

Rolnummer 4569
Arrest nr. 140/2009 van 17 september 2009

A R R E S T

In zake : de prejudiciële vragen betreffende artikel 22, § 1, vijfde streepje, van het decreet van de Franse Gemeenschap van 17 juli 1987 over de audiovisuele sector, zoals gewijzigd bij artikel 32, eerste lid, van het decreet van 4 januari 1999, gesteld door de Raad van State.

Het Grondwettelijk Hof,

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

wijst na beraad het volgende arrest :

*

* *

I. Onderwerp van de prejudiciële vragen en rechtspleging

Bij arrest nr. 188.252 van 27 november 2008 in zake de intercommunale cv « Association Liégeoise d'Electricité » tegen de Hoge Raad voor de audiovisuele sector van de Franse Gemeenschap, waarvan de expeditie ter griffie van het Hof is ingekomen op 4 december 2008, heeft de Raad van State de volgende prejudiciële vragen gesteld :

1. « Schendt artikel 22, § 1, vijfde streepje, van het decreet van de Franse Gemeenschap van 17 juli 1987 over de audiovisuele sector, gewijzigd bij het decreet van 4 januari 1999, de artikelen 10 en 11 van de Grondwet in zoverre het de televisieverdelers de verplichting oplegt twee televisiezenders van de Vlaamse Gemeenschap door te geven, terwijl het dezelfde verplichting niet oplegt voor de andere Belgische privé-zenders, die van de Franse Gemeenschapsregering de zendvergunning dienen te krijgen, die steeds kan worden ingetrokken ? »;

2. « Schendt hetzelfde artikel de artikelen 10 en 11 van de Grondwet, in samenhang gelezen met artikel 86 van het Verdrag tot oprichting van de Europese Gemeenschap (geconsolideerde versie), in zoverre het de televisieverdelers de verplichting oplegt programma's van de televisie van de Vlaamse Gemeenschap door te geven, terwijl het dezelfde verplichting niet oplegt voor de programma's van de buitenlandse openbare en privé-zenders ? ».

Memories en memories van antwoord zijn ingediend door :

- de intercommunale cv « Association Liégeoise d'Electricité » (thans de intercommunale cv « Tecteo »), waarvan de maatschappelijke zetel is gevestigd te 4000 Luik, rue Louvrex 95;

- de Franse Gemeenschapsregering.

Op de openbare terechtzitting van 7 juli 2009 :

- zijn verschenen :

. Mr. J.-M. Rigaux, advocaat bij de balie te Luik, voor de intercommunale cv « Tecteo »;

. Mr. J. Helson, *loco* Mr. J. Bourtembourg en Mr. F. Belleflamme, advocaten bij de balie te Brussel, voor de Franse Gemeenschapsregering;

- hebben de rechters-verslaggevers J.-P. Snappe en L. Lavrysen verslag uitgebracht;

- zijn de voornoemde advocaten gehoord;

- is de zaak in beraad genomen.

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

II. De feiten en de rechtspleging in het bodemgeschied

Een van de activiteiten van de « Association Liégeoise d'Electricité » (ALE), verzoekende partij voor de Raad van State, is het verdelen van televisieprogramma's. Het is in dat opzicht dat de Hoge Raad voor de audiovisuele sector van de Franse Gemeenschap heeft geoordeeld dat de verzoekende partij voor het verwijzende rechtscollege haar verplichting om twee televisieprogramma's van de openbare radio-omroepdienst van de Vlaamse Gemeenschap, *in casu* de programma's van de VRT en van Canvas-Ketnet, uit te zenden, niet was nagekomen.

De voor het verwijzende rechtscollege bestreden beslissing is die waarbij de Hoge Raad voor de audiovisuele sector verklaart dat de hiervoor vermelde inbreuk is aangetoond, en waarbij hij ALE veroordeelt tot het betalen van een geldboete van 15 000 euro.

