

Communicatierecht (2004-2006)

Nieuw federaal en Vlaams kader voor telecommunicatie en omroep

Peggy VALCKE*

docent K.U.Brussel, plaatsvervangend docent KULeuven en postdoctoraal
onderzoeker FWO-Vlaanderen (ICRI-IBBT)

David STEVENS

wetenschappelijk medewerker K.U.Leuven (ICRI-IBBT)

* Prof. dr. Peggy VALCKE is docent media- en communicatierecht aan de K.U.Leuven en K.U.Brussel en als postdoctoraal onderzoeker van het FWO-Vlaanderen verbonden aan het ICRI (K.U.Leuven) – IBBT; David STEVENS is wetenschappelijk medewerker en onderzoekskoördinator aan hetzelfde centrum. ICRI (Interdisciplinair Centrum voor Recht en ICT; www.icri.be) is één van de oprichtende onderzoeksgroepen binnen het IBBT (Interdisciplinair Instituut voor BreedBandTechnologie, www.ibbt.be). Peggy Valcke werkt tevens als expert mediabeleid op het kabinet van Vlaams minister van Bestuurszaken, Buitenlands Beleid, Media en Toerisme, Geert Bourgeois.

Eén ding hebben technologie en recht gemeen in de telecommunicatie- en mediasectoren: hun beperkte houdbaarheidsdatum! Hoewel we nog maar twee jaar geleden een overzicht gaven van de recente ontwikkelingen in het telecommunicatierecht, zijn er alweer belangrijke evoluties te melden. Ons land slaagde er het afgelopen jaar dan toch in (at last en na twee veroordelingen door het Hof van Justitie) om de elektronische communicatierichtlijnen van 7 maart 2002¹ grotendeels om te zetten. Europa bereidt inmiddels al volop de volgende generatie richtlijnen (streefdatum 2007-2008) voor: op 25 november jl. gaf de Europese Commissie (DG Informatiemaatschappij en Media) het startschot voor de herziening van het bestaande regelgevend kader voor de elektronische communicatie ('review 2006'). Ook de modernisering van de richtlijn "Televisie zonder grenzen"² kwam in een stroomversnelling terecht, met als resultaat het op 13 december jl. aangenomen voorstel van de Europese Commissie voor een "Richtlijn betreffende audiovisuele mediadiensten"³. Doelstelling is een geharmoniseerd en beter aangepast kader voor allerlei nieuwe audiovisuele diensten en technieken (waaronder nieuwe reclamevormen, zoals product placement).

Deze bijdrage geeft een overzicht van de recente evoluties in het federale en Vlaamse regelgevende kader voor de elektronische communicatie- en omroepsectoren. De decreten van de overige gemeenschappen⁴, de problematiek van de bevoegdheidsverdeling en van de huidige blokkering op wetgevend en regulerend niveau komen als dusdanig niet aan bod. Ook het ontwerp van samenwerkingsakkoord dat tussen de betrokken overheden momenteel wordt besproken en waarin afspraken zullen worden gemaakt over het overleg inzake wetgevende initiatieven en over het gezamenlijk uitoefenen van de bevoegdheden van de verschillende regulatoren, zoals het Belgisch Instituut voor Postdiensten en Telecommunicatie (BIPT), de Vlaamse Regulator voor de Media (VRM), le Conseil supérieur de l'Audiovisuel (CSA) en de Medienrat van de Duitstalige gemeenschap komt niet aan de orde⁵.

¹ PB. L. 24 april 2002, afl. 108 en PB. L. 31 juli 2002, afl. 201, 37. Zie voor meer details onze bijdrage in het verslagboek van de VRG-Alumnidag 2004 of de bijdrage van VALCKE, STEVENS & DUMORTIER in R.W., vermeld in de literatuurlijst.

² Richtlijn 89/552/EEG, PB. L. 17 oktober 1989, gewijzigd door Richtlijn 97/36/EG, PB. L. 30 juli 1997, afl. 202, 60.

³ COM(2005) 646 final; http://europa.eu.int/comm/avpolicy/regul/regul_en.htm.

⁴ Voor de Franse gemeenschap: het décret du 27 février 2003 sur la radiodiffusion (B.S. 17 april 2003), voor de Duitstalige gemeenschap, het Dekret über den Rundfunk und die Kinovorstellungen (B.S. 6 september 2005) en voor het tweetalige gebied Brussel-Hoofdstad: het door de Ministerraad van 30 september 2005 goedgekeurde voorontwerp van wet houdende wijziging van de wet van 30 maart 1995 betreffende de netten voor distributie voor omroepuitzendingen en de uitoefening van de televisieomroep-activiteiten in het tweetalig gebied Brussel-Hoofdstad).

⁵ Tekst beschikbaar op: <http://www.law.kuleuven.be/icri/cl/ecomlaw.php>.

I. Federaal kader voor de elektronische communicatie

§1. Overzicht

De federale wet betreffende de elektronische communicatie (WEC) van 13 juni 2005 werd op 20 juni 2005 in het Belgisch Staatsblad gepubliceerd⁶. Kort nadien werd ook de wet van 6 juli 2005 betreffende sommige juridische bepalingen inzake elektronische communicatie gepubliceerd (*B.S.* 11 augustus 2005). In het kader hieronder vindt u een overzicht van het federale kader voor de elektronische-communicatiesector.

1. de nieuwe **wet betreffende de elektronische communicatie (WEC)**, die in de plaats is gekomen van nagenoeg de gehele Titel III van de Wet van 21 maart 1991 betreffende de hervorming van sommige economische overheidsbedrijven en van de wet van 30 juli 1979 betreffende de radioberichtgeving; de bepalingen over de **doorgangsrechten** van operatoren op openbaar en privaat domein blijven evenwel behouden in de artikelen 97 tot en met 104 van de **wet van 21 maart 1991** betreffende de hervorming van sommige economische overheidsbedrijven;
2. de **wet met betrekking tot het statuut van de regulator van de Belgische post- en telecommunicatiesector (BIPT-wet)**;
3. de **wet betreffende de rechtsmiddelen en de geschillenbehandeling naar aanleiding van de wet van 17 januari 2003 met betrekking tot het statuut van de regulator van de Belgische post- en telecommunicatiesector (wet rechtsmiddelen en geschillenbehandeling)**;
4. de nieuwe wet betreffende sommige juridische bepalingen inzake elektronische communicatie, in verband met het beroep tegen de beslissingen van de **Ethische Commissie** voor de telecommunicatie.

Totnogtoe werden slechts twee (weinig belangrijke) uitvoeringsbesluiten van de WEC in het Staatsblad gepubliceerd: het M.B. van 1 september 2005 inzake radio-amateurs (*B.S.* 27 september 2005) en het M.B. van 12 december 2005 inzake kosteloze blokkering van oproepnummers (*B.S.* 16 december 2005). Voor het overige geldt bijgevolg de regel dat de bestaande besluiten van kracht blijven voor zover zij voldoende rechtsgrond kunnen vinden in de nieuwe wettelijke regeling.

⁶ En werd intussen reeds tweemaal gewijzigd, naar 'goede' gewoonte via program-mawet: zie de artikelen 76 en 79 van de wet van 20 juli 2005 houdende diverse bepalingen (*B.S.* 29 juli 2005) en de artikelen 23, 24 en 25 van de wet van 27 december 2005 houdende diverse bepalingen (*B.S.* 30 december 2005).

§2. *Wet elektronische communicatie (WEC)*

A. Krachtlijnen en toepassingsgebied

Zoals de Europese richtlijnen die hij omzet, heeft ook de nieuwe WEC tot doel om een aantal technologische, economische en maatschappelijke evoluties van de afgelopen jaren in rekening te brengen. De volgende krachtlijnen staan daarbij centraal:

- het vereenvoudigen van de toegang tot de markt;
- het in rekening brengen van de toegenomen mededinging);
- een betere bescherming van de gebruikers en van hun persoonlijke levenssfeer.

Wat zijn toepassingsgebied en structuur betreffen, sluit de nieuwe wet nauw aan bij de Europese richtlijnen die hij omzet. Omwille van de tot "telecommunicatie" beperkte bevoegdheid van de federale wetgever, worden de Europese definities echter niet onverkort overgenomen, maar met uitsluiting van "radio-omroep en televisie". In nagenoeg elke titel van de wet komen vervolgens bepalingen aan bod die in grote lijnen overeenstemmen met de inhoud van één de Europese richtlijnen.

Samen met Titel V ("*Procedurele bepalingen en strafbepalingen*", *infra*) bevat Titel I ("*definities en algemene principes*") de voornaamste algemene bepalingen, die hoofdzakelijk uit de Kaderrichtlijn zijn overgenomen. Daarin wordt onder meer het principe vooropgesteld dat *alle activiteiten in verband met elektronische communicatie vrij zijn, onverminderd de bepalingen van deze wet* (art. 3). Van dat principe kan door de Koning enkel worden afgeweken in zeer specifieke gevallen (bijvoorbeeld wanneer de openbare veiligheid, de volksgezondheid, de openbare orde of de verdediging van het Rijk dit vereisen, artikel 4). In de artikelen 5 tot en met 8 worden daarna de belangrijkste beleidsdoelstellingen van de regulator (het BIPT) opgesomd. Het betreft onder meer het bevorderen van de concurrentie, het bijdragen tot de ontwikkeling van de interne markt en het waken over de belangen van de eindgebruikers.

Titel II van de wet ("*Het tot stand brengen van elektronische communicatie*") bevat de bepalingen waaraan een onderneming dient te voldoen alvorens haar commerciële activiteiten aan te vatten: de algemene machtigingen, de voorwaarden voor het gebruik van nummers en frequenties en de administratieve bijdragen en heffingen voor gebruiksrechten zijn de voornaamste elementen hiervan. De in deze titel opgenomen elementen stemmen grotendeels overeen met de inhoud van de Machtigingsrichtlijn.

In Titel III van de wet zijn de bepalingen terug te vinden die operatoren in hun gedragingen ten opzichte van elkaar dienen na te leven *met het oog op het waarborgen van de eerlijke mededinging*. Zodoende beantwoordt dit onderdeel in grote lijnen aan de bepalingen van de Toegangsrichtlijn, aangevuld met een aantal bepalingen uit de Kaderrichtlijn en de Universeledienstrichtlijn.

De bescherming van de belangen van de maatschappij en van de gebruikers is het opschrift van Titel IV, die de omzetting vormt van de belangrijkste bepalingen van de Universeledienstrichtlijn, alsook van de e-Privacyrichtlijn.

Daarnaast bevat de wet (hoofdzakelijk in het hoofdstuk over het betreden van de markt) nog een aantal overgenomen zaken uit de vroegere wetgeving, bijvoorbeeld inzake de reglementering van apparatuur en radio-apparatuur, telefoongidsen, inlichtingendiensten en telefoonshops, het gebruik en aanbieden van versleutelingsdiensten en van mogelijke andere activiteiten inzake elektronische communicatie. Ten slotte valt op te merken dat de bepalingen inzake het gebruik van het openbaar en privaat domein behouden blijven in de artikelen 97 tot en met 104 van de wet van 21 maart 1991 betreffende de hervorming van sommige economische overheidsbedrijven.

B. Begrippenkader

1. Elektronische-communicatienetwerk

Voor de toepassing van de wet is het begrip "elektronische-communicatienetwerk" cruciaal. Het wordt in punt 3° van artikel 2 van de wet gedefinieerd als *de actieve of passieve transmissiesystemen en, in voorkomend geval, de schakel- of routeringsapparatuur en andere middelen die het mogelijk maken signalen over te brengen via draad, radiogolven, optische of andere elektromagnetische middelen, voorzover zij worden gebruikt voor de transmissie van andere signalen dan radio-omroep- en televisiesignalen*. Het elektronische-communicatienetwerk is het geheel van infrastructuurelementen (bijvoorbeeld kabels, transmitters, ...) dat kan worden gebruikt om elektronische-communicatiesignalen (bijvoorbeeld spraak, data, enz.) te transporteren. De verschillende elementen waaruit een netwerk is opgebouwd vormen elk afzonderlijk geen netwerk. Dit houdt onder meer in dat niet elke onderneming die bepaalde netwerkelementen beheert met het oog op het voornamelijk aanbieden van diensten aan derden, *ipso facto* als een aanbieder van een elektronische-communicatienetwerk zal worden beschouwd. Het verstrekken van elektronische communicatiediensten (aan derden) impliceert immers noodzakelijkerwijze de beschikking over en het beheer van een aantal netwerkelementen. De Belgische definitie bevat twee expliciete afwijkingen ten opzichte van de Europese richtlijnen. Vooreerst is de verwijzing naar "actieve of passieve" transmissiesystemen een specifieke Belgische toevoeging. Over de interpretatie hiervan bestaan twee opvattingen: de eerste stelt dat het begrip 'actief' verwijst naar de infrastructuurelementen die instaan voor het transport van signalen (bijvoorbeeld *transmitters* of *routers*), terwijl 'passief' zou verwijzen naar infrastructuur die niet betrokken is bij het eigenlijke transport van signalen maar deze omwille van zijn eigenschappen enkel doorgeeft (bijvoorbeeld kabels die elektrische stromen doorgeven). Een andere mogelijke interpretatie is dat de wetgever de bedoeling had om eveneens infrastructuur onder het toepassingsgebied van deze wet te laten vallen wanneer zij momenteel niet in gebruik is (vb. *dark fiber*, of zelfs lege wachtbuizen), om ondernemingen die dergelijke systemen willen aanleggen of uitbaten te kunnen laten genieten van onder meer kosteloze doorgangsrechten op het openbare domein. Verder is de beperking dat het moet gaan over "andere dan radio-omroep en televisiesignalen" een noodzakelijke verduidelijking in het licht van de specifieke Belgische bevoegdheidsverdeling.

