

# RECHTSpraak

## JURISPRUDENCE

RECHT EN TECHNOLOGIE/DROIT DE TECHNOLOGIE

---

### ARBITRAGEHOF 8 NOVEMBER 2006

---

#### GEMEENSCHAPPEN EN GEWESTEN

**Algemeen – Bevoegdheidsverdeling – Nauw verbonden bevoegdheden – Elektronische communicatiediensten en -netwerken – Telecommunicatie – Radio-omroep en televisie – Samenwerking vereist**

*Door zijn bevoegdheid inzake radio-omroep en televisie eenzijdig uit te oefenen, terwijl op het vlak van de elektronische communicatie samenwerking verplicht is tussen de federale overheid en de gemeenschappen, heeft de Franse gemeenschap in de artikelen 81 tot 83 en 90 tot 98 van het decreet van 27 februari 2003 betreffende de radio-omroep en de bevoegdheidsverdelende regels geschonden.*

*Vlaamse Regering/Franse Gemeenschap*

*Zet.: A. Arts en M. Melchior (voorzitters), P. Martens, L. Lavrysen, A. Alen, J.-P. Moerman en J. Spreutels (rechters)*

*Pl.: Mrs. B. Martel loco P. Van Orshoven en C. Doutrelepon, V. Chapoulaud*

*A.R.: 163/2004*

*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.

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

#### COMMUNAUTÉS ET RÉGIONS

**Généralités – Répartitions des compétences – Compétences étroitement liées – Réseaux et services de communication électronique – Télécommunication – Radiodiffusion et télévision – Coopération obligatoire**

*En exerçant sa compétence en matière de radiodiffusion et de télévision de manière unilatérale, alors que sur le plan des communications électroniques la coopération est obligatoire entre le pouvoir fédéral et les communautés, la Communauté française a violé, dans les articles 81 à 83 et 90 à 98 du décret du 27 février 2003 sur la radiodiffusion, les règles de répartition des compétences.*

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 (art. 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 (art. 81 § 1).

De dienstenverdelers moeten een aantal televisieomroep- en klankradio-omroepdiensten verdelen (art. 82) en kunnen bijkomende diensten verdelen (art. 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 “netwerkexploitant” 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 “dienstenverdelers” 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 dienstenverdelers 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 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 kabel-distributie van radio-omroepdiensten. Dat type van kabel is weliswaar historisch verbonden met de kabel-distributie 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. Parl. Fr. Gem. 2005-06, 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 bevoegdheidsverdelende 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.

De integrale tekst van het arrest vindt u op:

<http://www.arbitrage.be/public/n/2006/2006-163n.pdf>.

## Noot

**“Verplichte samenwerking in de elektronische communicatiesector: wat baten kaars en bril...”**David Stevens en Peggy Valcke<sup>1</sup>**DE BEVOEGDHEIDSVREDELING IN DE ELEKTRONISCHE COMMUNICATIESECTOR**

1. De problemen rond de bevoegdheidsverdeling in de elektronische communicatiesector zijn intussen ruim gekend en beschreven<sup>2</sup>: in de strijd tussen de federale overheid en de gemeenschappen<sup>3</sup>, veroorzaakte het Arbitragehof ruim vijftien jaar geleden een “bevoegdheidsrechtelijke aardverschuiving” door in zijn arresten van 25 januari 1990 (nr. 7/90) en 7 februari 1991 (nr. 1/91) te oordelen dat de bevoegdheid inzake “technische aspecten” voor radio-omroep en televisie eveneens tot de gemeenschappen behoorde.

2. Convergentie bleef in de daarop volgende jaren het onderscheid tussen telecommunicatie- en omroepnetwerken verder uithollen. Zich bewust van deze evolutie, lanceerde

de Europese Commissie op 3 december 1997 het debat over de implicaties van convergentie op de regelgeving, wat in maart 2002 leidde tot een nieuw Europees kader voor het transport van alle elektronische communicatiesignalen<sup>4</sup>.

