Hof tot de vernietiging van de bestreden bepalingen zou besluiten, het met toepassing van artikel 8, tweede lid, van de bijzondere wet van 6 januari 1989 op het Arbitragehof de gevolgen van de vernietigde bepalingen zou handhaven.

- B -

#### *Wat de bestreden bepalingen betreft*

B.1. Met toepassing van artikel 4, eerste lid, 2°, van de bijzondere wet van 6 januari 1989 op het Arbitragehof vraagt de verzoekende partij de vernietiging van de artikelen 81 tot 83 en 90 tot 98 van het decreet van de Franse Gemeenschap van 27 februari 2003 betreffende de radio-omroep.

Die bepalingen luiden als volgt :

« Art. 81. § 1. De netwerkexploitanten bedoeld in artikel 97 waarborgen de distributie op hun netwerken van een basisaanbod houdende ten minste de diensten bedoeld in artikel 82.

Het basisaanbod wordt geleverd door een dienstenverdelers. Als er geen dienstenverdelers is, zijn de netwerkexploitanten ertoe gehouden de verdelersactiviteit uit te oefenen door het basisaanbod te leveren.

§ 2. Iedere verdelers kan een aanvullend dienstenaanbod alleen aan de abonnees op het basisaanbod voorleggen.

Art. 82. § 1. De dienstenverdelers bedoeld in artikel 81, § 1, 2e lid, moeten, op het ogenblik dat ze worden uitgezonden en in hun geheel, de volgende televisie-omroepdiensten verdelen :

1° de diensten van de RTBF die prioritair voor het publiek van de Franse Gemeenschap worden bestemd;

2° de diensten aangeboden door de lokale televisiezenders in hun zendgebied;

3° de door de Regering aangewezen diensten van de uitgevers van internationale diensten in het kapitaal waarvan de RTBF deelneemt;

4° twee diensten van de openbare radio-omroepdienst van de Vlaamse Gemeenschap, voorzover de [verdelers] waaraan die Gemeenschap de vergunning verleent, ertoe gehouden zijn twee televisiediensten van de openbare radio-omroepdienst van de Franse Gemeenschap door te geven;

5° één of verschillende diensten van de openbare radio-omroepdienst van de Duitstalige Gemeenschap, voorzover de verdelers waaraan die Gemeenschap de vergunning verleent, ertoe gehouden zijn één of verschillende televisiediensten van de openbare radio-omroepdienst van de Franse Gemeenschap door te geven.

§ 2. De dienstenverdelers bedoeld in artikel 81, § 1, tweede lid, moeten, op het ogenblik dat ze worden uitgezonden en in hun geheel, de televisie-omroepdiensten [verdelen] van de dienstuitgevers die krachtens dit decreet de vergunning hebben verkregen en die het voordeel van een recht op verplichte verdeling genieten.

§ 3. De dienstenverdelers bedoeld in artikel 81, § 1, tweede lid, moeten, op het ogenblik dat ze worden uitgezonden en in hun geheel, de door de Regering aangewezen televisie-omroepdiensten van iedere dienstuitgever van de Europese Unie verdelen, als ze met die dienstuitgever een overeenkomst hebben gesloten betreffende de bevordering van de culturele productie in de Franse Gemeenschap en in de Europese Unie, die inzonderheid voorziet in een financiële bijdrage in die bevordering.

§ 4. De dienstenverdelers bedoeld in artikel 81, § 1, tweede lid, moeten, op het ogenblik dat ze worden uitgezonden en in hun geheel, de volgende klankradio-omroepdiensten verdelen :

1° de diensten van de RTBF die in frequentiemodulatie worden uitgezonden;

2° twee diensten van de openbare radio-omroepdienst van de Vlaamse Gemeenschap, voor zover de verdelers waaraan die Gemeenschap de vergunning heeft verleend, ertoe worden gehouden twee klankdiensten van de openbare radio-omroepdienst van de Franse Gemeenschap door te geven;

3° een dienst van de openbare radio-omroepdienst van de Duitstalige Gemeenschap, voor zover de verdelers waaraan die Gemeenschap de vergunning heeft verleend, ertoe worden gehouden een klankdienst van de openbare radio-omroepdienst van de Franse Gemeenschap door te geven.