2. Elektronische-communicatiedienst

Een "elektronische-communicatiedienst" wordt in punt 5° van artikel 2 gedefinieerd als *een gewoonlijk tegen vergoeding aangeboden dienst die geheel of hoofdzakelijk bestaat in het overbrengen, waaronder schakel- en routeringsverrichtingen, van signalen via elektronische-communicatienetwerken, met uitzondering van (a) de diensten waarbij met behulp van elektronische-communicatienetwerken en -diensten overgebrachte inhoud wordt geleverd of inhoudelijk wordt gecontroleerd, met uitzondering van (b) de diensten van de informatiemaatschappij zoals omschreven in artikel 2 van de wet van 11 maart 2003 betreffende bepaalde juridische aspecten van de diensten van de informatiemaatschappij, die niet geheel of hoofdzakelijk bestaan uit het overbrengen van signalen via elektronische-communicatienetwerken en met uitzondering van (c) radio-omroep en televisie.*

Het onderscheid tussen de begrippen "netwerk" en "dienst" heeft ook reeds onder het oude kader heel wat problemen opgeleverd. Door een aantal evoluties (bijvoorbeeld: het steeds verder uitsplitsen van de verschillende rollen in de waardeketen voor de elektronische communicatie) is het vaak niet eenvoudig aan te duiden welke onderneming als "netwerkoperator" en welke als "dienstenleverancier" dient te worden aangemerkt. In beginsel kan het leveren van een elektronische-communicatiedienst worden onderscheiden van het leveren van een elektronische-communicatienetwerk aan de hand van een analyse van de activiteit die de aanbieder hoofdzakelijk tot doel heeft: een aanbieder van "infrastructuurgebonden elementen" is een leverancier van een elektronische-communicatienetwerk, terwijl een onderneming die zelf niet hoofdzakelijk het beheren van infrastructuur tot doel heeft (bijvoorbeeld omdat zij gebruik maakt van het netwerk van een andere onderneming), maar wel "transmissiediensten" levert als aanbieder van een elektronische-communicatiedienst moet worden beschouwd. Uiteraard kunnen beide kwalificaties eveneens worden verenigd in hoofde van éénzelfde onderneming. Samenvattend: het elektronische-communicatienetwerk is de noodzakelijke infrastructuur om het transport van signalen mogelijk te maken, terwijl de transmissie zelf van signalen een elektronische-communicatiedienst is.

Op dit punt is de bestaande praktijk van het BIPT bijzonder relevant, aangezien het Instituut ervan uitgaat dat voor elk netwerk en/of elke dienst maximaal één aangifte dient te worden gedaan. Wanneer de netwerkoperator al een aangifte heeft gedaan voor zijn infrastructuur, moet een dienstenleverancier die gebruik maakt van datzelfde netwerk daarvoor geen nieuwe aangifte indienen en kan hij zich beperken tot het aangeven van de door hem aangeboden dienst.

De contouren van het concept "elektronische-communicatiedienst" worden gevormd door een aantal aspecten waarvoor de definitie stelt dat zij geen deel uitmaken van dat begrip. Het betreft met name: 1° inhoudelijke aspecten: inhoud die weliswaar aan de gebruiker wordt geleverd via een elektronische-communicatienetwerk of -dienst, maar waarbij de inhoudelijke aspecten doorwegen (bijvoorbeeld het beschikbaar stellen van televisiekanalen of programma's aan de gebruikers); 2° inhoudelijke diensten op individuele aan-

vraag: de diensten van de informatiemaatschappij⁷ voorzover zij niet hoofdzakelijk de overbrenging van signalen tot doel hebben (bijvoorbeeld: het on-line leveren van beursinformatie); 3° de radio- en televisiediensten, die tot de bevoegdheid van de gemeenschappen behoren.

3. Operator

Het begrip "operator" wordt in punt 11° omschreven als "een persoon die een kennisgeving heeft ingediend overeenkomstig artikel 9" van dezelfde wet. Artikel 9 vermeldt vervolgens dat "het aanbieden of doorverkopen in eigen naam en voor eigen rekening van elektronische-communicatiediensten of –netwerken kan [...] pas worden aangevat na een kennisgeving aan het Instituut [...]". De Belgische wet beschouwt bijgevolg - tegen de door de Europese richtlijnen gevolgde aanpak in - ook leveranciers van een elektronische-communicatiedienst als een operator.

Hierbij dient bovendien de volgende kanttekening te worden gemaakt. Deze bepaling werd in de loop van de parlementaire werkzaamheden⁸ gewijzigd om eveneens "doorverkopers" van elektronische-communicatiediensten (bijvoorbeeld Delhaize als doorverkoper van belminuten van BASE) onder het begrip "operator" te laten vatten. De bedoeling van dit amendement was om de klanten van deze ondernemingen dezelfde bescherming (bijvoorbeeld in verband met de kwaliteit van de dienst, de facturatie enz.) te bieden als de (rechtstreekse) klanten van leveranciers van netwerken of diensten.

Samenvattend kan men dus stellen dat de nieuwe wet onder het begrip "operator" nagenoeg elke economische activiteit inzake het aanbieden van elektronische communicatie lijkt te willen vatten. Minstens de volgende drie categorieën van aanbieders worden door de wet als "operator" beschouwd:

- de aanbieder van een elektronische-communicatienetwerk
- de aanbieder van een elektronische-communicatiedienst
- de doorverkopers van elektronische-communicatienetwerken of -diensten

Het hoeft weinig betoog dat het door deze aanpak erg moeilijk is geworden te bepalen welke verplichtingen precies van toepassing zijn op welke categorieën van aanbieders.

4. Gebruikers

Ook op het vlak van de bescherming van de gebruikers hanteert de nieuwe wet een aantal overlappende begrippen. Het meest restrictieve daarvan is dat van

⁷ In ons land gereguleerd door: Wet 11 maart 2003 betreffende bepaalde juridische aspecten van de diensten van de informatiemaatschappij als bedoeld in artikel 77 van de Grondwet en Wet 11 maart 2003 betreffende bepaalde juridische aspecten van de diensten van de informatiemaatschappij (ook 'Wet Elektronische Handel' of 'e-commercewet' genoemd), beide *B.S.* 17 maart 2003.

⁸ Wetsontwerp betreffende de elektronische communicatie, *Parl. St.* Kamer 2004-2005, nr. 1425/015, 6 (amendement nr. 191).

"consument" (art. 2, 14°), aangezien het om een natuurlijke persoon gaat die diensten afneemt buiten de professionele sfeer. Het begrip "gebruiker" wordt door artikel 2, 12° omschreven als een natuurlijke of rechtspersoon die gebruik maakt van of verzoekt om een openbare elektronische-communicatiedienst. Aangezien zowel rechtspersonen als natuurlijke personen onder dit begrip worden gevat, is het duidelijk dat het om een erg ruime omschrijving gaat en dat ook aanbieders van openbare en niet-openbare elektronische-communicatienetwerken en –diensten eveneens onder dit begrip ressorteren. Dit blijkt verder *a contrario* uit de (restrictievere) definitie van het begrip "eindgebruiker" als een gebruiker die geen openbaar elektronische-communicatienetwerk of openbare elektronische-communicatiediensten aanbiedt. Terwijl de begrippen "gebruiker" en "eindgebruiker" eerder betrekking hebben op een feitelijke toestand, lijkt het begrip "abonnee" tenslotte veeleer te verwijzen naar de juridische relatie tussen partijen, aangezien het gaat om de contractuele tegenpartij van de operator (art. 2, 15°).

C. Voorwaarden voor het betreden van de markt

1. Uitgangspunt: voorafgaande kennisgeving voor netwerken en diensten

Het centrale uitgangspunt van de nieuwe wet is de vrijheid om – mits eventuele beperkingen omwille van de openbare orde, de openbare veiligheid en de volksgezondheid – elektronische-communicatienetwerken en -diensten aan te bieden. Een "algemene machtiging" komt in de plaats van het bestaande vergunningsregime uit de wet van 1991: elke kandidaat-operator die een kennisgeving indient, is gerechtigd de aangegeven elektronische-communicatiediensten of –netwerken aan te bieden. Zoals vermeld, vertrekt de wet van het idee dat een zo licht mogelijk systeem moet worden gehanteerd om de ontwikkeling van en de investeringen in nieuwe elektronische-communicatienetwerken en -diensten te stimuleren. De al te verregaande voorwaarden die door de oude wetten werden opgelegd voor het verkrijgen van toegang tot de markt, behoren voortaan dus tot het verleden. Door een aanzienlijke vereenvoudiging van de toepasselijke voorwaarden, stelt de wet zich ook tot doel de kosten voor administratief toezicht door het BIPT te verlagen en zo de concurrentie bijkomend te stimuleren. Bovendien moeten de voorwaarden die toch nog worden opgelegd objectief gerechtvaardigd zijn in relatie tot het betrokken netwerk of de betrokken dienst, alsook niet-discriminerend, proportioneel en transparant zijn. Om controle hierop mogelijk te maken verplicht artikel 31 van de nieuwe wet het BIPT om op zijn website een overzicht te geven van alle relevante informatie over rechten, voorwaarden, procedures, bijdragen en beslissingen over het toetreden tot de markt.

Concreet zal van een kandidaat-operator enkel verwacht worden dat hij een voorafgaandelijke kennisgeving indient, d.i. een eenvoudige verklaring waarmee zij het BIPT op de hoogte brengt van haar voornemen om communicatienetwerken of -diensten op de markt aan te bieden (art. 9). In deze kennisgeving moet de kandidaat-operator slechts een minimaal aantal gegevens meedelen die het BIPT nodig heeft voor het opstellen van een register of lijst van aanbie-

ders, zoals de naam, het adres en het ondernemingsnummer van de aanbieder, de contactpersoon met het BIPT, een bondige en precieze beschrijving van de dienst of het netwerk en de datum waarop de activiteiten vermoedelijk van start zullen gaan.

De onderneming hoeft geen ontvangstbevestiging vanwege het BIPT af te wachten om met haar activiteiten te starten: na het indienen van de kennisgeving heeft zij in principe het recht om netwerken of diensten te leveren, om doorgangsrechten te vragen, te onderhandelen over interconnectie en/of toegang, of aangeduid te worden om elementen van de universele dienst te verstrekken (art. 10).

Voor de aangifte van een elektronische-communicatiedienst of –netwerk moet de kandidaat-operator wel een administratieve bijdrage ter financiering van de werkzaamheden van het BIPT betalen. Dergelijke bijdragen mogen het bedrag van de feitelijke administratieve kosten niet overstijgen (art. 29). De Europese Machtigingsrichtlijn voorziet in haar artikel 12 in een aantal controlemechanismen ter zake die evenwel niet werden overgenomen in de Belgische wet. De precieze bedragen voor deze heffingen worden niet door de nieuwe wet vastgesteld, maar omwille van de lagere administratieve werklast, lijkt het redelijk te verwachten dat zij ten opzichte van de huidige situatie eerder een daling zullen inhouden⁹.

2. Uitzondering: individuele gebruiksrechten voor nummers en frequenties

Het verkrijgen van een door het BIPT toe te kennen individuele vergunning ("individueel gebruiksrecht" genaamd) kan wel nog als voorwaarde worden opgelegd wanneer dit noodzakelijk is voor een efficiënte toewijzing van nummers of radiofrequenties (tenzij het gevaar van schadelijke interferentie te verwaarlozen is; zie de artikelen 11 tot 24). Het aantal toe te kennen gebruiksrechten mag niet *a priori* worden beperkt. De enige uitzondering hierop is de noodzaak om een etherchaos te vermijden: wanneer dit noodzakelijk is voor het efficiënte gebruik van het radiospectrum kan het BIPT het aantal gebruiksrechten beperken overeenkomstig een speciaal daartoe voorziene procedure. De gebruiksrechten voor nummers moeten in principe binnen de drie weken worden verleend; de termijn voor het verkrijgen van radiofrequenties mag maximaal zes weken bedragen (zie resp. artikel 11 §4 en artikel 21 §2).

Voor deze gebruiksrechten wordt een afzonderlijke heffing worden ingesteld, om een optimaal gebruik van deze schaarse goederen te waarborgen. Dergelijke vergoedingen dienen in verhouding te staan tot het beoogde doel en moeten rekening houden met de algemene beleidsdoelstellingen (bijkomende concu-

⁹ Interessant hierbij is op te merken dat de Raad van State dergelijke bijdrage niet als een retributie, maar wel als een belasting beschouwt: advies bij Wetsontwerp met betrekking tot het statuut van de regulator van de Belgische post- en telecommunicatie-sector, *Parl. St.* Kamer 2001-2002, nr. 1937/1, 67-68.

rentie, meer geharmoniseerde interne markt en betere consumentenbescherming) van het nieuwe juridische kader (artikelen 30 en 31).

3. Overige bepalingen in verband met het betreden van de markt

Oorspronkelijk bevatte het derde hoofdstuk van Titel II de bepalingen over het recht van operatoren *van een openbaar elektronische-communicatienetwerk* om bij de aanleg en instandhouding van kabels en lijnen gebruik te maken van privé-eigendom en van het openbaar domein. Die regeling werd nagenoeg ongewijzigd overgenomen uit de wet van 1991, met dien verstande dat zij van toepassing zou zijn geweest voor alle operatoren van elektronische-communicatienetwerken. Tijdens de parlementaire werkzaamheden¹⁰ werden deze bepalingen - uit vrees voor een mogelijke bevoegdheidsoverschrijding - echter geschrapt, zodat op dit punt de bepalingen uit de wet van 1991 (ongewijzigd) van kracht blijven: een operator van een openbaar telecommunicatienetwerk¹¹ kan gratis het openbaar domein gebruiken om kabels, bovengrondse lijnen en bijbehorende uitrustingen aan te leggen, mits goedkeuring van het plan van aanleg. Voor private eigendommen moet hij wel overeenstemming hebben met de eigenaar (artikelen 97 – 104 wet van 21 maart 1991 betreffende de hervorming van sommige economische overheidsbedrijven).

De artikelen 25 tot en met 27 leggen aan de operatoren van openbare elektronische-communicatienetwerken de verplichting op om zoveel mogelijk gedeeld gebruik te realiseren van antennesteunen. De vergoeding die de gebruik makende operator aan de eigenaar moet betalen, dient op de reële kosten te worden gebaseerd. Verder worden alle operatoren verplicht om mee te werken aan de databank van antennesites (art. 27) en bevat artikel 28 de mogelijkheid voor de Koning om het gedeeld gebruik van andere sites te reglementeren.

De bepalingen inzake apparatuur (met name: de artikelen 32 – 38, die de omzetting zijn van richtlijn 1999/5) zijn *mutatis mutandis* overgenomen uit de wet 1991. De overeenstemming van het apparaat met een aantal door de wet vastgestelde basisvereisten wordt door de fabrikant zelf gecontroleerd. Slechts indien apparatuur niet voorzien is van het CE-merkteken van conformiteit, moet zij goedgekeurd worden door de Minister, op voorstel van het B.I.P.T. Enkel goedgekeurde en van het CE-merkteken voorziene apparatuur mag worden aangesloten op een openbaar netwerk, in dienst gesteld en onderhouden. Ook alle apparatuur die op een openbaar elektronische-communicatienetwerk kan worden aangesloten, zonder daartoe te zijn bestemd, moet bij de minister worden aangegeven door de fabrikant of leverancier als België het land is waar de apparatuur voor het eerst binnen de Europese Unie in de handel wordt gebracht. Voor radioapparatuur geldt een stringenter regime. De artikelen 39 – 44 stellen immers het principe voorop dat het verboden is een zend- of ontvangsttoestel voor radiocommunicatie te gebruiken zonder een voorafgaande vergunning van het BIPT.