Voor de Raad van State voert ALE een eerste middel aan dat is afgeleid uit de ongrondwettigheid van artikel 22, § 1, vijfde streepje, van het decreet van 17 juli 1987 over de audiovisuele sector, in zoverre dat artikel de artikelen 10 en 11 van de Grondwet, in samenhang gelezen met artikel 86 van het EG-Verdrag, schendt. In het verwijzingsarrest heeft de Raad van State vastgesteld « dat, gesteld dat het decreet ongrondwettig zou zijn doordat het de *must-carry*-verplichting oplegt voor de programma's van de VRT, de sanctie die is opgelegd wegens het schenden van dat decreet, eveneens ongrondwettig zou zijn ». De Raad van State heeft dan ook besloten om de hiervoor weergegeven prejudiciële vragen te stellen.

III. In rechte

- A -

A.1.1. De verzoekende partij voor de Raad van State stelt vast dat zij een *must-carry*-verplichting heeft ten aanzien van de twee Nederlandstalige openbare zenders VRT en Canvas-Ketnet. Zij is van oordeel dat die verplichting de twee openbare zenders van de Vlaamse Gemeenschap, ten aanzien van de televisieverdelers van het Franse taalgebied, in een situatie plaatst die verschilt van die van de andere Belgische of buitenlandse openbare of privé-zenders, die, om uit te zenden, een aantal voorwaarden dienen te vervullen en die afhankelijk zijn van een beslissing van de Franse Gemeenschap. De verzoekende partij betwist die verplichting niet in zoverre zij de VRT ten goede komt. Zij is daarentegen van oordeel dat de verplichting om ook Canvas en Ketnet door te geven, verplichting die voor haar gepaard gaat met de verplichting om auteursrechten te betalen, overeenkomstig artikel 11*bis* van de Berner Conventie van 9 september 1886 voor de bescherming van werken van letterkunde en kunst, onevenredig is ten aanzien van iedere doelstelling van algemeen belang, in de wetenschap dat de VRT reeds wordt doorgegeven en dat de programma's van Ketnet, volgens haar, in essentie sport, ontspanning en reclame omvatten.

De verzoekende partij voert ter ondersteuning van haar memorie een beslissing van het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen aan waarin dat laatste, zonder het geschil op algemene wijze te beslechten, volgens haar de noodzakelijke criteria heeft verduidelijkt voor de inachtneming van niet alleen artikel 86 van het EG-Verdrag vermeld door de Raad van State, maar ook van artikel 49 van hetzelfde Verdrag.

De verzoekende partij haalt ook het arrest nr. 13/2000 van 2 februari 2000 aan, waarin het Hof heeft aanvaard dat de decreetgever de landelijke etherradio kan voorbehouden aan de openbare omroep, maar zij merkt op dat de Belgische privé-zenders worden verplicht, teneinde door een televisieverdeler te kunnen worden verdeeld, met die laatstgenoemde een overeenkomst te sluiten en dat de vereiste vergunningen kunnen worden ingetrokken.

A.1.2. In haar memorie van antwoord wenst de verzoekende partij te verduidelijken dat zij Canvas-Ketnet opnieuw uitzendt maar dat zij belang erbij blijft hebben om de door de Raad van State gestelde prejudiciële vraag te laten beslechten aangezien zij tot een geldboete is veroordeeld toen zij enkel de eerste zender van de Vlaamse Gemeenschap heeft uitgezonden.

Standpunt van de Franse Gemeenschapsregering

A.2. De Franse Gemeenschapsregering erkent dat de twee zenders van de VRT een bijzondere behandeling genieten. Zulks beantwoordt echter aan een aanvaardbare doelstelling zowel ten aanzien van de Belgische Grondwet, ten opzichte waarvan het Hof heeft aangenomen dat het redelijk was een bijzondere plaats voor te behouden aan de openbare radio-omroep, als ten aanzien van het Europese recht, waarbij het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen heeft geoordeeld dat een *must-carry*-verplichting kon worden verantwoord door een doel van algemeen belang zoals het behoud van het pluralistische karakter van het programma-aanbod. De Franse Gemeenschapsregering haalt in dat verband het arrest C-250/06 van 13 december 2007 aan.