Art. 83. § 1. De dienstenverdelers bedoeld in artikel 81, § 1, tweede lid, kunnen, op het ogenblik dat ze worden uitgezonden en in hun geheel, de volgende televisie-omroepdiensten [verdelen] :

1° de diensten van de lokale televisiezenders buiten hun zendgebied;

2° de diensten van de dienstenuitgevers die krachtens dit decreet de vergunning hebben verkregen en die [niet] een recht op verplichte verdeling genieten;

3° de diensten van iedere dienstenuitgever gevestigd in een lidstaat van de Europese Unie;

4° de diensten van iedere dienstenuitgever die buiten een lidstaat van de Europese Unie gevestigd is maar die gebruik maakt van een radiofrequentie of een door een lidstaat van de Europese Unie toegekende satellietcapaciteit of van een aarde-satelliet-verbinding gelegen in een lidstaat van de Europese Unie;

5° de diensten van iedere dienstenuitgever die ressorteert onder een Staat die partij is bij het Verdrag van de Raad van Europa over grensoverschrijdende televisie.

§ 2. De dienstenverdelers bedoeld in artikel 81, § 1, tweede lid, kunnen, op het ogenblik dat ze worden uitgezonden en in hun geheel, de televisie-omroepdiensten verdelen van de [niet] in § 1 bedoelde dienstenuitgevers, die een overeenkomst met de Regering hebben gesloten en [die] door deze worden aangewezen.

§ 3. De dienstenverdelers bedoeld in artikel 81, § 1, tweede lid, kunnen, op het ogenblik dat ze worden uitgezonden en in hun geheel, de Belgische of buitenlandse klankradio-omroepdiensten verdelen die worden uitgegeven door de dienstenuitgevers die de vergunning hebben verkregen van de Staat waarin ze gevestigd zijn.

§ 4. De dienstenverdelers bedoeld in artikel 81, § 1, tweede lid, kunnen langs eenzelfde kanaal de bij dit artikel bedoelde diensten pas verdelen als ze over de voorafgaande toestemming van de betrokken diensten beschikken.

§ 5. De dienstenverdelers bedoeld in artikel 81, § 1, tweede lid, kunnen langs twee kanalen ononderbroken muziek, een dienst voor technische informatie, en een elektronische programmahandleiding verdelen ».

« Art. 90. § 1. Na elke publicatie door de Europese Commissie van haar ‘aanbeveling inzake relevante markten voor producten en diensten’ of als de omstandigheden binnen de Franse Gemeenschap het motiveren, bepaalt het College voor vergunning en controle de relevante geografische markten alsmede de relevante markten voor netwerken, na het in artikel 94 bedoeld overleg te hebben gevoerd.

Onder relevante markten worden verstaan, de markten waarvan de kenmerken de oplegging van één of meerdere verplichtingen van de in artikel 96 bedoelde verplichtingen kunnen rechtvaardigen.

§ 2. Wanneer het College voor vergunning en controle relevante markten voor netwerken wil definiëren die verschillend zijn van die vermeld in de ‘aanbeveling inzake relevante markten voor producten en diensten’, past het daarenboven de in artikel 95 bedoelde procedure toe.

Art. 91. § 1. Na elke bepaling van de relevante markten voor netwerken voert het College voor vergunning en controle een analyse van deze markten teneinde te bepalen of deze daadwerkelijk concurrerend zijn.

§ 2. Wanneer het College voor vergunning en controle concludeert dat een relevante markt daadwerkelijk concurrerend is, mag het geen verplichting van de in artikel 96 bedoelde verplichtingen opleggen.