¹⁰ Wetsontwerp betreffende de elektronische communicatie, *Parl. St.* Kamer 2004-2005, nr. 1425/008, 4-6 (amendementen nr. 107 tot en met 115).

¹¹ Merk op dat artikel 155 van de nieuwe wet wel alle definities uit de wet van 21 maart 1991 heeft opgeheven, zodat de toepassing van deze bepaling nogal precair geworden is.

Een onderneming die telefoongidsen, inlichtingendiensten of telefoonshops aan het publiek wil aanbieden, dient hiervan eveneens een aangifte te doen aan het BIPT (artikelen 45 – 47). Artikel 48 voorziet dat het gebruik van cryptografie (bijvoorbeeld voor toepassingen zoals Internetbankieren, of het versturen van versleutelde elektronische facturen) vrij is, maar dat van het aanbieden van versleutelingsdiensten aan het publiek een aangifte dient te worden gedaan aan het BIPT. Tenslotte bevat artikel 49 de mogelijkheid voor de Koning om reglementering uit te vaardigen voor eventuele andere nieuwe activiteiten inzake elektronische communicatie.

D. Bepalingen inzake de eerlijke mededinging tussen operatoren

1. Uitgangspunt: commerciële onderhandelingen

Een van de belangrijkste doelstellingen van de nieuwe wet is de aanpassing van de bestaande regelgeving aan de snel evoluerende markten voor elektronische-communicatienetwerken en -diensten, waarop zich reeds in meerdere of mindere mate vrije mededinging heeft ontwikkeld. De vroegere wetgeving – die grotendeels bestaat van vóór de volledige liberalisering van januari 1998 – was immers principieel bestemd als eerste stap in de overgang van monopolistische naar concurrentiële markten. De nieuwe wet daarentegen vertrekt van het uitgangspunt dat alle bijzondere en exclusieve rechten zijn opgeheven en dat – mits enkele uitzonderingen¹² – alleen nog verplichtingen mogen worden opgelegd aan bepaalde sterke operatoren *nadat* voor een specifieke markt tekortkomingen aan de werking van de vrije concurrentie zijn vastgesteld (artikelen 50 - 56).

Zoals de wet van 1991, neemt ook de nieuwe wet de commerciële onderhandeling te goeder trouw als uitgangspunt voor de totstandbrenging van toegangs- en/of interconnectieovereenkomsten (artikelen 50 – 53) tussen operatoren. Exploitanten van openbare communicatienetwerken krijgen evenwel nog steeds het recht en de plicht toegekend om met elkaar te onderhandelen over interconnectie *"met het doel elektronische-communicatiediensten aan te bieden die voor het publiek beschikbaar zijn"* (art. 52).

2. Operatoren met sterke marktpositie

Het begrip 'aanmerkelijke marktmacht' (AMM) of 'sterke machtspositie' (SMP)¹³ speelt een sleutelrol bij het opleggen van *ex ante*-verplichtingen. Om een eerlijk verloop van de vrije mededinging mogelijk te maken, wordt het nog steeds noodzakelijk geacht om aan operatoren met een sterke positie op de markt bijzondere verplichtingen op te leggen ('asymmetrische regime'). Een aantal markten in de elektronische communicatiesector is immers nog onvol-

¹² Opgesomd in artikel 56 van de wet.

¹³ In de Europese richtlijnen is de Engelse term '*significant market power*' (SMP) vertaald als 'aanmerkelijke marktmacht'. De nieuwe federale wetgeving hanteert het begrip 'sterke machtspositie' (eveneens af te korten tot SMP). De inhoudelijke betekenis van beide begrippen is identiek.

doende concurrentieel om sectorspecifiek markttoezicht nu al achterwege te laten. Nieuwkomers zijn voor hun dienstverlening vaak nog afhankelijk van bestaande operators (meestal, doch niet altijd meer, de vroegere monopolisten), die dergelijke machtspositie zouden kunnen aanwenden om hun concurrenten uit de markt te stoten. Het SMP-regime beoogt precies mogelijke misbruiken van dergelijke machtsposities te *vermijden*¹⁴ en op die manier een effectieve concurrentie te realiseren op de markten. Het uiteindelijke streefdoel is een situatie van daadwerkelijke mededinging in alle segmenten van de communicatiesector, zodat sectorspecifieke bepalingen zoveel mogelijk kunnen worden opgeheven en het algemene mededingingsrechtelijke toezicht (van de Raad voor de Mededinging) volstaat.

Dit mechanisme is dus ongewijzigd gebleven ten opzichte van de vroegere wetgeving. Wel was op de markten gebleken dat het SMP-begrip onvoldoende dynamisch was om ook in de toekomst een slagvaardige regulering van de door snelle en onvoorzienbare evoluties gekenmerkte communicatiemarkten mogelijk te maken. Bovendien drong zich een aanpassing op om de toenemende mededinging in rekening te kunnen brengen.

Het resultaat is een geherdefinieerd SMP-begrip dat nauwer aansluit bij de term 'machtspositie' (of dominante positie) uit het algemene mededingingsrecht, en dat bovendien een grotere flexibiliteit mogelijk maakt in elk van de drie fasen in de toepassing ervan, zijnde marktdefinitie, marktanalyse en het opleggen van verplichtingen.

3. Marktdefinitie

Zo zal het BIPT in de toekomst op regelmatige tijdstippen de markten moeten definiëren waarin eventueel bijzondere verplichtingen kunnen worden opgelegd (art. 54). De afbakening dient in beginsel te gebeuren volgens mededingingsrechtelijke methodes en op basis van de Aanbeveling Relevante Markten van de Europese Commissie¹⁵. Deze Aanbeveling bevat de lijst van relevante productmarkten "waarvan de kenmerken zodanig zijn dat het opleggen van wettelijke verplichtingen gerechtvaardigd kan zijn"¹⁶, door de Commissie geïnterpreteerd als: markten waarop geen effectieve concurrentie aanwezig is, waar dergelijke concurrentie ook niet verwacht wordt zich spontaan te zullen ontwikkelen en waar het algemene mededingingsrecht tekort schiet om het probleem te verhelpen. Met andere woorden, de eerste stap van 'marktdefinitie' valt eigenlijk uiteen in een fase van 'marktselectie' en een fase van 'marktafbakening'.

¹⁴ Hierin ligt precies het verschil met het algemene mededingingsrecht: waar het mededingingsrecht machtsmisbruiken achteraf (*a posteriori*) gaat bestraffen, ligt de opzet van het SMP-regime in het vooraf (*a priori*) ingrijpen om ervoor te zorgen dat misbruiken zich niet kunnen voordoen.

¹⁵ Aanbev. Eur. Comm. betreffende relevante producten- en dienstenmarkten in de elektronische communicatiesector die overeenkomstig Richtlijn 2002/21/EG van het Europees Parlement en de Raad inzake een gemeenschappelijk regelgevingskader voor elektronische communicatienetwerken en -diensten aan regelgeving ex ante kunnen worden onderworpen, *PB. L.* 8 mei 2003, afl. 114, 45; in deze tekst verkort: Aanbeveling Relevante Markten.

¹⁶ Zie artikel 15 en overweging 27 Kaderrichtlijn.

Voor de markten die opgenomen zijn in de Aanbeveling Relevante Markten bakent het BIPT enkel de geografische dimensie af, rekening houdend met de nationale omstandigheden. Evenwel kan het BIPT ook markten definiëren die buiten de lijst van de Commissie vallen of daarvan afwijken. In dat geval moeten wel een aantal specifieke procedures worden gevolgd, die erop neerkomen dat enerzijds de sector en andere regulatoren moeten worden geconsulteerd en dat anderzijds de Europese Commissie haar fiat moet geven met de afwijkende marktdefinitie¹⁷.

Ten opzichte van het 'oude' systeem, waarbij de markten op statische wijze rechtstreeks werden geïdentificeerd in de wet zelf, betekent deze nieuwe wijze van marktdefiniëring uiteraard een aanzienlijke versoepeling. Het BIPT kan voortaan sneller inspringen op wijzigende marktomstandigheden en overgaan tot een nieuwe marktafbakening wanneer de mededingingsrechtelijke problemen zouden verschuiven. Deze grotere flexibiliteit dient wel te worden genuanceerd in die zin dat de Europese Commissie een sterke vinger in de pap houdt. Om te vermijden dat de toegenomen bewegingsvrijheid van de nationale regulatoren tot een al te grote fragmentering van nationale markten in de Europese Unie zou leiden, vertrekt de marktdefiniëring steeds van de Aanbeveling Relevante Markten en behoudt – zoals gezegd – de Europese Commissie het laatste woord.

4. Marktanalyse

De tweede fase van het SMP-gebeuren, de marktanalyse, houdt essentieel in dat het BIPT nagaat welke operator(en) op een geïdentificeerde markt als SMP-operator kan (kunnen) worden aangeduid (art. 55). De oude wet voorzag als criterium een marktaandeel van 25% of hoger. Onder de nieuwe regeling wordt het BIPT geacht ook hier een grotere flexibiliteit te krijgen, nu het BIPT de positie van een onderneming op een markt zal moeten beoordelen op basis van mededingingsrechtelijke methodes en criteria. Voortaan "[wordt] een operator geacht een sterke machtspositie op een relevante markt te hebben, wanneer hij, alleen of samen met anderen, een aan machtspositie gelijkwaardige positie bezit, dit wil zeggen een economische kracht bezit die hem in staat stelt zich in belangrijke mate onafhankelijk van zijn concurrenten, klanten of consumenten te gedragen" (art. 55 §3 al. 2¹⁸). Bovendien wordt aan het BIPT ook de mogelijkheid gegeven om een *gezamenlijke* machtspositie in hoofde van twee of meer ondernemingen ('*joint dominance*') vast te stellen. Ten slotte kan volgens de nieuwe wet een onderneming met SMP eveneens als machtig wordt beschouwd op *nauw verwante* markten ('*hefboomeffect*' of '*leverage*'). In de communicatiesector wordt doorgaans het voorbeeld gegeven van een onderneming die een sterke positie heeft op de markt voor infrastructuur en deze kan laten doorwerken op de verwante dienstenmarkt (bijvoorbeeld voor spraakdiensten of internettoegang).

¹⁷ Cf. infra.

¹⁸ Vergelijk met artikel 14 al. 2 Kaderrichtlijn.

5. Opleggen van verplichtingen

Ook in de derde fase, het opleggen van specifieke verplichtingen aan de ondernemingen die op een bepaalde markt over SMP beschikken, is een grotere dynamiek ingebouwd. Als algemeen uitgangspunt bepaalt artikel 55 §3 al. 1 dat bijzondere verplichtingen slechts kunnen worden opgelegd wanneer een bepaalde markt niet concurrentieel is (in de praktijk: als er minstens één onderneming met SMP op de betrokken markt kan worden geïdentificeerd). Alle markten moeten regelmatig worden geanalyseerd om te bepalen of er bepaalde verplichtingen *opgelegd*, *gewijzigd* of *geschrapt* dienen te worden. In tegenstelling tot de oude wetgeving (van 1991) worden deze verplichtingen dus niet langer van rechtswege opgelegd. De artikelen 57 tot 65 van de wet bevatten enkel een opsomming van *mogelijke* verplichtingen (zie kader), terwijl de verantwoordelijkheid om deze in concrete gevallen (op basis van een individuele beoordeling) op te leggen voortaan bij het BIPT ligt. Het BIPT moet bepaalde principes naleven bij de selectie van verplichtingen (art. 5): zij moeten op de aard van het vastgestelde probleem gebaseerd zijn, gerechtvaardigd in het licht van de algemene doelstellingen opgesomd in de artikelen 6 t.e.m. 8 (bevordering van concurrentie, bijdragen tot de interne markt en bescherming van de gebruikers) en proportioneel met de nagestreefde doelstellingen. Tevens moeten ze de beginselen van objectiviteit, transparantie, niet-discriminatie en technologische neutraliteit naleven¹⁹. Deze verplichtingen kunnen onder meer betrekking verband houden met: non-discriminatie (art. 58), transparantie (art. 59), gescheiden boekhoudingen (art. 60), toegang tot en gebruik van netwerkfaciliteiten (art. 61), prijscontrole en kostenoriëntering (art. 62), operatorkeuze en -voorkeuze (art. 63), aan eindgebruikers aangeboden diensten (art. 64) en huurlijnen (art. 65).

Terwijl de artikelen 57 tot en met 62 de verhouding tussen aanbieders van elektronische-communicatienetwerken en -diensten regelen (waaronder onder meer de verplichting om concurrenten toegang te geven tot zijn netwerken of diensten), bevatten de artikelen 63 tot en met 65 mogelijke verplichtingen die kunnen worden opgelegd aan SMP-operatoren in hun relatie tot de (eind)gebruikers. Zij kunnen bijvoorbeeld inhouden dat aangewezen ondernemingen geen buitensporige prijzen mogen vragen, de toegang tot de markt niet mogen belemmeren, de mededinging niet mogen beperken door middel van afbraakprijzen (*'price squeeze'*), geen ongegronde voorkeur voor bepaalde eindgebruikers aan de dag mogen leggen en diensten niet op een onredelijke wijze mogen bundelen. Het BIPT krijgt dus aanzienlijke bevoegdheden inzake prijstoezicht toegewezen. Het opleggen van deze verplichtingen om te verhelpen aan de afwezigheid van daadwerkelijke mededinging op een eindgebruikersmarkt is echter onderworpen aan de voorwaarde dat de eerlijke concurrentie niet kan worden bereikt door het opleggen van de 'groothandelsverplichtingen' of de in artikel 63 voorziene maatregelen betreffende operatorkeuze of -voorkeuze (art. 64 §1). Voor het opleggen van de verplichtingen dient het BIPT bovendien volgens twee specifieke procedures een advies in te winnen van de Raad voor de Mededinging. Artikel 55 §4 bevat de standaardprocedure van procedure van overleg tussen het BIPT en de Raad voor de Mededinging.

¹⁹ Cf. artikel 5.3 en 8.4 Toegangsrichtlijn.