3. In ons land werd er echter door de verschillende overheden voor geopteerd om deze richtlijnen elk afzonderlijk om te zetten, met de nodige bevoegdheidsconflicten van dien. Sinds 2004 vernietigde het Arbitragehof respectievelijk belangrijke delen van de federale wetgeving (arresten nrs. 132/2004 en 155/2004), van het Vlaamse decreet (arrest nr. 128/2005) en nu dus ook van het decreet van de Franse gemeenschap tot omzetting van deze Europese richtlijnen<sup>5</sup>.

**ARREST 163/2006 VAN 8 NOVEMBER 2006**

4. In het arrest 163/2006 bouwt het Arbitragehof zoals gezegd verder op eerdere rechtspraak, waarin het tot de conclusie kwam dat de bevoegdheden in de elektronische communicatiesector dermate met elkaar verweven zijn dat een overheid het evenredigheidsbeginsel schendt wanneer zij zelfs haar (eigen) bevoegdheid uitoefent zonder overleg met de andere overheden. Het Hof breidt de omvang van deze op zichzelf reeds betwistbare samenwerkingsplicht nu nog uit door te stellen 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* (overweging B.4., benadrukkingen toegevoegd). Na een onderzoek van de door het decreet gehanteerde definities van de begrippen “netwer-

kexploitant” en “dienstenverdelers” komt het Hof tot de conclusie dat *“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”* (overweging B.8., benadrukking toegevoegd), waarna het Hof de betrokken bepalingen vernietigt (overweging B.10.).

5. De vernietiging van de bepalingen in verband met transmissie-infrastructuur ligt in het verlengde van eerdere rechtspraak (waaruit het Hof overigens ten overvloede citeert, zoals het arrest nr. 128/2005). Zonder erg veel specifieke motivering op dit punt, vernietigt het Hof nu echter ook de bepalingen in verband met de dienstenverdelers, door het decreet van de Franse gemeenschap gedefinieerd als *“elke rechtspersoon die op ongeacht welke wijze, inzonderheid door middel van terrestrische radiogolven, per satelliet of*

<sup>1</sup> David Stevens is sinds 1998 als onderzoeker media- en communicatierecht verbonden aan het Interdisciplinair Centrum voor Recht en ICT van de Katholieke Universiteit te Leuven ([www.law.kuleuven.be/icri/](http://www.law.kuleuven.be/icri/)). Peggy Valcke doceert media- en communicatierecht aan de K.U.Brussel en K.U.Leuven, is gastprofessor aan Central European University in Boedapest en is als postdoctoraal onderzoeker van het FWO-Vlaanderen verbonden aan het ICRI.

<sup>2</sup> Een uitstekende inleiding en historiek is terug te vinden in P. VALCKE en C. UYTENDAELE, “De kwalificatie van interactieve informatiediensten als omroep: loopt het Belgische Arbitragehof voor op Europa?”, *Mediaforum* 2003/3, 112-116.

<sup>3</sup> Ook met de gewesten heeft de federale overheid in deze sector een bevoegdheidsconflict, meer bepaald inzake graafrechten. Daarover: Arbitragehof, nr. 172/2006, 22 november 2006.

<sup>4</sup> De richtlijnen over de elektronische communicatie: zie [europa.eu.int/information\\_society/policy/comm/](http://europa.eu.int/information_society/policy/comm/).

<sup>5</sup> Voor een chronologie van de wisselwerking tussen het Arbitragehof en de Raad van State, zie D. STEVENS, “De bevoegdheidsverdeling in de elektronische communicatie: van uit de hand gelopen schietincident tot nucleaire ramp?”, noot bij Arbitragehof nr. 132/2004 en nr. 155/2004, *Auteurs en Media* 2005/2, 159-166.

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. [alineea] Als dienstenverdelers wordt eveneens beschouwd, iedere rechtspersoon die een dienstenaanbod levert door contractuele verhoudingen met andere verdelers aan te knopen”.

6. Uit het arrest valt niet op te maken welk precies criterium het Hof toepast voor het beoordelen van het al dan niet gemeenschappelijk karakter van een elektronische communicatiedienst, maar in elk geval is duidelijk dat de omvang van de samenwerking tussen de betrokken overheden toeneemt naarmate dat begrip ruimer wordt opgevat. Een beperkte omschrijving lijkt in elk geval niet voor de hand te liggen zonder voorbij te gaan aan de technologische en economische realiteit dat niet alleen netwerken, maar ook diensten steeds verder in elkaar vloeien.

