

Noot

“Verplichte samenwerking in de elektronische communicatiesector: wat baten kaars en bril...”David Stevens en Peggy Valcke¹**DE BEVOEGDHEIDSVVERDELING IN DE ELEKTRONISCHE COMMUNICATIESECTOR**

1. De problemen rond de bevoegdheidsverdeling in de elektronische communicatiesector zijn intussen ruim gekend en beschreven²: in de strijd tussen de federale overheid en de gemeenschappen³, 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 communicatiesignalen⁴.

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 richtlijnen⁵.

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*

¹ 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/). 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.

² 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.

³ 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.

⁴ De richtlijnen over de elektronische communicatie: zie europa.eu.int/information_society/policy/comm/.

⁵ 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 regel⁶ (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”⁷. 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 is⁸.

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-

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

⁷ 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.

⁸ *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 expliciet⁹, 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...

⁹ 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.