Daarbij wordt voorzien dat het BIPT pas een eindbeslissing kan nemen, voorzover en nadat de Raad voor de Mededinging over een termijn van 30 dagen heeft kunnen beschikken om over de ontwerpmaatregel een advies uit te brengen. Artikel 55 §5 daarentegen voorziet in een procedure waarbij de Raad voor de Mededinging een bindend advies uitbrengt over de vraag of de beslissingen van het Instituut in overeenstemming zijn met de door het mededingingsrecht beoogde doelstellingen. Het mag evenwel duidelijk zijn dat de afdwingbaarheid of impact van deze beide procedures op het terrein allicht erg gering zal zijn. Terwijl de Raad voor de Mededinging in de standaardprocedure (§4) wel zijn globale appreciatie kan geven van een voorgenomen maatregel, is het BIPT in dat geval niet verplicht het advies van de Raad te volgen in zijn eindbeslissing. In de procedure van bindend advies (§5) daarentegen geldt die verplichting uiteraard wel voor het BIPT. Daartegenover staat echter het feit dat de Raad in zijn appreciatiebevoegdheid aanzienlijk wordt beperkt aangezien het (bindende) advies enkel betrekking mag hebben op de vraag of een voorgenomen maatregel in overeenstemming kan worden geacht met de door het mededingingsrecht beoogde doelstelling van een concurrentiele markt. Bij het nemen van beslissingen is het BIPT echter wettelijk verplicht ook andere basisdoelstellingen in rekening te brengen (art. 5 WEC), zoals onder meer de bescherming van de gebruikers en het streven naar een geharmoniseerde Europese interne markt. In de praktijk lijkt het dus zo te zullen zijn dat het advies van de Raad voor de Mededinging bindend zou zijn voor het BIPT voorzover de Raad van oordeel is dat de ontwerpmaatregel een concurrentiele markt (zelfs op lange termijn!) onmogelijk zou maken. Totnogtoe organiseerde het BIPT weliswaar al een eerste consultatie met betrekking tot de marktanalyses in de cluster 'toegang' (markten 1, 2, 11 en 12)²⁰, maar de Europese Commissie mocht van België - in tegenstelling tot de meeste overige lidstaten²¹ - nog geen officiële notificaties ontvangen²².

Een Belgische eigenaardigheid in de WEC is de toekenning van de mogelijkheid aan de Koning (en niet aan het BIPT²³) om "indien uitzonderlijke omstandigheden het rechtvaardigen" en na advies van het BIPT nog andere verplichtingen op te leggen dan degene vermeld in de wet. De Europese Commissie beschikt daarbij evenwel over een veto-recht. Ten slotte bevatten de artikelen 66 en 67 een aantal specifieke bepalingen voor operatoren met bijzondere voorrechten (zoals een wettelijk monopolie of een vrijstelling van bepaalde belastingen) in andere sectoren. Dergelijke operatoren worden verplicht de activi-

²⁰ <http://www.bipt.be/Telecoms/SMP/MarktanalyseToegang20051025.pdf>.

²¹ ICRI biedt een overzichtelijke tabel aan op zijn website <http://www.icri.be>, onder 'Communications Law' (rechtstreekse link: <http://www.law.kuleuven.ac.be/icri/documents/175tableremedies.doc>).

²² Ons land ontving hiervoor op 13 oktober 2005 wel een formele aanmaning van de Europese Commissie, maar nadien geen met redenen omkleed advies, in tegenstelling tot een aantal andere lidstaten (op 14 december 2005). Zie ter zake de persberichten van de Commissie: http://europa.eu.int/information_society/policy/ecomm/implementation_enforcement/index_en.htm

²³ Hoewel artikel 8.3, al. 2 Toegangsrichtlijn nochtans wel de bedoeling had dergelijke mogelijkheid te creëren voor de regulator.

teiten in de elektronische-communicatiesector structureel te scheiden van hun andere activiteiten.

E. Universele dienst en aanvullende diensten

Om eventuele tekortkomingen ten gevolge van de vrije marktwerking op te vangen, hebben de Europese richtlijnen voor de telecommunicatiesector destijds het concept van universeledienstverlening ingevoerd: het inbouwen van de garantie dat een minimum pakket van telecommunicatiediensten universeel en tegen betaalbare prijzen ter beschikking zal worden gesteld door minstens één operator. Dit concept blijft tot op vandaag behouden. Een belangrijk nieuw uitgangspunt van de nieuwe richtlijnen (en van de Belgische wet) is dat voor de levering ervan voortaan geen operatoren *a priori* mogen worden uitgesloten. De "markt" voor de universele dienst wordt als het ware opengesteld en operatoren hebben het recht om aangewezen (en vergoed!) te worden om onderdelen van de universele dienst te verzorgen. Voor de meeste elementen van de universele dienst zal het wellicht om een eerder hypothetische mogelijkheid gaan, vermits de verplichting wordt opgelegd om het hele nationale grondgebied te bedienen (art. 69).

De inhoud van de universele dienst wordt vastgesteld door artikel 68²⁴. Het pakket dat aan de begunstigden moet worden verleend bestaat uit de volgende elementen:

- toegang tot het vaste PSTN-telefoonnetwerk (art. 70 – 73);
- sociale tarieven voor bepaalde groepen van begunstigden (art. 74);
- de terbeschikkingstelling van een minimaal aantal openbare betaaltelefoons (art. 75 – 78);
- toegang tot de universele inlichtingendienst (art. 79 – 85)
- toegang tot de universele telefoongids (art. 86 – 91).

Voor elk van deze elementen bevat de wet bepalingen over de aanwijzing van de ondernemingen die belast zijn met de verlening ervan. Er wordt voorzien in een openbare aanbestedingsprocedure waarbij elke operator zich kandidaat kan stellen om de dienst te verlenen. Enkel wanneer geen enkele kandidaat zich aanmeldt, kan de overheid een operator verplichten een bepaalde dienst aan alle gebruikers te leveren ("*play or pay*", zie de artikelen 71, 76, 80 en 87). De leverancier ontvangt een vergoeding: ofwel op basis van de tijdens de aanbestedingsprocedure overeengekomen prijs, ofwel op grond van de door het BIPT gecontroleerde netto-kosten²⁵ (zie artikelen 73, 78, 85 en 91, met verwijzing naar de artikelen 100 - 102). Deze vergoedingen worden gefinancierd door bijdragen van de operatoren van de openbare telefoniedienst in het universeledienstfonds (artikelen 92 – 104).

²⁴ Cf. artikel 3-15 Universeledienstrichtlijn.

²⁵ Merk op dat de door de artikel 13 van de Universeledienstrichtlijn voorziene vereiste dat de kost voor de betrokken operator een "onredelijke last" moet uitmaken in de Belgische wet niet is overgenomen.

Voor het sociale element van de universele dienst (sociale tarieven) geldt echter een afzonderlijke regeling. Artikel 74 bepaalt immers dat elke operator van vaste of mobiele openbare telefonie aan de begunstigde categorieën van gebruikers bijzondere tariefvoorwaarden moet aanbieden. Daartoe wordt een afzonderlijk fonds opgericht, waarin de operatoren dienen bij te dragen wanneer hun aandeel van sociale abonnees lager is dan het gemiddelde in de sector²⁶.

Ook bij deze regeling kunnen een aantal gefundeerde vraagtekens worden geplaatst vanuit Europees perspectief. Tegenstanders vermelden immers dat hiermee de verplichting inzake sociale tarieven wordt uitgebreid tot mobiele telefonie terwijl noch de beschikbaarheid, noch de betaalbaarheid van mobiele telefonie deel zouden uitmaken van het "universeledienst"-pakket zoals gedefinieerd in hoofdstuk II van de Universeledienstrichtlijn. Voorstanders daarentegen wijzen op artikel 9,2. van de Universeledienstrichtlijn, dat in de mogelijkheid voorziet om ervoor te zorgen dat de toegang tot of het gebruik van de *openbare telefoniedienst* (gedefinieerd in artikel 2,c. van dezelfde richtlijn als vaste en mobiele telefonie) niet wordt verhinderd voor consumenten met een laag inkomen of met bijzondere sociale behoeften. Zij wijzen vervolgens op de artikelen 10 (i.v.m. de controle van de uitgaven), 11 (i.v.m. de kwaliteit van de dienstverlening), 12 (i.v.m. de kostenberekening) en 13 (i.v.m. de financiering van de universeledienst) die allemaal expliciete verwijzingen bevatten naar artikel 9,2. om zo tot de conclusie te komen dat sociale tarieven voor mobiele telefonie wel in overeenstemming zouden zijn met deze bepalingen.

In de wet worden in een afzonderlijk hoofdstuk, buiten de universele dienst om, enkele aanvullende diensten aan de gebruikers gegarandeerd. Vermits deze diensten geen onderdeel vormen van de universele dienst, mag de kostprijs ervan niet aan de operatoren (bijvoorbeeld door middel van het fonds voor de universele dienst) worden opgelegd, maar moet de overheid zelf instaan voor de financiering ervan. Momenteel is Belgacom als enige aanbieder verplicht om deze diensten aan te bieden.

F. Bescherming van de eindgebruikers

De nieuwe wet bevat voor het overige een aantal algemene bepalingen met betrekking tot de belangen en de rechten van de gebruikers (Titel IV, Hoofdstuk III – De bescherming van de eindgebruikers). Zo worden operatoren verplicht om met hun gebruikers een contract af te sluiten waarin een minimum aantal punten zijn opgenomen en om bepaalde informatie (onder meer inzake tarieven en kwaliteit) op transparante wijze bekend te maken (artikelen 108 tot 111). Verder dient het BIPT te waken over de kwaliteit en veiligheid van de aangeboden diensten en netwerken (artikelen 113 tot 115), alsook over het aanbieden door operatoren van betalingsfaciliteiten (art. 120) of extra faciliteiten (art. 121), zoals *calling line identification* (CLI) of *dual tone multi frequency* (DTMF).

²⁶ De conformiteit van deze maatregel met de Universeledienstrichtlijn kan eveneens betwist worden.

Opmerkelijk is verder dat de Belgische wet voor de communicatiesector een beperkte uitzondering mogelijk maakt op het principiële verbod op gezamenlijke verkoop vervat in artikel 54 W.H.P.C.²⁷ Wegens het bijzondere karakter van de sector en de technologische evolutie (hoofdzakelijk de convergentie), wil de wetgever de drempels opheffen die de gebruikers verhinderen een geïntegreerd aanbod van diensten te ontvangen. Zo voorziet artikel 112 in de mogelijkheid om aan consumenten (*i.e.* gebruikers buiten de uitoefening van hun professionele activiteiten) telefoon-, internet-, TV-diensten en/of "intermediaire interactieve producten" (decoders) onder een aantal strikte cumulatieve voorwaarden gezamenlijk te verkopen:

- elk product en elke dienst dient afzonderlijk verkrijgbaar te zijn;
- de consument dient te worden ingelicht over de afzonderlijke prijs en het prijsvoordeel;
- het gezamenlijk aanbod dient de consument een prijsvoordeel op te leveren;
- de geldigheidsduur en eventuele andere modaliteiten dienen te worden vermeld;
- de maximumduur van het gezamenlijk aanbod is één jaar.

Bij het opstellen van dit artikel lijkt de wetgever hoofdzakelijk het aanbieden van geconvergeerde diensten (de zogenaamde 'triple play': telefonie – internet – televisie) in het achterhoofd te hebben gehad. Toch lijkt het allerminst uitgesloten dat ook een gezamenlijke aanbod van bijvoorbeeld vaste en mobiele telefoondiensten (al dan niet gecombineerd met het aanbieden van apparatuur) door dit artikel wordt mogelijk gemaakt. Het precieze toepassingsgebied van deze bepaling is echter moeilijk te bepalen omwille van een gebrek aan overeenstemming tussen de terminologie van dit artikel en de Wet Handelspraktijken.

G. Bescherming van de persoonlijke levenssfeer

1. Uitgangspunt

De nieuwe wet brengt ook een aanpassing van de bepalingen over de bescherming van de persoonlijke levenssfeer in de elektronische communicatiesector met zich mee²⁸. Zo wordt het toepassingsgebied van de privacybescherming uitgebreid in het licht van nieuwe en te voorziene ontwikkelingen op het gebied van elektronische-communicatiediensten en -technologieën. Zoals in de Europese richtlijn, worden de typische omroepactiviteiten – gelet op de niet-bevoegdheid van de federale overheid en het publieke karakter van de verspreide informatie – uitgesloten. Bovendien is het toepassingsgebied van de

²⁷ Of correcter: artikel 112 bepaalt welke diensten en producten geacht worden een geheel te vormen in de zin van artikel 55, 1° W.H.P.C., waarvoor het verbod op koppelverkoop niet geldt (Wet van 14 juli 1991 betreffende de handelspraktijken en de voorlichting en bescherming van de consument, W.H.P.C.).

²⁸ Uiteraard blijven de algemene bepalingen van de Wet van 8 december 1992 tot bescherming van de persoonlijke levenssfeer van toepassing als *lex generalis* ten opzichte van deze bepalingen.

meeste bepalingen beperkt tot openbare elektronische communicatienetwerken.

Een belangrijke nieuwigheid bestaat erin dat de geboden bescherming zich niet langer tot natuurlijke personen beperkt. Door hoofdzakelijk gebruik te maken van het begrip "abonnee" – in artikel 2, 15° gedefinieerd als "een natuurlijke of rechtspersoon die houder is van een nummer dat toegekend is door een operator voor de levering van elektronische-communicatiediensten en die gebruikmaakt van een elektronische-communicatiedienst ingevolge een met een operator gesloten contract" (cf. supra) – worden een aantal maatregelen uitgebreid naar rechtspersonen.

Artikel 124 vormt het uitgangspunt van de bescherming: indien men daartoe geen toestemming heeft gekregen van alle andere betrokken personen, mag niemand met opzet kennis nemen van gegevens inzake elektronische communicatie, met opzet personen identificeren, met opzet kennisnemen van het bestaan van informatie die via elektronische weg is verstuurd, of met of zonder opzet de gegevens wijzigen, schrappen, kenbaar maken, opslaan of er gebruik van maken. Een aantal uitzonderingen hierop is voorzien in artikel 125. Kennisname is onder meer wel toegelaten wanneer dit nodig is voor de goede werking en integriteit van het netwerk, of voor het verhinderen van ongewenste elektronische communicatie indien de eindgebruiker daarmee heeft ingestemd.

2. Verkeersgegevens

De verwerking van verkeersgegevens met betrekking tot abonnees of eindgebruikers wordt bijkomend gereguleerd door artikel 122. Deze gegevens mogen enkel worden verwerkt door een beperkt aantal bevoegde personen (art. 122, §5) en zij dienen te worden verwijderd of geanonimiseerd zodra zij niet meer nodig zijn voor de transmissie van de communicatie (art. 122, §1). Er wordt geen vaste termijn bepaald, maar op grond van de bepalingen van de algemene wet op de bescherming van de persoonlijke levenssfeer geldt het principe dat de gegevens niet langer mogen worden bewaard dan nodig is in het kader van de doelstelling waarvoor de gegevens werden verzameld.