Zij stelt verder dat de *must-carry*-verplichting, die ook terug te vinden is in artikel 107, § 1, 4^o, van de decreten van de Vlaamse Gemeenschap betreffende de radio-omroep en de televisie, gecoördineerd op 25 januari 1995, deel uitmaakt van een geheel van maatregelen bestemd om de stabiliteit en de samenhang van het Rijk te verzekeren.

Ten aanzien van dat hogere doel is de Franse Gemeenschapsregering van oordeel dat de overwegingen van de verzoekende partij voor de Raad van State met betrekking tot de aard en de kwaliteit van de programma's van de openbare zender Canvas-Ketnet niet relevant zijn.

De twee prejudiciële vragen dienen ontkennend te worden beantwoord.

- B -

B.1. Artikel 22, § 1, vijfde streepje, van het decreet van de Franse Gemeenschap van 17 juli 1987 over de audiovisuele sector, gewijzigd bij het decreet van 4 januari 1999, bepaalt :

« De verdeler die de vergunning heeft verkregen om een teledistributienet te exploiteren moet, op het ogenblik dat ze uitgezonden worden en in hun geheel, de volgende programma's doorgeven :

[...]

- twee televisieprogramma's van de openbare radio-omroepdienst van de Vlaamse Gemeenschap ».

B.2. De Raad van State vraagt aan het Hof of de bij de voormelde bepaling opgelegde verplichting om bepaalde programma's door te geven, doorgaans « *must-carry*-verplichting » genoemd, de artikelen 10 en 11 van de Grondwet, in samenhang gelezen met artikel 86 van het EG-Verdrag, schendt, in zoverre zij de televisieverdelers twee televisiezenders van de Vlaamse Gemeenschap oplegt, terwijl zij dezelfde voorwaarden niet oplegt voor het doorgeven van de Belgische privé-zenders, die van de Franse Gemeenschapsregering de zendvergunning dienen te verkrijgen die steeds kan worden ingetrokken, noch voor het doorgeven van de programma's van de buitenlandse openbare en privé-zenders.

B.3.1. Er wordt niet betwist - ook niet door de Franse Gemeenschapsregering - dat het voormelde artikel 22, § 1, vijfde streepje, van het decreet van de Franse Gemeenschap van 17 juli 1987 de twee openbare zenders van de Vlaamse Gemeenschap verschillend behandelt vanuit het oogpunt van de verplichtingen om hun uitzendingen door de verdelers te laten doorgeven. Die laatstgenoemden dienen immers de uitzendingen van de twee zenders van de VRT door te geven, terwijl de andere in de Franse Gemeenschap gevestigde privé-zenders of de buitenlandse openbare of privé-zenders die hun uitzendingen in de Franse Gemeenschap wensen uit te zenden, van de Franse Gemeenschapsregering een vergunning dienen te verkrijgen, die steeds kan worden ingetrokken.

B.3.2. Uit de parlementaire voorbereiding van de in het geding zijnde bepaling blijkt dat de *must-carry*-verplichting voortvloeit uit een impliciete overeenkomst tussen de Franse Gemeenschap en de Vlaamse Gemeenschap, waarbij die laatstgenoemde in een soortgelijke *must-carry*-verplichting heeft voorzien voor de openbare zenders van de Franse Gemeenschap in artikel 107, § 1, 4°, van de decreten betreffende de radio-omroep en de televisie, gecoördineerd op 25 januari 1995 (*Parl. St.*, Parlement van de Franse Gemeenschap, 1997-1998, nr. 268/1, p. 11).