§ 3. Wanneer het College voor vergunning en controle vaststelt dat een relevante markt niet daadwerkelijk concurrerend is, gaat het na welke netwerkexploitant(en) op die markt een macht [heeft] (hebben) en legt het deze exploitant(en) de in artikel 96 bedoelde verplichtingen op, die [het] passend acht.

Een netwerkexploitant wordt geacht een aanmerkelijke marktmacht te hebben wanneer hij alleen of samen met anderen een aan machtspositie gelijkwaardige positie, of een economische kracht bezit, waardoor hij zich in belangrijke mate onafhankelijk van zijn concurrenten, klanten en uiteindelijk consumenten kan gedragen.

Voor elke relevante markt publiceert het College voor vergunning en controle de lijst van de [...] exploitanten [met aanmerkelijke marktmacht] alsmede voor elke netwerkexploitant de lijst van de opgelegde verplichtingen.

§ 4. De artikelen 94 en 95 zijn van toepassing op de aanstelling van de [...] netwerkexploitanten [met aanmerkelijke marktmacht].

Art. 92. Voor de toepassing van de artikelen 90 en 91 houdt het College voor vergunning en controle [zoveel als mogelijk] rekening met de ‘ richtsnoeren voor marktanalyse en de beoordeling van aanmerkelijke marktmacht ’ gepubliceerd door de Europese Commissie.

Art. 93. De in artikel 96 bedoelde verplichtingen worden niet aan de netwerkexploitanten opgelegd [waarvan niet werd beslist dat ze aanmerkelijke marktmacht hebben].

In afwijking van het eerste lid :

1° kan het College voor vergunning en controle één of meer van de in artikel 96 vermelde verplichtingen opleggen aan netwerkexploitanten [waarvan niet werd beslist dat ze aanmerkelijke marktmacht hebben], met het oog op het naleven van internationale verbintenissen. Artikel 94 is van toepassing op elke beslissing genomen overeenkomstig dit lid;

2° het College voor vergunning en controle kan één of [meer] in artikel 96 bedoelde verplichtingen opleggen aan elke netwerkexploitant die de toegang tot eindgebruikers controleert, voor zover dit nodig is om de eind-tot-eind connectiviteit te verzekeren.

Art. 94. § 1. In de gevallen bepaald bij afdeling I van dit hoofdstuk organiseert het College voor vergunning en controle een voorafgaande openbare raadpleging met inachtneming van het eventueel vertrouwelijk karakter van de ondernemingsinformatie die hem is meegedeeld. De Regering bepaalt de nadere regels voor de openbare raadplegingsprocedure.



§ 2. Daarenboven deelt het College voor vergunning en controle zonder verwijl het [ontwerp van beslissing] aan de Europese Commissie en aan de nationale regelgevende instanties van de lidstaten mee.

§ 3. De in § 2 bedoelde mededeling bevat het formeel gemotiveerd [ontwerp van beslissing], met inachtneming van de bepalingen die het eventueel vertrouwelijk karakter van de ondernemingsinformatie waarborgen, alsmede de termijn voor inachtneming van de opmerkingen bedoeld in het volgende lid.

§ 4. Het College voor vergunning en controle houdt rekening met de opmerkingen [die] de Europese Commissie en de nationale regelgevende instanties van de lidstaten [maken] voor het einde van de termijn voor de openbare raadpleging. Deze termijn kan evenwel niet korter zijn dan één maand vanaf de in de eerste paragraaf bedoelde mededeling.

§ 5. Met uitzondering van het in artikel 95, § 2, bedoelde geval, neemt het College voor vergunning en controle zijn beslissing op het einde van de openbare raadpleging en deelt het die mee aan de Europese Commissie.