Op het principe van de anonimisering zijn een aantal uitzonderingen voorzien. Zo moeten operatoren wel blijven samenwerken met de instanties die bevoegd zijn voor de opsporing van strafbare feiten, en met de Ombudsdienst voor de telecommunicatie voor het tegengaan van kwaadwillige oproepen (art. 122, §1, al. 2, 1° en 2°, zie ook artikel 126). Daarnaast mogen een aantal specifieke gegevens door de operatoren worden verwerkt met het oog op de facturering van abonnees of interconnectiebetalingen (art. 122, § 2) en om fraude op te sporen (art. 122, §4). Tenslotte bepaalt artikel 122 §3 de voorwaarden waaronder de operatoren de marketing mogen verzorgen voor eigen communicatiediensten, diensten met verkeersgegevens of met locatiegegevens: de abonnee of eindgebruiker moet vooraf voldoende worden geïnformeerd over de voorgenomen verwerking en ermee hebben ingestemd, en hij moet zijn instemming kosteloos kunnen intrekken.

3. Locatiegegevens

Een vergelijkbaar regime wordt door artikel 123 geïnstalleerd voor de verwerking van locatie-gegevens van abonnees of eindgebruikers. Dergelijke gegevens, die door artikel 2, 7° worden gedefinieerd als *"gegevens dat wordt verwerkt in een elektronische-communicatienetwerk waarmee de geografische positie van de eindapparatuur van een eindgebruiker van een voor het publiek beschikbare elektronische-communicatiedienst wordt weergegeven"* en die kunnen worden gebruikt voor het aanbieden van diensten met toegevoegde waarde (zoals bijvoorbeeld geïndividualiseerde verkeersinformatie en geleidingsdiensten voor bestuurders) mogen alleen worden verwerkt wanneer de abonnee daartoe vooraf toestemming heeft gegeven. Over de precieze omvang van de vereiste toestemming geeft de wet geen verdere concretere indicatie. Bovendien moet hij over een eenvoudige methode beschikken om de verwerking van locatiegegevens kosteloos tijdelijk uit te schakelen.

4. Medewerkingsplicht, identificatie, af luisteren en zakelijke communicatie

Artikel 126 bevat de mogelijkheid voor de Koning om operatoren te verplichten om mee te werken aan de opsporing van misdrijven, aan de beteugeling van kwaadwillige oproepen naar de nooddiensten en aan de onderzoeken van de Ombudsdienst voor de Telecommunicatie. Voor spraaktelefonie bepaalt dit artikel dat de verkeers- en identificatiegegevens moeten worden bewaard gedurende een periode van 12 tot 36 maanden²⁹.

Artikel 127 bevat de regeling over de (1°) identificatie van de oproeplijn en (2°) de identificatie van de oproepers en het opsporen, lokaliseren of af luisteren van privé-communicatie. Dit artikel verbiedt ook in zeer algemene bewoordingen het gebruik van beveiligingstechnieken die de identificatie of het af luisteren zouden kunnen bemoeilijken.

Artikel 128 ten slotte stelt dat de registratie van communicaties of verkeersgegevens is toegelaten voorzover deze nodig is om bewijs te kunnen leveren van een commerciële transactie of van een andere zakelijke communicatie en voorziet in een specifieke uitzondering voor *call-centers*.

5. Bescherming van informatie in netwerken of eindapparatuur

Het *"gebruik van elektronische-communicatienetwerken voor de opslag van informatie of voor het verkrijgen van toegang tot informatie die is opgeslagen in de eindapparatuur van een abonnee of een eindgebruiker"* wordt onder bepaalde voorwaarden toegelaten door artikel 129. De toegang tot informatie in netwerken of in de apparatuur van de gebruiker (bijvoorbeeld cookies, spywa-

²⁹ Op 14 december 2005 keurde het Europees Parlement de fel omstreden richtlijn over deze materie goed: Richtlijn van het Europees Parlement en de Raad betreffende de bewaring van gegevens die zijn verwerkt in verband met het aanbieden van openbare elektronische-communicatiediensten en tot wijziging van Richtlijn 2002/58/EG.

re, software-patches of -updates) is enkel toegelaten wanneer de volgende voorwaarden cumulatief zijn voldaan:

- aan de abonnee of eindgebruiker wordt duidelijke en precieze informatie verschaft over de doeleinden van de verwerking en over zijn rechten in verband met de bescherming van zijn persoonlijke levenssfeer;
- aan de abonnee of eindgebruiker wordt de duidelijk leesbare en ondubbelzinnige mogelijkheid geboden de voorgenomen verwerking te weigeren.

Deze voorwaarden zijn niet van toepassing wanneer de toegang als enig doel heeft de verzending van een communicatie te vergemakkelijken, of een door de abonnee gevraagde dienst van de informatiemaatschappij te leveren.

Momenteel bestaat echter nog onduidelijkheid over de omvang en gevolgen van een eventuele weigering. Zo is vooreerst niet duidelijk of een systematische weigering door de software van de eindgebruiker (bijvoorbeeld door de *browser* in het geval van *cookies*) volstaat, dan wel of voor iedere individuele toegang tot het eindapparaat (*i.e.* elk *cookie* afzonderlijk) de mogelijkheid tot weigering dient te worden voorzien. Over de gevolgen van een weigering kan worden opgemerkt dat de toegang tot informatie over de gebruiker vaak zal worden gebruikt om de *navigatie* door de gebruiker (dus niet de "verzending van de communicatie") te vereenvoudigen, zodat aan de weigerende eindgebruiker moeilijk dezelfde functionaliteit worden geboden.

Wat dit laatste betreft, gaf de Commissie voor de Bescherming van de Persoonlijke Levenssfeer in zijn advies over deze bepalingen (Advies nr. 08/2004 van 14 juni 2004 over het toenmalige artikel 140) te kennen dat de *toegang tot websites niet zou mogen worden onderworpen aan het aanvaarden van één of ander cookie*, vermits dit de specifieke regeling volledig zou uithollen.

6. Overige faciliteiten of diensten

De artikelen 130 tot 133 bevatten een aantal specifieke regels in verband met de bescherming van de persoonlijke levenssfeer van gebruikers bij het gebruik van *calling line identification* (CLI), *call forwarding* en in verband met aanbieden van een telefoongids of inlichtingendienst aan abonnees, terwijl de artikelen 134 tot 136 een eerder algemene consumentenbeschermende rol vervullen. Zo verplicht artikel 136 de operatoren om hun medewerking te verlenen aan de activiteiten van de Ombudsdienst voor de Telecommunicatie, verbiedt artikel 135 het ongevraagd activeren of deactiveren van *operatorkeuze* of –*voorkeuze* en richt artikel 134 de Ethische Commissie voor de telecommunicatie op, met als voornaamste opdracht het uitwerken van een Ethische Code waarin regels zullen worden bepaald over de nummerreeksen waarbij naast de communicatie ook voor de inhoud dient te worden betaald (bijvoorbeeld: 0900-nummers, zoals de bekende 'roze' nummers...). Het beroep tegen de beslissingen van de Ethische Commissie wordt door de afzonderlijke wet betreffende sommige juridische bepalingen inzake elektronische communicatie bij het Hof van Beroep te Brussel ondergebracht.

H. Procedurele bepalingen

Titel V groepeer een aantal algemene bepalingen die noodzakelijk zijn voor de correcte toepassing van de nieuwe wet en regelt onder meer de volgende zaken:

- de uitwisseling van informatie (artikelen 137 - 138) tussen het BIPT en marktspelers
- de consultatie- en samenwerkingsprocedures (artikelen 139 – 144) tussen het BIPT, marktspelers, de Europese Commissie en overige regulatoren in binnen- en buitenland
- de strafbaarstelling van bepaalde gedragingen en een aantal diverse bepalingen (art. 145 – 165)

§3. *Institutionele aspecten van elektronische communicatie*

Het oorspronkelijke wetsontwerp betreffende de elektronische communicatie bevatte ook een aantal bepalingen die omwille van artikel 72 van het Reglement van de Kamer van volksvertegenwoordigers dienden te worden ondergebracht in een afzonderlijk wetsontwerp³⁰. Dat ontwerp leidde uiteindelijk tot de - vier artikels tellende! - wet van 6 juli 2005 *betreffende sommige juridische bepalingen inzake elektronische communicatie*³¹. Naast de vermelding van zijn rechtsgrond (art. 1) en inwerkingtreding (art. 4³²) en naast een wijziging van de wet van 17 januari 2003 *betreffende de rechtsmiddelen en de geschillenbeslechting aan aanleiding van de wet van 17 januari 2003 met betrekking tot het statuut van de regulator van de Belgische post- en telecommunicatiesector* (art. 3, cf. infra) bevat deze wet welgeteld één zelfstandig artikel (art. 2) dat het beroep regelt tegen de beslissingen van de Ethische Commissie voor de telecommunicatie. In deze paragraaf wordt een overzicht gegeven van de voornaamste institutionele aspecten van de elektronische communicatiesector op het federale bevoegdheidsniveau.

A. Regulator: Belgisch Instituut voor Postdiensten en Telecommunicatie

Het Belgisch Instituut voor postdiensten en telecommunicatie (BIPT) werd oorspronkelijk opgericht door artikel 71 van de wet van 21 maart 1991 betreffende de hervorming van sommige economische overheidsbedrijven als een parastatale van het type A (art. 1, eerste lid, A, van de wet van 16 maart 1954 betreffende de controle op sommige instellingen van openbaar nut). Naarmate echter aan het Instituut bijkomende bevoegdheden werden toegewezen, groeide ook de roep om een van de minister van overheidsbedrijven onafhankelijker

³⁰ http://www.dekamer.be/kvvcr/pdf_sections/publications/reglement/reglementN.pdf

³¹ B.S. 11 augustus 2005.

³² Een overigens overbodig artikel, gezien het louter de algemene bepaling in verband met de inwerkingtreding van in het Belgisch Staatsblad gepubliceerde wetgeving herhaalt.

statuut. Daaraan werd in hoofdzaak tegemoetgekomen door de wet van 17 januari 2003 *met betrekking tot het statuut van de regulator van de Belgische post- en telecommunicatiesector*³³. Artikel 13 van deze wet bepaalt dat het Instituut de rechtspersoonlijkheid zoals voorzien in artikel 71 van de Wet Overheidsbedrijven overneemt. De bevoegdheden van het Instituut nemen echter aanzienlijk toe: zo bepaalt artikel 14³⁴ dat het Instituut tot taak heeft: het formuleren van adviezen, het nemen van administratieve beslissingen, het toezicht op de naleving van de wet- en regelgeving, de verzoening tussen operatoren, het opleggen van administratieve sancties en de voorbereiding van de toepassing van inwerkinggetreden Europese richtlijnen. Wat zijn juridisch statuut betreft, schrapt deze wet het BIPT uit de lijst van parastatalen van de categorie A, waardoor het Instituut voortaan gekenmerkt wordt door een statuut *sui generis*.

Het bevoegde orgaan voor het stellen van *alle nuttige daden voor de uitoefening van de bevoegdheden van het Instituut*, is de Raad van het BIPT (art. 16). In geval van hoogdringendheid, met name wanneer er risico op een moeilijk te herstellen, ernstig nadeel, kan de Raad zelfs *onmiddellijk alle passende voorlopige maatregelen nemen* zonder dat zij de duur van twee maanden mogen overschrijden (art. 20).

De algemene bevoegdheden van het BIPT dienen bovendien verder te worden aangevuld met een groot aantal specifieke bevoegdheden zoals onder meer in verband met de problematiek van toetreding tot de markt (artikelen 9 tot en met 49 van de Wet Elektronische Communicatie), in verband met marktregulering en in verband met de bescherming van gebruikers (inclusief bescherming van de persoonlijke levenssfeer) en de universele dienst³⁵. Vermeldenswaard tenslotte is het feit dat het Instituut bij het uitoefenen van zijn bevoegdheden een aantal basisprincipes in acht dient te nemen zoals vastgelegd door artikel 5 van de Wet Elektronische Communicatie. Die doelstellingen houden verband met het bevorderen van de concurrentie (art. 5 WEC), het bijdragen tot de ontwikkeling van de interne markt (art. 7 WEC) en het waken over de belangen van de gebruikers (art. 8 WEC).

B. Beroep: Hof van Beroep te Brussel

Artikel 2 van de *wet rechtsmiddelen en geschillenbehandeling* stipuleert dat – naar analogie met wat geldt voor beslissingen van de Raad voor de Mededinging en haar voorzitter³⁶ – tegen de besluiten van het BIPT beroep *zoals in kortgeding* kan worden ingesteld bij het Hof van beroep te Brussel. Ook voor de minister wordt expliciet in de mogelijkheid voorzien dergelijk beroep in te stellen. Het beroep heeft in principe geen schorsende werking. Enkel in twee specifieke gevallen (met name: wanneer beroep wordt ingesteld tegen de be-

³³ B.S. 24 januari 2003.

³⁴ Over de wetsgeschiedenis hiervan: zie hoger.

³⁵ Zie hoger. Bovendien dient te worden vermeld dat het voorliggende voorontwerp van wet voor de bi-communautaire omroepaangelegen in het tweetalige gebied Brussel-Hoofdstad voorziet dat het BIPT ook zal optreden als de regulator voor die aangelegenheden.

³⁶ Artikel 43 WBEM.

slissing van het BIPT om een administratieve boete op te leggen, of ingeval van herhaaldelijke overtredingen), of wanneer het Hof de schorsing zelf uitspreekt, heeft het beroep schorsende werking. Voor alle overige procedurele aspecten is subsidiair het Gerechtelijk Wetboek van toepassing.

Aan deze regeling werden intussen door twee verschillende wetten wijzigingen aangebracht. Vooreerst voerde artikel 445 van de programmawet van 22 december 2003³⁷ een bijkomend geval in van schorsende werking van het beroep tegen bepaalde beslissingen in verband met de postsector. Daarnaast voerde artikel 3 van de wet van 6 juli 2005 betreffende sommige juridische bepalingen inzake elektronische communicatie een vervaltermijn in van zestig dagen vanaf de kennisgeving van de bestreden beslissing voor het instellen van een beroep.

Voor de beroepen tegen de beslissingen van de Ethische Commissie voor de telecommunicatie bevat artikel 2 van diezelfde wet een gelijkaardige procedure: dat beroep kan worden ingesteld binnen de zestig dagen na de kennisgeving van de beslissing bij het Hof van Beroep te Brussel.