7. Ondanks het feit dat het Hof in dit arrest de redenering

in verband met verplichte samenwerking zonder al te veel motivering uitbreidt tot elektronische communicatiediensten, lijkt de conclusie dus te moeten zijn dat het Hof van mening is dat het voor het kwalificeren van elektronische (inhouds)diensten wel nog mogelijk is een onderscheid te maken tussen telecommunicatie- en omroepdiensten (in zijn arrest nr. 155/2004 van september 2004 vernietigt het Hof immers niet de wet van 12 mei 2003 betreffende de juridische bescherming van diensten van de informatiemaatschappij gebaseerd op of bestaande uit voorwaardelijke toegang onder voorbehoud van interpretatie van de begrippen radio-omroep en telecommunicatie overeenkomstig de door het Hof gehanteerde definities), terwijl dit niet het geval is voor de reglementering van elektronische communicatienetwerken en -diensten (resp. het uitbaten van een netwerk en het daarover transporteren van elektronische signalen). Kennelijk is het Hof van oordeel dat aan de hand van de functionele definities van de beide begrippen de geleverde (inhouds)diensten wel nog kunnen worden gekwalificeerd als omroep of telecommunicatie, terwijl dit voor de onderliggende elektronische communicatienetwerken en/of -diensten niet het geval zou zijn.

## GRONDWETTELIJKHEID NIET-VOORZIENE SAMENWERKINGSPLICHT

8. Bij de rechtspraak van het Arbitragehof waarbij overheden worden verplicht tot samenwerking op grond van het beginsel van federale loyaliteit of het evenredigheidsbeginsel kunnen gefundeerde vragen worden gesteld. De bijzondere wet tot hervorming van de instellingen voorziet dergelijke samenwerking immers niet. Bovendien is toetsing door het Arbitragehof aan het evenredigheidsbeginsel inzake bevoegdheidsverdeling niet zo vanzelfsprekend als de arresten laten uitschijnen...

9. Het beginsel van federale loyaliteit is neergeschreven in artikel 143 § 1 van de Grondwet, dat bepaalt: “Met het oog op het vermijden van de belangenconflicten nemen de federale Staat, de gemeenschappen, de gewesten en de Gemeenschappelijke Gemeenschapscommissie, in de uitoefening van hun bevoegdheden, de federale loyaliteit in acht.”. Deze bepaling werd door de Grondwetgever echter uitdrukkelijk uitgesloten als bevoegdheidsverdelende regel<sup>6</sup> (waaraan het Arbitragehof zou kunnen toetsen).

10. In zijn arrest van 30 juni 2004 (nr. 119/2004) toetste het Arbitragehof echter voor het eerst toch een bestreden norm rechtstreeks aan dit artikel en het beginsel van de federale loyaliteit. In de rechtsleer laat men er weinig twijfels over bestaan dat het Hof “hiermee lijnrecht ingaat tegen de

geest én de letter van de Grondwet”<sup>7</sup>. Het praktische belang van het erkennen van een bevoegdheidsverdelend aspect aan het principe van federale loyaliteit is echter gering, vermits het Hof over grotendeels dezelfde mogelijkheid beschikt in het geval van toetsing aan het evenredigheidsbeginsel.

11. Ook de toetsing door het Arbitragehof aan het evenredigheidsbeginsel is echter beperkt, vermits het Hof tot nog toe enkel de negatieve, bevoegdheidsbeperkende werking van het principe had toegepast. In de rechtsleer wordt bovendien vermeld dat op basis van dit beginsel enkel “een zeer marginale toetsing van de bevoegdheidsuitoefening” toelaatbaar is<sup>8</sup>.