Art. 95. § 1. [Op] beslissing van de Europese Commissie genomen binnen de termijn vastgesteld bij artikel 94, § 4, verlengt het College voor vergunning en controle deze termijn met twee maanden wanneer zijn [ontwerp van beslissing] betrekking heeft op :

1° het definiëren van een relevante markt, die verschilt van de markten die door de Europese Commissie in de ‘aanbeveling inzake relevante markten voor producten en diensten’ bepaald zijn;

2° het aanwijzen van een [...] exploitant [met aanmerkelijke marktmacht].

§ 2. Het College voor vergunning en controle ziet af van het nemen van de [voorgenomen] beslissing als, binnen de termijn zoals verlengd krachtens § 1, de Europese Commissie zich [ertegen verzet], door middel van een gemotiveerde beslissing die gedetailleerd en objectief is [en] nauwkeurige wijzigingsvoorstellen [doet].

Art. 96. Het College voor vergunning en controle kan aan elke [...] netwerkexploitant [met aanmerkelijke marktmacht] een verplichting opleggen om te goeder trouw te onderhandelen met elke dienstenverdelers, die een toegang tot zijn netwerk(en) heeft aangevraagd krachtens artikel 75.

In het kader van deze onderhandelingen kan het College voor vergunning en controle aan de [...] netwerkexploitanten [met aanmerkelijke marktmacht] verplichtingen opleggen die hen verhinderen onredelijke of discriminerende voorwaarden op te leggen. Inzonderheid kan [...] elke netwerkexploitant [met aanmerkelijke marktmacht] door het College voor vergunning en controle verplicht worden een derde dienstenverdelers geen voorwaarden op te leggen die strenger zouden zijn dan de voorwaarden die hij aan zichzelf oplegt wanneer hij de activiteit van dienstenverdelers uitvoert.

Het College voor vergunning en controle kan elke [...] netwerkexploitant [met aanmerkelijke marktmacht] ertoe verplichten elke toegangswijziging uiterlijk binnen de drie maanden volgend op de datum van [de] aanvraag ingediend door de dienstenverdelers, mee te delen. Deze wijziging wordt formeel gemotiveerd.

Het College voor vergunning en controle kan van elke [...] netwerkexploitant [met aanmerkelijke marktmacht] vragen dat hij, op aanvraag van het College, welbepaalde inlichtingen zou verschaffen of dat die inlichtingen openbaar zouden worden gemaakt, zoals de gegevens betreffende de boekhouding, [met inbegrip van] de gegevens over de opbrengsten van derden, technische specificaties, netwerkkenmerken, nadere regels en voorwaarden voor het leveren en het gebruiken alsmede de prijzen.

Art. 97. § 1. Elke rechtspersoon die de activiteit van exploitant van een teledistributienetwerk wenst uit te oefenen, moet dit, binnen de maand vanaf het begin van zijn activiteit, verklaren aan de Regering en het College voor vergunning en controle.

§ 2. De verklaring bevat de volgende elementen :

- 1° de identificatiegegevens van de rechtspersoon alsmede [zijn] adres;
- 2° de beschrijving van het (de) teledistributienetwerk(en);
- 3° de datum van het begin van de activiteiten.

Elke wijziging van deze elementen moet aan de Regering of [aan] het College voor vergunning en controle worden meegedeeld.

§ 3. De Regering stelt het verklaringsmodel vast.

Art. 98. § 1. De netwerkexploitanten hebben het recht, op hun kosten, op of onder de pleinen, wegen, straten, paden, waterlopen en kanalen, die deel uitmaken van het [openbaar domein], werken te laten uitvoeren voor de installatie en het onderhoud van de kabels en bijbehorende uitrustingen van hun teledistributienetwerken, op voorwaarde dat de wetten en besluiten betreffende het gebruik van het [openbaar domein] nageleefd worden en [op voorwaarde] dat het gebruik waarvoor het bestemd is, in acht wordt genomen.