Ook hierbij kunnen gefundeerde vragen worden gesteld aangezien zowel het BIPT als de Ethische Commissie zonder twijfel als administratieve overheden moeten worden beschouwd. Beroepen tegen beslissingen van administratieve overheden moeten in principe aan de Afdeling Administratie van de Raad van State worden voorgelegd, en niet aan de burgerlijke rechtbanken en hoven. In zijn arrest 2004/131 (Verwilt) heeft het Arbitragehof over artikel 2, § 1, eerste lid, van de wet van 17 januari 2003 *betreffende de rechtsmiddelen en de geschillenbehandeling naar aanleiding van de wet van 17 januari 2003 met betrekking tot het statuut van de regulator van de Belgische post- en telecommunicatiesector* geoordeeld dat deze bepaling NIET moet worden geïnterpreteerd in die zin dat de bevoegdheid die is toegekend aan het Hof van Beroep te Brussel zou gelden voor het geheel van de beslissingen van het BIPT, maar enkel voor beslissingen *"voor de geschillen die betrekking hebben op de post- en telecommunicatieoperatoren"*³⁸. Bovendien sluit het Hof zich aan bij stelling van de Ministerraad dat de bevoegdheid van het Hof van Beroep in deze zaken de bevoegdheid van de Raad van State uitsluit. Ter zake verwijst het Hof naar de parlementaire voorbereiding, die stelt dat dit artikel *"bepaalt dat er voor het Hof van Beroep te Brussel beroep kan worden aangetekend tegen de beslissingen van het Instituut. De algemene bevoegdheid van de Raad van State om te beslissen over vorderingen tot nietigverklaring van de administratieve beslissingen, vervalt dus door de wil van de wetgever om die toe te vertrouwen aan het Hof van Beroep te Brussel."*³⁹

Inmiddels moest het Brusselse Hof van Beroep in een aantal zaken tussenkomen. Ondanks "de volle rechtsmacht" waarover het Hof volgens de wet beschikt, beperkte het zich telkens tot een legaliteitscontrole van de beslissing van het BIPT, zonder evenwel zelf een nieuwe beslissing te nemen. Het wijst daarbij op de reglementaire aard van de beslissingen van het BIPT en diens

³⁷ B.S. 31 december 2003.

³⁸ Arbitragehof, 14 juli 2004, nr. 131/2004, overweging B5, beschikbaar op www.arbitrage.be

³⁹ *Parl. St.*, Kamer 2001-2002, nr. 1937/001, 24.

discretionaire bevoegdheid (waarover het Hof zelf niet beschikt). Niet iedereen is met die gang van zaken even gelukkig. Het betekent immers dat de bal opnieuw in het kamp van het BIPT komt te liggen. Art. 4 Kaderrichtlijn draagt de lidstaten nochtans op te voorzien in een efficiënte beroepsprocedure bij een instantie die onafhankelijk is van de regulator en die ook de feiten van de zaak op afdoende wijze in aanmerking kan nemen⁴⁰.

C. Geschillenbeslechting: Raad voor de Mededinging

Om de complexe geschillen inzake interconnectie en toegang te beslechten werd bij de liberalisering in 1998 in artikel 79ter van de Wet Overheidsbedrijven bij het BIPT een bijzondere instantie opgericht, "*de Kamer voor Interconnectie, huurlijnen, bijzondere toegang, ontbundelde toegang tot het aansluitnet en gedeeld gebruik*". Bedoeling van de kamer was geschillen tussen operatoren snel te laten oplossen door een gespecialiseerde afdeling van het BIPT. De Kamer diende het geschil te beslechten binnen de zes maanden na indiening van het verzoek. De Kamer voor Interconnectie, huurlijnen, ontbundelde toegang tot het aansluitnet en gedeeld gebruik heeft deze doelstelling omwille van onder meer juridische problemen echter nooit kunnen waarmaken. Als administratieve overheid kon zij immers geen uitspraak doen over burgerlijke rechten. Artikel 144 van de Grondwet behoudt het beslechten van dergelijke geschillen immers uitsluitend voor aan de rechtbanken van de rechterlijke orde. Deze problematische situatie, waarbij de Kamer zich niet mocht uitspreken over burgerlijke rechten (zoals bijvoorbeeld het eigendomsrecht, of contractuele bepalingen tussen operatoren) werd in de praktijk omzeild door te stellen dat de beslissing van de Kamer niet verwijst naar het subjectieve recht van een operator ten opzichte van een andere, maar eerder diende te worden opgevat als een interpretatie van het objectieve recht, met name van de rechten en plichten die elke operator moet naleven.

Het was dus al geruime tijd duidelijk dat aanzienlijke verbeteringen aan dit regime dienden te worden aangebracht. De wet betreffende de rechtsmiddelen en de geschillenbeslechting⁴¹ opteerde er uiteindelijk voor om alle geschillen tussen operatoren die door het Instituut niet kunnen worden verzoend overeenkomstig artikel 14 §1, 4° van de BIPT-wet aan de Raad voor de Mededinging toe te vertrouwen (art. 4 wet rechtsmiddelen en geschillenbehandeling). Tijdens het onderzoek van die geschillen door de Raad voor de Mededinging vaardigt het BIPT een vertegenwoordiger af, die samen met de verslaggever van de Dienst voor de Mededinging het dossier onderzoekt. De Raad voor de

⁴⁰ Merk op dat de Belgische wetgever aan een gelijkaardige houding van het Brussels Hof van Beroep bij een toetsing van concentratiebeslissingen van de Raad voor de Mededinging een einde wil maken: zie art. 76 Wetsontwerp tot bescherming van de economische mededinging, *Parl. St.* Kamer 2005-2006, nr. 2180/1, 68. Voor meer details, zie de bijdragen van TATON in *T.B.H.* 2005 en van VALCKE in *Auteurs & Media* 2006/1, vermeld in de literatuurlijst.

⁴¹ Wet van 17 januari 2003 betreffende de rechtsmiddelen en de geschillenbehandeling naar aanleiding van de wet van 17 januari 2003 met betrekking tot het statuut van de regulator van de Belgische posten telecommunicatiesector, *B.S.* 24 januari 2003. (BIPT-wet)

Mededinging is gehouden om binnen een termijn van 4 maanden uitspraak te doen over de aanhangige geschillen. De tenuitvoerlegging van de beslissingen behoort tot de bevoegdheid van het BIPT.

Hoewel deze aanpak niet volledig onlogisch lijkt met in het achterhoofd de evolutie van de toepassing van sectorspecifiek naar algemeen mededingingsrecht, dienen ook hierbij toch enkele kritische bemerkingen te worden geplaatst. Vooreerst blijft het probleem van de subjectieve rechten onopgelost, aangezien men zich de vraag kan blijven stellen of de geschillen tussen operatoren niet vaak betrekking zullen hebben op subjectieve burgerlijke rechten. Op dat vlak zal de Raad voor de Mededinging dus allicht met dezelfde problemen kampen als de Kamer voor Interconnectie (die door de BIPT-wet wordt afgeschaft). Verder zal de Raad voor de Mededinging zich bij zijn beoordeling niet mogen beperken tot de loutere toepassing van het mededingingsrecht, maar leggen de Europese richtlijnen de verplichting op om ook bij het beslechten van geschillen voldoende rekening te houden met de basisdoelstellingen van de regelgeving voor de elektronische communicatiesector⁴². Het is nog maar de vraag of de mededingingsautoriteit voldoende is voorbereid op het toepassen van ingewikkelde en vaak zeer technische wetgeving zoals het sectorspecifieke communicatierecht. Belangrijk op te merken is verder dat deze "sectorspecifieke" vorm van geschillenbeslechting uiteraard de toepassing van het gemene mededingingsrecht niet in de weg staat. Tenslotte dient hier o.i. aan te worden toegevoegd dat de twistende partijen hun geschil eveneens kunnen voorleggen aan de gewone hoven en rechtbanken. In de mate dat dit niet het geval zou zijn, dient dit artikel immers als ongrondwettelijk te worden beschouwd⁴³.

D. Samenwerking

Zoals eerder vermeld, heeft recente rechtspraak van het Arbitragehof ertoe geleid dat tussen regeringen en regulatoren van de verschillende bevoegdheidsniveaus een vorm van samenwerking diende te worden gerealiseerd⁴⁴. Om daaraan gevolg te geven, wordt momenteel onderhandeld over een samenwerkingsakkoord *tussen de Federale Staat, de Vlaamse Gemeenschap, de Franstalige Gemeenschap en de Duitstalige Gemeenschap betreffende het wederzijds consulteren bij het opstellen van regelgeving inzake elektronische communicatienetwerken, het uitwisselen van informatie en de uitoefening van de bevoegdheden m.b.t elektronische communicatienetwerken n door de regulerende instanties bevoegd voor telecommunicatie of radio- omroep en televisie*.

De noodzaak van een dergelijke samenwerking volgt overigens niet alleen uit de uitspraak van het Arbitragehof, maar eveneens uit een aantal bepalingen van

⁴² Artikel 20, 3. Kaderrichtlijn: "Bij het beslechten van een geschil laat de nationale regelgevende instantie zich leiden door het nastreven van de doelstellingen van artikel 8."

⁴³ Zoals de Raad van State opmerkte: Wetsontwerp met betrekking tot het statuut van de regulator van de Belgische post- en telecommunicatie-sector, *Parl. St. Kamer* 2001-2002, nr. 1937/001, 66 - 67.

⁴⁴ *Supra*.

het Europese kader voor de elektronische communicatie. Zo bepaalt artikel 3, 4. van de Kaderrichtlijn dat *de door de nationale regelgevende instanties uit te voeren taken op een gemakkelijk toegankelijke wijze bekend moeten worden gemaakt, met name wanneer die taken aan meer dan één lichaam worden toegewezen*. Bovendien verplicht het artikel de lidstaten om *in voorkomend geval in aangelegenheden van gemeenschappelijk belang te zorgen voor overleg en samenwerking tussen de sectorspecifieke regulatoren onderling en tussen die instanties en de nationale instanties belast met de uitvoering van het mededingingsrecht en de nationale instanties belast met de uitvoering van het consumentenrecht*. Deze algemene samenwerkingsplicht wordt verder aangevuld op het vlak van uitwisseling van informatie (artikelen 3,5., 5.2. en 6 Kaderrichtlijn) en op het vlak van het uitoefenen van marktanalyses, waarvoor artikel 16 van de Kaderrichtlijn voorziet dat de sectorspecifieke regulatoren deze *in voorkomende geval* in samenwerking met de mededingingsautoriteiten dienen te worden uitgevoerd.

Over het voorontwerp van samenwerkingsakkoord kon echter nog geen overeenstemming worden bereikt, zodat momenteel elk wet- en regelgevend initiatief in de elektronische communicatiesector als bijzonder precair moet worden beschouwd.

V. Vlaams kader voor radio- en televisieomroep

***§1. Decreet tot omzetting elektronische communicatierichtlijnen van 7 mei 2004*⁴⁵**

Met het decreet van 7 mei 2004 "*houdende wijziging van sommige bepalingen van de decreten betreffende de radio-omroep en de televisie, gecoördineerd op 25 januari 1995, en van sommige andere bepalingen betreffende de radio-omroep en de televisie*" (B.S. 9 augustus 2004) zette de Vlaamse Gemeenschap op haar beurt de Europese richtlijnen voor de elektronische communicatienetwerken en -diensten van 7 maart 2002⁴⁶ om. "Op haar beurt" betekent in parallel met de federale overheid en de andere Gemeenschappen. Immers, de elektronische communicatierichtlijnen bevatten – in het licht van de toenemende convergentie tussen telecommunicatie en omroep – voorschriften die van toepassing zijn op *alle* netwerken waarover elektronische communicatiesignalen worden getransporteerd, dus zowel vaste en mobiele telefoonnetwerken, kabeltelevisienetwerken, satellietomroepnetwerken, zelfs elektriciteitsnetten voor zover die gebruikt worden voor de overdracht van signalen. Bijgevolg valt de omzetting ervan zowel onder de bevoegdheid van de federale overheid (telecommunicatie) als van de Gemeenschappen (radio-omroep en televisie).

Tegelijkertijd bracht het decreet van 7 mei 2004 een aantal andere wijzigingen aan de gecoördineerde omroepdecreten (versie 1995; *infra*), hierna afgekort tot

⁴⁵ Dit onderdeel vormt een verkorte en bijgewerkte versie van: Peggy VALCKE, "Nieuwe regels voor omroeptransmissie in Vlaanderen: het « Telecomdecreet » van 7 mei 2004 in vogelvlucht", *Auteurs & Media* 2004/4, 213-218.

⁴⁶ *Supra*.

DROT, aan, zoals de herdefiniëring van het omroepbegrip en de introductie van een nieuwe categorie van "radiodiensten".

A. Omzetting van de elektronische communicatierichtlijnen

In tegenstelling tot de Franse Gemeenschap, die ter gelegenheid van de omzetting van de communicatierichtlijnen een grondige hervorming doorvoerde van haar omroepwetgeving (resultierend in het *Décret sur la radiodiffusion* van 27 februari 2003; *B.S.* 17 april 2003), opteerde de Vlaamse Gemeenschap voor een fragmentarische aanpassing van de bestaande DROT.

Artikel 18 van het decreet van 7 mei 2004 verving de oude Titel V DROT ("De kabelmaatschappijen vergund door de Vlaamse Gemeenschap" - artikelen 105 t.e.m. 116)⁴⁷ en geeft de nieuwe titel als opschrift mee "De elektronische communicatienetwerken" (die in het nieuwe artikel 2, 24°bis DROT⁴⁸ nader worden gedefinieerd). Hierin vinden we de voornaamste bepalingen ter omzetting van de richtlijnen terug.

1. Regime voor markttoezicht

Het eerste hoofdstuk handelt over het zogenaamde "SMP-regime", een systeem voor sectorspecifiek markttoezicht waarmee de telecomsector al sinds de liberalisering vertrouwd is, maar dat met het Decreet van 7 mei 2004 ook tot omroeptransmissie wordt uitgebreid.

In haar Aanbeveling Relevante Markten, waarin de Europese Commissie de productmarkten selecteert die in aanmerking komen voor *ex ante* regulering, is inderdaad één markt opgenomen die zich in de omroepsfeer situeert, met name de groothandelsmarkt voor "*omroeptransmissiediensten, voor het leveren van omroepinhoud aan eindgebruikers*" (d.i. markt nr. 18).