B.3.3. Door de aldus aan de verdelers opgelegde verplichting om zowel de uitzendingen van de openbare omroep van de Franse Gemeenschap op het grondgebied van de Vlaamse Gemeenschap als de uitzendingen van de openbare omroep van de Vlaamse Gemeenschap op het grondgebied van de Franse Gemeenschap te verdelen, kunnen de Franstaligen of Nederlandstaligen die zich op het grondgebied van de andere gemeenschap bevinden, gemakkelijk toegang krijgen tot de openbare televisiezenders van hun gemeenschap. Die verplichting past ook in een geheel van maatregelen die een betere kennis in de hand werken van die twee gemeenschappen door de kennismaking met hun wederzijdse culturen.

Het verschil in behandeling dat wordt gemaakt tussen de openbare zenders en de privé-zenders, wordt verantwoord door de specifieke opdracht van algemeen belang van de openbare televisiezenders, onder meer door het verzekeren van minimale informatie die voor alle geledingen van de samenleving toegankelijk is en niet is ingegeven door lucratieve overwegingen waarbij enkel de commercieel interessante doelgroepen worden aangesproken.

B.4.1. De Raad van State stelt het Hof verder een vraag over de bestaanbaarheid van de voormelde bepaling met de artikelen 10 en 11 van de Grondwet, in samenhang gelezen met artikel 86 van het EG-Verdrag.

B.4.2. In een arrest van het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen (HvJ, 13 december 2007, C-250/06, *United Pan-Europe Communications Belgium nv e.a.*) betreffende het verzoek van de Raad van State om een prejudiciële beslissing over de bestaanbaarheid van artikel 13 van de wet van 30 maart 1995 betreffende de netten voor distributie voor omroepuitzendingen en de uitoefening van omroepactiviteiten in het tweetalig gebied Brussel-Hoofdstad, werd geoordeeld :

« 14. In dit verband moet eraan worden herinnerd dat de lidstaten overeenkomstig artikel 86, lid 1, EG met betrekking tot de openbare bedrijven en de ondernemingen waaraan zij bijzondere of uitsluitende rechten verlenen, geen enkele maatregel nemen of handhaven welke in strijd is met de regels van het EG-Verdrag, met name die bedoeld in de artikelen 12 EG en 81 EG tot en met 89 EG.

15. Uit de duidelijke bewoordingen van artikel 86, lid 1, EG blijkt dat deze bepaling geen zelfstandige betekenis heeft, maar dient te worden gelezen in samenhang met de overige relevante verdragsregels (arrest van 19 april 2007, *Asemfo*, C-295/05, *Jurispr.* blz. I-2999, punt 40).

16. Uit de verwijzingsbeslissing blijkt dat de door de Raad van State bedoelde relevante bepaling artikel 82 EG is, dat verbiedt dat een of meer ondernemingen misbruik maken van een machtspositie op de gemeenschappelijke markt of op een wezenlijk deel ervan.

17. Volgens vaste rechtspraak van het Hof is het feit alleen dat door het verlenen van bijzondere of uitsluitende rechten in de zin van artikel 86, lid 1, EG een machtspositie wordt gecreëerd, als zodanig niet onverenigbaar met artikel 82 EG. Een lidstaat handelt slechts in strijd met de in deze twee bepalingen vervatte verboden wanneer de betrokken onderneming door de enkele uitoefening van de haar toegekende bijzondere of uitsluitende rechten misbruik maakt van haar machtspositie, of indien deze rechten een situatie kunnen creëren waarin die onderneming tot een dergelijk misbruik wordt gebracht (arresten van 23 mei 2000, *Sydhavnens Sten & Grus*, C-209/98, *Jurispr.* blz. I-3743, punt 66; 25 oktober 2001, *Ambulanz Glöckner*, C-475/99, *Jurispr.* blz. I-8089, punt 39, en 30 maart 2006, *Servizi Ausiliari Dottori Commercialisti*, C-451/03, *Jurispr.* blz. I-2941, punt 23).