Alvorens dit recht te kunnen gebruiken, zal de betrokken exploitant [het traject] van de ligging en de details [van] de installatie van de geleiders ter goedkeuring moeten voorleggen aan de overheid waartoe het [openbaar domein] behoort. Deze overheid zal binnen de drie maanden vanaf de datum van verzending van [het traject] een beslissing moeten nemen en haar beslissing aan de betrokken exploitant meedelen. [...] Als de overheid geen antwoord geeft, dan wordt de goedkeuring [na het verstrijken van deze termijn] als verleend geacht.

In geval van [voortdurende] betwisting, wordt er uitspraak gedaan over de zaak bij besluit van de Regering. De overheid heeft in ieder geval, op haar respectievelijk domein, het recht nadien de bepalingen of [het traject] van een installatie alsmede de daaraan verbonden werken te doen wijzigen. Als de wijzigingen opgelegd worden hetzij om een reden van openbare veiligheid, hetzij om een landschap te beschermen, hetzij in het belang van het wegennet, de waterstromen, de kanalen of een openbare dienst, hetzij als gevolg van een door de aanwonenden aangebrachte wijziging aan de eigendommen langs de gebruikte wegen, zijn de kosten van de werken ten laste van de exploitant; in de andere gevallen zijn ze ten laste van de overheid die de wijzigingen oplegt. Deze kan een voorafgaande kostenraming eisen en, bij onenigheid, zelf de werken laten uitvoeren.

§ 2. De exploitanten hebben eveneens het recht steunen en verankeringen blijvend te plaatsen voor de kabels en bijbehorende uitrusting van hun teledistributienetwerken op de muren en gevels die op de openbare weg uitkomen alsmede hun kabels te plaatsen op een open en niet-bebouwd terrein of die zonder bevestiging of aanraking boven de private eigendommen te laten lopen.

De werken zullen slechts kunnen beginnen nadat een behoorlijk opgestelde bekendmaking, die schriftelijk aan de eigenaars is gericht volgens de kadastrergegevens, is meegedeeld aan de huurders en [de] inwoners.

De uitvoering van deze werken heeft geen enkele onteigening tot gevolg.

De bevestiging van steunen en verankeringen op de muren of gevels kan de eigenaar niet hinderen zijn goed af te breken of te herstellen.

De ondergrondse kabels en de steunen op een open en niet-bebouwd terrein zullen verwijderd moeten worden op aanvraag van de eigenaar als deze zijn recht op bouwen of omheinen gebruikt; de verwijderingskosten zullen ten laste van de exploitant zijn.

De eigenaar zal evenwel de exploitant [per aangetekend schrijven moeten verwittigen, en dit] minstens drie maanden [voor hij] de in de leden 3 en 4 bedoelde werken [aanvangt].

§ 3. De vergoedingen voor een schade die voortvloeit uit de installatie of de exploitatie van een teledistributienetwerk zijn geheel ten laste van de exploitant die aansprakelijk blijft voor alle gevolgen die schadelijk zijn voor derden.

§ 4. De netwerkexploitant is ertoe gehouden onmiddellijk gevolg te geven aan elke vordering van het Belgisch Instituut voor postdiensten en telecommunicatie of elke dienst of onderneming die elektrische energie verdeelt, met het oog op het onmiddellijk stopzetten van elke nadelige storing of invloed op de werking van de telefoon-, telegraafinstallaties of installaties voor de verdeling van elektrische energie. Indien aan deze vordering niet wordt voldaan, zullen de nuttig geachte maatregelen, met inbegrip van het verplaatsen van kabels en bijbehorende uitrustingen, bevolen worden door de betrokken diensten of ondernemingen [op kosten] en op eigen risico van de exploitant ».

### *Ten gronde*

B.2. Volgens de verzoekende partij zouden de bestreden bepalingen strijden met artikel 127, § 1, eerste lid, 1<sup>o</sup>, van de Grondwet, met artikel 4, 6<sup>o</sup>, van de bijzondere wet van 8 augustus 1980 tot hervorming der instellingen en met het evenredigheidsbeginsel, in zoverre ze eenzijdig de aan de radio-omroep en de televisie en de telecommunicatie gemeenschappelijke elektronische transmissie-infrastructuur zouden regelen.