In Vlaanderen neemt de *Vlaamse Regulator voor de Media* – de taken waar als "nationale regelgevende instantie" (NRI). Tot de voornaamste opdrachten behoren het aflijnen van de relevante markten op basis van de aanbeveling van de Commissie, analyseren of er op die markten operatoren met aanmerkelijke marktmacht aanwezig zijn en het eventueel opleggen van verplichtingen. De relevante bepalingen zijn gelijkaardig aan die uit de federale WEC (*supra*).

2. Schrapping vergunningsvereiste voor kabelnetwerken

Zoals hoger opgemerkt, schoof de Europese Machtigingsrichtlijn als algemeen principe naar voor dat het aanbieden van elektronische communicatienetwerken zo onbelemmerd mogelijk dient te verlopen en niet afhankelijk mag worden gemaakt van een voorafgaande vergunning vanwege de overheid (art. 3).

⁴⁷ In de gecoördineerde versie van 2005 (*infra*) is dit "Titel VI" en "artikel 122-156" geworden.

⁴⁸ Art. 2, 23° DROT 2005.

In overeenstemming hiermee kwam in artikel 105 DROT⁴⁹ het vereiste te vervallen van een individuele vergunning voor de aanleg en exploitatie van kabelnetwerken. Het werd vervangen door een systeem van voorafgaande kennisgeving: wie aan de wettelijke voorwaarden voldoet en de VRM⁵⁰ vooraf met een aangetekende brief op de hoogte brengt, is "gemachtigd" een kabelnetwerk aan te bieden.

Nieuwe kabelmaatschappijen (of andere exploitanten van draadnetwerken waarover omroepsignalen worden getransporteerd, bijvoorbeeld Belgacom) hoeven voortaan alleen nog de VRM op de hoogte te brengen van hun voornemen om een kabelnetwerk uit te baten (zodat de overheid een register kan bijhouden), maar geen expliciet besluit of andere bestuurshandeling meer te verkrijgen alvorens met hun activiteiten te kunnen starten⁵¹.

De wettelijke voorwaarden die de aanbieder van een kabelnetwerk moet naleven mogen niet zo zwaar zijn dat het vrij aanbieden in de praktijk onmogelijk wordt gemaakt; de Machtigingsrichtlijn stippelt een duidelijk kader uit voor de vereisten die aan de algemene machtiging mogen worden verbonden (art. 6 *juncto* bijlage, deel A). Doorgifte- of *must carry*-verplichtingen vormen een voorbeeld van dergelijke wettelijke voorwaarden (deel A, 6° van de bijlage bij de Machtigingsrichtlijn en nieuw artikel 105, § 1, 2° DROT).

3. Aanpassing *must carry*-verplichtingen

In artikel 107, § 1 DROT⁵² werd het bestaande *must carry*-regime aangepast aan de vereisten van artikel 31 Universeledienstrichtlijn. De meest in het oog springende verandering betrof de verdwijning van de generalistische commerciële zenders uit het *must carry*-pakket, meer bepaald "*de erkende particuliere televisieomroepen die zich richten tot de gehele Vlaamse Gemeenschap*" (zij zijn voortaan opgenomen bij de *may carry*-bepalingen in § 2).

Nochtans sluit artikel 31 Universeledienstrichtlijn niet *expressis verbis* de toekenning van een *must carry*-statuut aan commerciële zenders uit. Lidstaten mogen volgens de Europese bepaling nog steeds doorgifteverplichtingen opleggen ten gunste van "nader bepaalde radio- en televisienetten", en dit ongeacht hun organisatie of aard (publiek- dan wel privaatrechtelijk, commercieel dan wel zonder winstoogmerk), op voorwaarde dat deze verplichtingen "*noodzakelijk zijn om duidelijk omschreven doelstellingen van algemeen belang te verwezenlijken*" (in *casu* pluralisme en culturele diversiteit) en zij "*evenredig en transparant zijn*".

De Vlaamse wetgever wijst er in de Memorie van Toelichting evenwel op dat hij van de Europese Commissie het signaal had ontvangen dat de doorgiftever-

⁴⁹ Art. 126 DROT 2005.

⁵⁰ Het Vlaams Commissariaat voor de Media (VCM) is door het Decreet van 16 december 2005 vervangen door de Vlaamse Regulator voor de Media (VRM); *infra*.

⁵¹ Wat niet impliceert dat deze onderneming de bijzondere procedures voor het verkrijgen van graafrechten niet meer zou moeten doorlopen. Evenwel schrijft artikel 11 Kaderrichtlijn voor dat dergelijke procedures transparant en niet-discriminerend moeten zijn.

⁵² Art. 128 DROT 2005.

plichtingen ten voordele van de generalistische zenders (zoals VTM, Kanaal 2, VT4, Vitaya, Liberty TV en JimTV) niet langer te verantwoorden vielen⁵³. Bijgevolg genieten voortaan nog enkel de openbare omroepen van de drie Gemeenschappen en van Nederland, alsook de (niet-commerciële) regionale omroepen van een *must carry*-statuut.

Een nieuwigheid was ook de – wel rechtstreeks uit artikel 31 Universeledienst-richtlijn voortvloeiende – beperking van de groep van kabelnetwerken die aan doorgifteverplichtingen onderworpen zijn: enkel diegene die "*voor een significant aantal eindgebruikers het belangrijkste middel [zijn] om omroepprogramma's te ontvangen*" moeten "*met het oog op het verzekeren van pluralisme en culturele diversiteit*" een aantal kanalen verplicht doorgeven. Dit impliceert dat voorlopig enkel de uitbaters van de traditionele kabeltelevisienetwerken *must carry*-verplichtingen moeten naleven. Nieuwkomers op de omroeptransmissiemarkt, zoals Belgacom die vorig jaar een digitaal televisieaanbod via DSL op de markt lanceerde, blijven voorlopig van deze 'last' gespaard zolang hun netwerk niet door een significant aantal eindgebruikers (30%? 40%? 50%? van de lokale bevolking? van de regionale bevolking?) wordt gebruikt voor de ontvangst van omroepprogramma's.⁵⁴

De mogelijkheid voor het vroegere VCM om *ad hoc* doorgifteverplichtingen op te leggen voor omroepprogramma's waarvan het meent dat die van belang zijn (oud artikel 112, § 3 DROT) is opgeheven. In de praktijk werd deze bepaling nooit toegepast en daarenboven was zij onverenigbaar met het vereiste uit artikel 31 Universeledienstrichtlijn dat doorgifteverplichtingen transparant, d.i. vooraf duidelijk geïdentificeerd, moeten zijn.

4. Digitale ethernetwerken

De Vlaamse omroepwetgeving bevatte voor het Decreet van 7 mei 2004 nog geen regeling voor digitale transmissie via de ether van radio- of televisieprogramma's. Voortaan is deze te vinden in een derde hoofdstuk van de titel over de elektronische communicatienetwerken, dat handelt over "radio- en televisieomroepnetwerken" (d.z. digitale ethernetwerken, zie de definities in artikel 2, 34° en 35° DROT⁵⁵).

In tegenstelling tot wat geldt bij analoge etheromroep is er geen automatische link tussen het verzorgen van programma's (het aanbieden van inhoud) en het exploiteren van het netwerk (het aanbieden van transmissie).

⁵³ *Parl. St.* VI. Parl. 2003-2004, nr. 2156/1, 12-13. Dit had ongetwijfeld meer te maken met het feit dat dergelijk statuut in het verleden vaak ten onrechte werd toegekend aan thema- en doelgroepomroepen (waardoor de groep van generalistische zenders vrij uitgebreid werd), dan met een principiële afwijzing van een *must carry*-statuut voor commerciële omroepen.

⁵⁴ Echt grote weerstand lijken deze nieuwkomers evenwel niet te hebben tegen het onderworpen zijn aan *must carry*-verplichtingen; integendeel, in omgekeerde zin betekent *must carry* immers gegarandeerde(re) toegang tot bepaalde (gegeerde) kanalen waarmee de onderhandelingen soms moeizaam verlopen.

⁵⁵ Art. 2, 32° en 33° DROT 2005.

De vergunning waarvan sprake in artikel 113 DROT⁵⁶ slaat louter op het aanleggen en uitbaten van het ethernetwerk en kan volledig los staan van de erkenning als omroep (zij kan m.a.w. worden toegekend aan een onderneming die niet als omroep is erkend of niet van plan is zelf omroepprogramma's aan te bieden – dit is onmogelijk voor de analoge zend- en transportvergunningen: cf. artikel 95, § 2 DROT⁵⁷). Aangezien men voor de aanleg van digitale ethernetwerken frequenties nodig heeft, is het vereiste van een individuele vergunning in overeenstemming met artikel 5 Machtigingsrichtlijn. Dit artikel voorziet een uitzondering op het principe van de algemene machtiging (cf. *supra*) wanneer er frequenties of nummers moeten worden toegekend (de richtlijn spreekt van "individuele gebruiksrechten"). De bevoegdheid om de vergunning te verlenen komt toe aan de VRM; de nadere modaliteiten (duur, voorwaarden, procedure) dienen nog te worden uitgewerkt door de regering. Het nieuwe frequentieplan en de uitvoeringsbesluiten worden verwacht tegen medio of tweede jaarhelft 2006.

Volgens de letter van de wet vallen ook mobiele telefoonnetwerken onder de definitie van radio- of televisieomroepnetwerk wanneer daarover radio- en/of televisieprogrammasignalen worden doorgegeven (denk aan de bestaande nieuwsdiensten via SMS of MMS). De Vlaamse wetgever heeft evenwel verduidelijkt dat hij niet de bedoeling had om de GSM- en UMTS-netwerken te regelen (zie bijvoorbeeld *Parl. St. VI. Parl. 2003-2004, nr. 2156/4, 4*). De bestaande omroepen die hun programma's via deze netwerken ("*een radio- of televisieomroepnetwerk dat geen gebruik maakt van frequenties en frequentiekanaalen toegekend door de Vlaamse regering*") willen verspreiden, moeten dit wel melden bij de VRM, zodat deze een globaal overzicht kan behouden van het aanbod (art. 113, § 3 DROT⁵⁸; *Parl. St. VI. Parl. 2003-2004, nr. 2156/1, 15*).

5. Toegang tot digitale decoders

Het decreet van 3 maart 2000 inzake het gebruik van normen voor het uitzenden van televisiesignalen (*B.S. 29 maart 2000*), evenals het gelijknamige besluit van 13 oktober 1998 (*B.S. 19 november 1998*) werden door het Decreet van 7 mei 2004 in de DROT zelf geïntegreerd.⁵⁹ Tezelfdertijd werden deze bepalingen aangepast aan de elektronische communicatierichtlijnen. Zo geldt de toegangsverplichting in hoofde van aanbieders van voorwaardelijke toegangssystemen (of eenvoudiger: decoders) – in overeenstemming met artikel 6.1 en bijlage I, deel I, a Toegangsrichtlijn – niet langer uitsluitend voor kabelmaatschappijen en omroepen.

⁵⁶ Art. 134 DROT 2005.

⁵⁷ Art. 118, § 2 DROT 2005.

⁵⁸ Art. 143 DROT 2005. Een gelijkaardige meldingsplicht geldt wanneer de omroepen hun programma's via satelliet willen doorgeven.

⁵⁹ Aanvankelijk Hoofdstuk V van de toenmalige Titel V; in de nieuwe coördinatie van 2005 is dit Titel VII "Het gebruik van normen voor het uitzenden van televisiesignalen" geworden (art. 145-156).

Met het oog op het garanderen van interoperabiliteit op digitale televisieplatforms (zodat de verschillende diensten en netwerkcomponenten met elkaar kunnen communiceren) kan de Vlaamse Regering voortaan verplichtingen opleggen aan leveranciers van digitale interactieve programma's en van eindapparatuur.⁶⁰ Die verplichtingen kunnen zowel betrekking hebben op de "API" (wat staat voor "applicatieprogramma-interface") als op de "EPG" (elektronische programmagids).⁶¹ Zo zou de Regering (onder bepaalde voorwaarden) het verplicht gebruik van een API gebaseerd op open standaarden kunnen opleggen, of kan zij aanbieders van EPG's verplichten om informatie over bepaalde kanalen (bijvoorbeeld van de openbare omroep) op te nemen in hun overzicht dan wel om bepaalde omroepen toegang te verschaffen tot hun EPG-technologie (zodat die omroepen via dezelfde EPG informatie over hun eigen programma's en diensten kunnen aanbieden).

B. Overige wijzigingen

In het decreet tot omzetting van de elektronische communicatierichtlijnen regelde de Vlaamse Gemeenschap ook een aantal andere zaken.

1. Aanpassing omroepdefinitie

De definitie van "omroepen" (art. 2, 1° DROT) werd in overeenstemming gebracht met de (ruime) omschrijving die het Arbitragehof daaraan heeft gegeven in zijn arrest van 6 november 2002 (nr. 156/2002). Daarin onderlijnde het Hof dat de bestemming van de informatie voor het publiek in het algemeen het doorslaggevende criterium uitmaakt voor de kwalificatie van een programma als omroep, en niet de gebruikte techniek. Ook *"programma's die op individueel verzoek worden uitgezonden, ongeacht de techniek die voor de uitzending wordt gebruikt, met inbegrip van de punt-tot-punt techniek"* vallen onder het omroepbegrip, en dus de bevoegdheid van de Gemeenschappen.⁶² *"Diensten die geïndividualiseerde en door een vorm van vertrouwelijkheid gekenmerkte informatie leveren"* maken daarentegen geen omroep uit (want: niet bestemd voor het publiek in het algemeen of een deel ervan).

⁶⁰ Art. 115 duodevices-115undevices DROT (nu art. 154-155 DROT 2005). Deze bepalingen zijn gebaseerd op artikel 18 Kaderrichtlijn en artikel 5.1.b Toegangsrichtlijn.

⁶¹ De definities van API en EPG zijn terug te vinden in artikel 145 DROT 2005 (op dat ogenblik nog artikel 115novies DROT).

⁶² Het Arbitragehof hanteert dus een omschrijving van het omroepbegrip in de Belgische context die ruimer is dan de interpretatie die het Hof van Justitie in de Mediakabel-zaak gaf aan "televisie-omroepen" in artikel 1 (a) Televisierichtlijn (H.v.J. 2 juni 2005, nr. C-89/04, *PB. C.* 23 juli 2005, afl. 182, 16).