18. Bijgevolg rijst in het hoofdgeding de vraag of de aan de orde zijnde regeling, te weten de wet van 1995 en de besluiten van 17 januari 2001 en 24 januari 2002, niet alleen tot gevolg heeft gehad dat de door deze wet en besluiten aangewezen particuliere omroeporganisaties bijzondere of uitsluitende rechten in de zin van artikel 86, lid 1, EG zijn toegekend, maar ook dat misbruik van machtspositie in de zin van artikel 82 EG heeft plaatsgevonden ».

B.4.3. Artikel 82 van het EG-Verdrag legt verbod op aan één 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 lidstaten daardoor ongunstig wordt beïnvloed. Hoewel artikel 82 betrekking heeft op gedragingen van ondernemingen en niet op wettelijke, bestuursrechtelijke en andere maatregelen van de lidstaten, heeft dat artikel voor de lidstaten wel tot gevolg dat zij geen maatregelen mogen nemen of handhaven welke de mededingingsregels hun nuttig effect kunnen ontnemen (HvJ, 16 november 1977, *INNO*, 13/77, *Jurispr.*, 1977, pp. 2144-2145, punten 31 en 32; 23 april 1991, *Höfner en Elser*, C-41/90, *Jurispr.*, 1991, I-2017, punt 26; 18 juni 1991, *ERT*, C-260/89, *Jurispr.*, 1991, I-2960, punt 35; 19 mei 1993, *Corbeau*, C-320/91, *Jurispr.*, 1993, I-2567, punten 10 en 11).

Krachtens artikel 86, lid 2, van het EG-Verdrag 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 (HvJ, 30 april 1974, *Sacchi*, 155/73, *Jurispr.*, 1974, p. 430, punten 14 en 15; 3 oktober 1985, *CBEM/CLT en IPB*, 311/84, *Jurispr.*, 1985, p. 3275, punt 17; 23 april 1991, *Höfner en Elser*, C-41/90, *Jurispr.*, 1991, I-2017, punt 24; 18 juni 1991, *ERT*, C-260/89, *Jurispr.*, 1991, I-2957-2961, punten 10 en 33).

Niets in het Verdrag verzet zich ertegen dat de lidstaten 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 (HvJ, 19 mei 1993, *Corbeau*, C-320/91, *Jurispr.*, 1993, I-2533, punt 14; 27 april 1994, *Almelo*, *Jurispr.* 1994, C-393/92, I-1520, punt 46).

B.4.4. Met betrekking tot de bestaanbaarheid van artikel 13 van de voormelde wet van 30 maart 1995 met artikel 49 van het EG-Verdrag heeft het Hof van Justitie van de Europese

Gemeenschappen, in hetzelfde voormelde arrest, geoordeeld, na te hebben vastgesteld dat de in het geding zijnde nationale reglementering een beperking van het vrij verkeer van diensten vormde :

« 39. Volgens de rechtspraak van het Hof kan een dergelijke beperking van een door het Verdrag gewaarborgde fundamentele vrijheid haar rechtvaardiging vinden in dwingende redenen van algemeen belang, voor zover zij dienstig is ter bereiking van het ermee beoogde doel en niet verder gaat dan met het oog daarop noodzakelijk is (zie met name arresten van 5 juni 1997, *SETTG*, C-398/95, *Jurispr.* blz. I-3091, punt 21, en 28 oktober 1999, *ARD*, C-6/98, *Jurispr.* blz. I-7599, punten 50 en 51, en arrest *Cipolla e.a.*, reeds aangehaald, punt 61).

40. Met betrekking tot in de eerste plaats het door de in het hoofdgeding aan de orde zijnde nationale regeling nagestreefde doel, betoogt de Belgische regering dat bedoelde regeling ertoe strekt het pluralistische en culturele karakter van het programma-aanbod op de kabeltelevisienetten te vrijwaren en de toegang van alle kijkers tot het pluralisme en tot de diversiteit van de programma's te waarborgen, in het bijzonder door de Belgische burgers van het tweetalige gebied Brussel-Hoofdstad te verzekeren dat hun niet de toegang tot de lokale en nationale informatie of tot hun cultuur zal worden ontnomen. Die regeling heeft dus tot doel, het audiovisuele landschap in België te harmoniseren.