B.3.1. 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 politie 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.3.2. In voormeld arrest heeft het Hof artikel 14 van de wet van 17 januari 2003 « met betrekking tot het statuut van de regulator van de Belgische post- en telecommunicatiesector » vernietigd. Op grond van analoge overwegingen heeft het Hof, in zijn arrest nr. 128/2005 van 13 juli 2005, 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 » vernietigd.

B.4. Uit wat voorafgaat blijkt dat de aan de radio-omroep en de televisie en de telecommunicatie gemeenschappelijke elektronische transmissie-infrastructuur en -diensten in samenwerking tussen de federale Staat en de gemeenschappen moeten worden geregeld, teneinde te bewerkstelligen dat die overheden hun respectieve normen op elkaar afstemmen en om te vermijden dat die infrastructuur en die diensten aan tegenstrijdige bepalingen worden onderworpen.

B.5. Volgens de Franse Gemeenschapsregering zouden de bestreden bepalingen niet de aan de radio-omroep en de televisie en de telecommunicatie gemeenschappelijke infrastructuur regelen en zou de decreetgever enkel de bestaande transmissiewijzen hebben beoogd, namelijk de radiodistributie door middel van de coaxiale kabel en de ether. De aangelegenheden die niet tot de exclusieve bevoegdheid van de Franse Gemeenschap behoren zouden evenwel niet zijn geregeld in afwachting van een samenwerkingsakkoord tussen de bevoegde overheden.

B.6.1. De bestreden bepalingen bevatten regels voor « netwerkexploitanten » en « dienstenverdelers ».

B.6.2. Zo dienen de netwerkexploitanten van teledistributienetwerken op hun netwerken de distributie te waarborgen van een basisaanbod van diensten, dat wordt geleverd door een dienstenverdelers. Als er geen dienstenverdelers is, zijn de netwerkexploitanten ertoe gehouden de verdelersactiviteit uit te oefenen door het basisaanbod te leveren (artikel 81, § 1).

De dienstenverdelers moeten een aantal televisieomroep- en klankradio-omroepdiensten verdelen (artikel 82) en kunnen bijkomende diensten verdelen (artikel 83).

B.6.3. De artikelen 90 tot en met 96 bepalen de procedures voor het definiëren en analyseren van de relevante markten en voor de bepaling van de netwerkexploitanten met « aanmerkelijke marktmacht » en voorzien in de mogelijkheid om aan laatstgenoemden bijkomende verplichtingen op te leggen.

Overeenkomstig artikel 97 dient elke rechtspersoon die de activiteit van exploitant van een teledistributienetwerk wenst uit te oefenen een voorafgaande verklaring af te leggen aan de Franse Gemeenschapsregering en aan het College voor vergunning en controle.

Artikel 98 verleent netwerkexploitanten het recht om onder bepaalde voorwaarden op het openbaar domein werken te laten uitvoeren voor de installatie en het onderhoud van de kabels en bijbehorende uitrustingen van hun teledistributienetwerken.

B.7.1. Artikel 1, 22°, van het decreet van 27 februari 2003, definieert een « netwerexploitant » als volgt :

« iedere rechtspersoon die de technische bewerkingen van een radio-omroepnetwerk verricht die noodzakelijk zijn voor de transmissie en de uitzending van radio-omroepdiensten bij het publiek ».

Artikel 1, 35°, van hetzelfde decreet definieert een radio-omroepnetwerk als volgt :

« de transmissiesystemen en, in voorkomend geval, de [schakel- of routeringsapparatuur] en de andere middelen, die het mogelijk maken signalen die drager zijn van radio-omroepdiensten [over te brengen] via de kabel, radiogolven, optische middelen of andere elektromagnetische middelen ».