12. Met het arrest van 14 juli 2004 (nr. 132/2004) lijkt het Hof zich echter verder te begeven op het pad van het opleggen van positieve verplichtingen op grond van (vermeende) schendingen van het evenredigheidsbeginsel. Dat arrest is immers het eerste in een reeks waarbij het gebrek aan overleg bij het uitoefenen van zijn eigen bevoegdheid met betrekking tot elektronische communicatienetwerken als een vernietigingsgrond wordt gehanteerd. Ook hierop wordt in de rechtsleer kritiek gegeven. Deze kritiek is o.i. terecht, niet in het minst omdat het Hof zichzelf toetsingsgronden toeigent die door de bijzondere wetgever expliciet werden uit-

<sup>6</sup> Parl. St. Senaat (B.Z.) 1991-92, nr. 100-27/7°, 3.

<sup>7</sup> W. PAS, “Federale loyaliteit, de bevoegdheid inzake toerisme en unicommunautaire reisbureaus. Enkele bedenkingen bij het arrest 119/2004 van het Arbitragehof”, *T.B.P.* 2005, afl. 3, 150.

<sup>8</sup> *Ibid.*, 152 en de verwijzingen aldaar.

gesloten, maar vooral omdat het Hof hierdoor eigenlijk afwijkt van één van de fundamentele uitgangspunten van onze federale staatsstructuur, met name de exclusiviteit van de bevoegdheden: in de elektronische communicatiesector kunnen overheden kennelijk niet eens hun eigen bevoegdheden zelfstandig uitoefenen. Of anders verwoord: het evenredigheidsbeginsel, dat impliceert dat geen enkele overheid de haar toegewezen bevoegdheden mag uitoefenen op een

wijze die ertoe leidt dat een andere overheid de haar toegevoegde bevoegdheden niet meer kan uitoefenen of buitengewoon gehinderd wordt in de uitoefening van haar bevoegdheden, leidt in de elektronische communicatiesector tot een situatie waarbij het voor een bevoegde overheid zelfs onmogelijk wordt om haar eigen bevoegdheden (zonder overleg met anderen) uit te oefenen.

### SAMENWERKINGSVORMEN

**13.** In zijn rechtspraak legt het Arbitragehof aan de federale overheid en de gemeenschappen samenwerking op, zowel bij het bepalen van de materiële regels voor de elektronische communicatienetwerken en -diensten (zie o.m. arrest 128/2005) als bij het bepalen van de bevoegdheden van de regulatoren (zie o.m. arrest 132/2004). In zijn arrest nr. 163/2006 verwijst het Hof expliciet naar deze beide arresten.

**14.** Over de vereiste vorm van de samenwerking is het Hof vanzelfsprekend minder expliciet<sup>9</sup>, maar in overweging B.3.1. van arrest nr. 163/2006 spreekt het Hof zowel over artikel 92*bis* van de BWHI waarvan het stelt dat dit artikel de betrokken overheden de mogelijkheid biedt om een samenwerkingsakkoord af te sluiten, als over “*andere instrumenten om hun samenwerking vorm te geven*”.

**15.** Intussen werd door de regering van de twistende

overheden op 17 november jl. een samenwerkingsakkoord afgesloten *betreffende het wederzijds consulteren bij het opstellen van regelgeving inzake elektronische communicatienetwerken, het uitwisselen van informatie en de uitoefening van de bevoegdheden met betrekking tot elektronische communicatienetwerken door de regulerende instanties bevoegd voor telecommunicatie of radio-omroep en televisie*. Tot nog toe (22 januari 2007) werd dit samenwerkingsakkoord enkel door het federale parlement bekrachtigd (door art. 158 van de wet van 27 december 2006 houdende diverse bepalingen (II), B.S. 28 december 2006), maar iedereen verwacht dat ook de andere wetgevende vergaderingen het wel dra zullen bekrachtigen. De vraag is echter of de door het Arbitragehof opgelegde kaars en bril zullen baten. De vordering tot schorsing van het Vlaamse besluit over het FM-frequentieplan – die de Franse gemeenschap op 22 december 2006 instelde bij de Raad van State – is in dat licht hopelijk geen veeg teken aan de wand...

<sup>9</sup> Ongetwijfeld heeft het Hof beseft dat dit een brug te ver zou zijn. De bijzondere wet op de hervorming van de instellingen legt immers geen samenwerkingsverplichting op, zodat het voor het Hof moeilijk was om louter op basis van het evenredigheidsbeginsel meer op te leggen dan een zekere afstemming van de bevoegdheden van de betrokken overheden.