41. In dit verband zij eraan herinnerd dat volgens vaste rechtspraak van het Hof, een cultuurbeleid een dwingende reden van algemeen belang kan vormen, die een beperking van de vrijheid van dienstverrichting rechtvaardigt. De met dit beleid beoogde handhaving van het pluralisme hangt immers samen met de door artikel 10 van het op 4 november 1950 te Rome ondertekende Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden gewaarborgde vrijheid van meningsuiting, een van de fundamentele rechten die door de communautaire rechtsorde worden beschermd (zie arrest van 25 juli 1991, *Collectieve Antennevoorziening Gouda*, C-288/89, *Jurispr.* blz. I-4007, punt 23; arrest Commissie/Nederland, reeds aangehaald, punt 30; arrest van 3 februari 1993, *Veronica Omroep Organisatie*, C-148/91, *Jurispr.* blz. I-487, punt 10, en arrest *TV10*, reeds aangehaald, punt 19).

42. Derhalve moet worden erkend dat de in het hoofdgeding aan de orde zijnde nationale regeling een doelstelling van algemeen belang nastreeft, aangezien zij tot doel heeft, het pluralistische karakter van het televisieprogramma-aanbod in het tweetalige gebied Brussel-Hoofdstad te vrijwaren, en aldus past binnen een cultuurbeleid dat tot doel heeft, in de audiovisuele sector de vrijheid van meningsuiting van de verschillende, met name sociale, culturele, taalkundige, godsdienstige en filosofische, stromingen in dat gebied te behouden.

43. Met betrekking tot in de tweede plaats de vraag of die regeling geschikt is voor de verwezenlijking van het nagestreefde doel, moet worden erkend, zoals de advocaat-generaal in punt 13 van zijn conclusie terecht heeft opgemerkt, dat, rekening houdend met het tweetalige karakter van het gebied Brussel-Hoofdstad, een nationale regeling zoals die welke in het hoofdgeding aan de orde is, een geschikt middel is om het beoogde culturele doel te bereiken, aangezien zij met name in dat gebied de Nederlandstalige televisiekijkers in staat stelt om op het net van de kabeldistributeurs die de kabeltelevisie op het grondgebied van dat gebied verzorgen, toegang te hebben tot de televisieprogramma's die een culturele en

taalkundige band hebben met de Vlaamse Gemeenschap, en de Franstalige kijkers in staat stelt, een gelijkaardige toegang te hebben tot de televisieprogramma's die een culturele en taalkundige band met de Franse Gemeenschap hebben. Een dergelijke regeling waarborgt de kijkers van dat gebied dus dat zij in hun eigen taal toegang hebben tot de lokale en nationale informatie en tot programma's waarin hun cultureel erfgoed tot uitdrukking komt ».

De in het geding zijnde bepaling beantwoordt aan de vereisten vermeld in dat arrest.

B.5. Uit het voorgaande volgt dat de twee prejudiciële vragen ontkennend dienen te worden beantwoord.

Om die redenen,

het Hof

zegt voor recht :

Artikel 22, § 1, vijfde streepje, van het decreet van de Franse Gemeenschap van 17 juli 1987 over de audiovisuele sector, zoals gewijzigd bij artikel 32, eerste lid, van het decreet van 4 januari 1999, schendt niet de artikelen 10 en 11 van de Grondwet, in samenhang gelezen met artikel 86 van het EG-Verdrag.

Aldus uitgesproken in het Frans en het Nederlands, overeenkomstig artikel 65 van de bijzondere wet van 6 januari 1989, op de openbare terechtzitting van 17 september 2009.

De griffier,

De wnd. voorzitter,

P.-Y. Dutilleux

M. Melchior