B.7.2. Artikel 1, 12°, van hetzelfde decreet omschrijft een « dienstenverdeler » als volgt :

« elke rechtspersoon die op ongeacht welke wijze, inzonderheid door middel van terrestrische radiogolven, per satelliet of door middel van een teledistributienetwerk, één of meer radio-omroepdiensten ter beschikking van het publiek stelt. Het dienstenaanbod kan diensten omvatten die door de persoon zelf worden uitgegeven en diensten die worden uitgegeven door derden waarmee hij contractuele verhoudingen aanknoopt.

Als dienstenverdeler wordt eveneens beschouwd, iedere rechtspersoon die een dienstenaanbod levert door contractuele verhoudingen met andere verdelers aan te knopen ».

B.8. Uit hetgeen voorafgaat blijkt dat de bestreden bepalingen een algemene draagwijdte hebben en van toepassing zijn op aan de radio-omroep en de televisie en de telecommunicatie gemeenschappelijke elektronische transmissie-infrastructuur en -diensten.

B.9.1. Artikel 1, 36°, van het decreet van 27 februari 2003, vóór de wijziging ervan bij artikel 1 van het decreet van 22 december 2005 « tot wijziging van het decreet van 27 februari 2003 betreffende de radio-omroep », definieert een « teledistributienetwerk » als volgt :

« een radio-omroepnetwerk dat [...] wordt georganiseerd met het oog op het overbrengen aan het publiek, door middel van coaxiale kabel, van signalen die drager zijn van radio-omroepdiensten ».

In tegenstelling tot wat de Franse Gemeenschapsregering beweert, leidt die omschrijving niet ertoe anders dan in B.8 te besluiten : het is immers niet uitgesloten dat die infrastructuur ook voor telecommunicatie wordt aangewend.

B.9.2. Bovendien stelt het Hof vast dat artikel 1 van het voormelde decreet van 22 december 2005 in artikel 1, 36°, van het decreet van 27 februari 2003 het woord « coaxiale » heeft geschrapt.

Die wijziging werd verantwoord als volgt :

« De voorgestelde wijziging schaft de verwijzing naar enkel de coaxiale kabel af wanneer wordt verwezen naar de kabeldistributie van radio-omroepdiensten. Dat type van kabel is weliswaar historisch verbonden met de kabeldistributie in België, maar de recente ontwikkeling van technologieën voor het vervoer van radio-omroepdiensten via het telefoonnet impliceert dat de definitie van het teledistributienetwerk wordt aangepast door elke verwijzing naar de coaxiale kabel af te schaffen. [...] » (*Parl. St.*, Parlement van de Franse Gemeenschap, 2005-2006, nr. 178/1, p. 4 ).

B.10. In zoverre de bestreden bepalingen een algemene draagwijdte hebben en van toepassing zijn op aan de radio-omroep en de televisie en de telecommunicatie gemeenschappelijke elektronische transmissie-infrastructuur en -diensten, heeft de decreetgever, door eenzijdig die infrastructuur en die diensten te regelen, de bevoegdheidverdelende regels geschonden.

B.11. Het enige middel is derhalve gegrond. Bijgevolg dienen de bestreden bepalingen te worden vernietigd.

B.12. Teneinde de decreetgever in staat te stellen een nieuwe regeling aan te nemen, mits naleving van de in B.4 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 bepalingen te worden gehandhaafd tot de inwerkingtreding van een in gemeenschappelijk overleg tot stand gekomen regeling en uiterlijk tot 31 maart 2007.



Om die redenen,

het Hof

- vernietigt de artikelen 81 tot 83 en 90 tot 98 van het decreet van de Franse Gemeenschap van 27 februari 2003 betreffende de radio-omroep;

- handhaaft de gevolgen van de vernietigde bepalingen tot de inwerkingtreding van een in B.4 bedoelde, in gemeenschappelijk overleg tot stand gekomen regeling en uiterlijk tot 31 maart 2007.

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 8 november 2006.

De griffier,

De voorzitter,

P.-Y. Dutilleux

A. Arts