2. Televisiediensten

De regeling voor de "*particuliere televisieomroepen die zich met andere soorten van diensten richten tot het publiek of een deel ervan*" of "*televisiediensten*" is voortaan opgenomen in de DROT zelf (het besluit van 24 juli 1996 betreffende de erkenning van de televisiediensten wordt bijgevolg opgeheven). Televisiediensten zijn audiovisuele diensten die geen traditionele, lineaire omroep uitmaken. Het meest gekende voorbeeld is ongetwijfeld video-op-aanvraag, waarbij de eindgebruiker de mogelijkheid heeft om op een zelf gekozen moment films of programma's te bestellen uit een databank.⁶³ De Memorie van Toelichting geeft nog een aantal andere voorbeelden van interactieve diensten die als televisiedienst kunnen worden gekwalificeerd, o.m. televisie met betaling per vertoning ("pay-per-view"), interactieve televerkoopdiensten en programma's voor afstandsvorming. Ook televisiediensten die worden aangeboden via het Internet ressorteren onder dit regime.

Voor dergelijke "televisiediensten" hoeft geen erkenning meer te worden aangevraagd, maar geldt nog enkel een eenvoudige kennisgeving bij de VRM (art. 69bis DROT⁶⁴). Hiermee wou de wetgever de drempel voor de ontwikkeling van nieuwe digitale interactieve televisiediensten zo laag mogelijk houden. De Memorie van Toelichting verwijst daarbij naar de Richtlijn Elektronische Handel⁶⁵, die de mogelijkheden voor het opleggen van voorafgaande erkenningen aan "diensten van de informatiemaatschappij" aanzienlijk beperkt (art. 4 Richtlijn Elektronische Handel)⁶⁶.

3. Radiodiensten

Het Decreet van 7 mei 2004 creëert – naar analogie van de televisiediensten – een nieuwe categorie van "radiodiensten" (artikelen 38quater decies en 38quinquies decies DROT⁶⁷). Hoewel de oorspronkelijke bedoeling gelegen was in het uitwerken van een omvattend kader voor digitale radiozenders, blijft

⁶³ Denk aan de recent gelanceerde diensten "Net Gemist" en "Het Archief" van de VRT die momenteel beschikbaar zijn via het digitale kabelplatform van Telenet ("Telenet Digital TV").

⁶⁴ Art. 90 DROT 2005.

⁶⁵ Richtlijn 2000/31/EG van 8 juni 2000 betreffende bepaalde aspecten van de diensten van de informatiemaatschappij, met de name de elektronische handel, in de interne markt, *PB. L.* 17 juli 2000, afl. 178, 1.

⁶⁶ Merk op dat traditionele omroepdiensten weliswaar niet als "diensten van de informatiemaatschappij" worden beschouwd omdat zij niet op individueel verzoek worden geleverd (zie overweging 18 Richtlijn Elektronische Handel), maar dat de Europese definitie van televisieomroep uit de Televisierichtlijn niet overeenkomt met ons bevoegdheidsonderscheidend concept van "radio-omroep en televisie". Interactieve informatiediensten, zoals film-op-aanvraag, worden in ons land sinds het arrest van 6 november 2002 (*cf. supra*) wel als omroep en dus gemeenschapsbevoegdheid beschouwd, ook al maken ze volgens de Europese definities "diensten van de informatiemaatschappij" uit. Bijgevolg zijn de Gemeenschappen bevoegd om sommige van laatstgenoemde diensten te regelen.

⁶⁷ Art. 54-55 DROT 2005.

de uiteindelijke omschrijving van "radiodiensten" in artikel 28, § 4 DROT⁶⁸ erg beperkt: *"particuliere radio-omroepen die zich met andere soorten van diensten richten tot het algemeen publiek of een deel ervan, of die hun programma's uitsluitend doorgeven via het internet"*.

Met andere woorden, radiostations die (uitsluitend) digitaal via de ether of kabel uitzenden vallen hier *niet* onder. De bedoeling is dat zij later in een afzonderlijk decreet worden geregeld. De reden voor deze koerswijziging moet worden gezocht in een (m.i. onterechte) vrees voor oneigenlijke concurrentie met de bestaande commerciële radiostations. Radiodiensten genieten – naar analogie van de televisiediensten – van een soepel regime, waarbij zij slechts een voorafgaande kennisgeving moeten insturen. Dit zou volgens de huidige particuliere radio-omroepen (en dan vooral de landelijke stations zoals QMusic en 4FM), die wel een individuele erkenning nodig hebben, tot oneigenlijke concurrentie leiden vanwege nieuwe digitale radio's die zich zonder al te veel moeite op de markt kunnen profileren zonder.⁶⁹

Die redenering gaat nochtans niet helemaal op. Op de erkenning door de regering als landelijke, regionale of lokale particuliere radio-omroep (d.z. de drie categorieën analoge etherradio's) volgt automatisch de uitreiking van een zendvergunning door de VRM. Aan elke erkenning is met andere woorden het gebruik van een frequentie gekoppeld. Dit is niet het geval bij digitale etheruitzendingen. De vergunning voor het aanbieden van een digitaal ethernet staat immers los van de erkenning (of aangifte) als radiostation (*supra*). Wanneer de uitbater van het zenderpark en de aanbieder van het radioprogramma afzonderlijke entiteiten zijn, moet het radiostation gaan onderhandelen met de netwerkbeheerder om zijn programma's digitaal via de ether te verspreiden. Aan zijn statuut als digitaal radiostation is geen recht verbonden op het gebruik van een frequentie (zoals wel het geval is voor de analoge radio's, wat m.i. het onderscheid rechtvaardigt).

4. Vernietiging Arbitragehof en "Hersteldecreet"

Nadat het Arbitragehof in zijn arrest van 14 juli 2004 (nr. 132/2004)⁷⁰ de BIPT-wet⁷¹ gedeeltelijk vernietigde, velde het Hof op 13 juli 2005 een gelijkaardig vernietigend oordeel voor het Vlaamse Decreet van 7 mei 2004. Reden: eenzijdige totstandkoming van de betrokken reglementering van "gemeenschappelijke elektronische transmissie-infrastructuur". Het Hof is immers van mening dat *"de bevoegdheden van de federale Staat en de gemeenschappen inzake de elektronische communicatie-infrastructuur, ten gevolge van de technologische evolutie, dermate verweven [zijn] dat ze niet meer dan in onderlinge samenwerking kunnen worden uitgeoefend"*.⁷²

⁶⁸ Art. 31, § 4 DROT 2005.

⁶⁹ *Parl. St.* VI. Parl. 2003-2004, nr. 2156/3, 2.

⁷⁰ Te raadplegen op www.arbitrage.be.

⁷¹ Meer bepaald artikel 14 van de BIPT-wet, waarin de bevoegdheden van het BIPT worden opgesomd.

⁷² Arrest nr. 143/2004 van 14 juli 2004, overweging B.6.2.

Ook deze keer worden de gevolgen van de vernietigde bepalingen gehandhaafd tot de inwerkingtreding van een samenwerkingsakkoord tussen de federale en gemeenschapsoverheden en uiterlijk tot 31 december 2005.0020

Op 2 september 2005 keurde de Vlaamse Regering principieel het "Voorontwerp van decreet houdende wijziging van sommige bepalingen van de decreten betreffende de radio-omroep en de televisie, gecoördineerd op 4 maart 2005" goed, ter vervanging van het vernietigde artikel 18 van het Decreet van 7 mei 2004. De SERV en de Vlaamse Mediaraad brachten advies uit over het voorontwerp, dat nu wacht op goedkeuring van het Overlegcomité.

§2. Nieuwe coördinatie omroepdecreten 2005 (en enkele kleinere wijzigingen)

Bij besluit van de Vlaamse regering van 4 maart 2005 werden de decreten betreffende de radio-omroep en de televisie in een nieuw kleedje gestoken⁷³. De gecoördineerde versie uit 1995 was de voorbije tien jaar ettelijke keren gewijzigd, met de nodige ondoorzichtigheid en risico op verwarring tot gevolg (artikelnummers in de aard van "38quater decies" of "116trices semel" zijn niet echt een staaltje van legistieke esthetiek en helderheid te noemen). De coördinatie van 4 maart 2005 integreert de bepalingen van:

- *de decreten betreffende de radio-omroep en de televisie, gecoördineerd op 25 januari 1995*
- *het decreet van 17 maart 1998 houdende regeling van het recht op vrije nieuwsgaring en de uitzending van korte berichtgeving door de omroepen.*

Intussen werden ook aan deze versie alweer wijzigingen aangebracht, onder meer door:

- *het Decreet van 15 juli 2005 houdende de toevoeging van een derde lid aan artikel 157 en houdende de wijziging van de artikelen 159 en 161 van de decreten betreffende de radio-omroep en de televisie, gecoördineerd op 4 maart 2005 (B.S. 29 augustus 2005)*

Dit decreet houdt een uitbreiding in van het **recht op vrije nieuwsgaring en de korte berichtgeving** naar omroepen uit andere Lid-Staten van de Europese Unie (alsook de omroepen die ressorteren onder de bevoegdheid van de andere Gemeenschappen in ons land). Dit recht houdt onder meer de vrije toegang tot het evenement in, het recht om opnamen te maken en het recht op korte berichtgeving in journaals en actualiteitenprogramma's.

In een met redenen omkleed advies van 19 januari 2005 was de Europese Commissie immers van oordeel dat de bestaande regeling in Vlaanderen, waarbij aan "omroepen van of erkend door de Vlaamse Gemeenschap" een recht op vrije nieuwsgaring werd toegekend, een discriminatie inhield ten opzichte van buitenlandse omroepen; deze regeling was bijgevolg onverenigbaar met de communautaire wetgeving (art. 49 EG-Verdrag).

Voortaan kunnen omroepen gevestigd in een andere Lid-Staat eveneens een recht op vrije informatiegaring laten gelden voor evenementen in Vlaande-

⁷³ B.S. 8 april 2005, err. B.S. 24 november 2005. In laatstgenoemde wordt voor alle duidelijkheid de volledige tekst van de gecoördineerde omroepdecreten hernomen.

ren waarop exclusieve uitzendrechten zijn verleend. Hiervoor is geen reciprociteit vereist, in die zin dat de buitenlandse wetgeving niet noodzakelijk een gelijkaardig recht zou toekennen aan de Vlaamse omroepen voor evenementen in het buitenland, opdat de omroepen van dat land in Vlaanderen van het recht op vrije nieuwsgaring zouden kunnen genieten.

Wel werd het begrip "exclusiviteitshouder" (art. 2, 26° DROT) eveneens uitgebreid naar niet-Vlaamse omroepen. Hieruit volgt dat Vlaamse omroepen het recht op vrije nieuwsgaring ook zullen kunnen uitoefenen ten aanzien van buitenlandse omroepen (of omroepen erkend door de andere Gemeenschappen) die exclusieve uitzendrechten verwerven op Vlaamse evenementen. Niet-Vlaamse omroepen uit de Europese Unie kunnen voortaan dus in Vlaanderen niet alleen van de vrije nieuwsgaring genieten, maar zijn er tevens aan onderworpen wanneer zij de exclusieve uitzendrechten voor Vlaanderen bezitten op een evenement in de Vlaamse Gemeenschap. Met andere woorden, zij krijgen niet alleen de rechten, maar ook de plichten⁷⁴.

- *het Decreet van 15 juli 2005 houdende wijziging van de decreten betreffende de radio-omroep en de televisie, gecoördineerd op 4 maart 2005 (B.S. 9 september 2005)*

Dit Decreet wijzigt een aantal bepalingen met betrekking tot de landelijke, regionale en lokale particuliere **radio's**. Voor hen wordt een grotere soepelheid ingevoerd om wijzigingen aan te brengen aan hun oorspronkelijke programmering en de samenwerkingsverbanden waarvan zij deel uitmaken. Voortaan wordt dit mogelijk zonder administratieve procedures en goedkeuring en zonder daarvoor een goedkeuring te moeten vragen. Zo kunnen zij gemakkelijker inspelen op nieuwe tendensen in de markt en op de resultaten van luisteronderzoek.

§3. Vlaamse Regulator voor de Media

Het Decreet van 16 december 2005 *houdende de oprichting van het publiekrechtelijk vormgegeven extern verzelfstandigd agentschap Vlaamse Regulator voor de Media en houdende wijziging van sommige bepalingen van de decreten betreffende de radio-omroep en de televisie, gecoördineerd op 4 maart 2005 (B.S. 30 december 2005)* richt de lang aangekondigde "Vlaamse Regulator voor de Media" (VRM) op. Deze instantie krijgt het statuut van een "eva" of "extern verzelfstandigd agentschap", de nieuwe benaming voor autonome beleidsuitvoerende instanties in het organisatiemodel van "Beter Bestuurlijk Beleid".

Binnen dit agentschap worden de drie bestaande controleorganen voor de omroepsector geïntegreerd, met name het Vlaams Commissariaat voor de Media (bevoegd voor vergunningen en erkenningen en beschikkend over een algemene controlebevoegdheid), de Geschillenraad (bevoegd voor controle op de na-

⁷⁴ Deze wijziging werd via amendement ingevoegd en kan juridisch worden gerechtvaardigd op basis van de *rule of reason*; zie *Parl. St.* VI. Parl. 2004-2005, nr. 365/2. Merk op dat in het voorstel van de Commissie voor een "richtlijn audiovisuele mediadiensten" (*supra*) een geharmoniseerde regeling inzake korteberichtgeving is opgenomen (art. 3b).

leving van het discriminatieverbod, de redactionele onafhankelijkheid en de journalistieke deontologie) en de Kijk- en Luisterraad (bevoegd inzake bescherming van minderjarigen). Op die manier wil de wetgever een "uniek loket" creëren voor burgers die een klacht willen indienen tegen een Vlaamse radio- of televisieomroep.

Binnen de VRM bestaan er wel twee kamers: een algemene kamer en een kamer voor onpartijdigheid en bescherming van minderjarigen. Eerstgenoemde heeft de meeste ruime opdracht (art. 169, § 2 DROT), laatstgenoemde heeft een specifieke opdracht (art. 169, § 3 DROT) die gelijkloopt met de taken van de vroegere Geschillenraad en Kijk- en Luisterraad. Zoals de naam het al doet vermoeden, doet deze kamer uitspraak over geschillen die gerezen zijn met betrekking tot de regels inzake bescherming van minderjarigen (art. 96, § 1 DROT) en inzake onpartijdigheid en non-discriminatie (art. 96, § 2 en art. 111bis DROT). In tegenstelling tot wat aanvankelijk beoogd werd, doet deze kamer geen uitspraak over journalistieke deontologie (waarvoor alleen de Raad voor de Journalistiek bevoegd is).

De VRM neemt niet alleen het gehele takenpakket over van de drie hogerge-noemde controleorganen, maar zal voortaan ook toezien op de naleving van de omroepdecreten en de beheersovereenkomst door de VRT en instaan voor het "in kaart brengen" van concentraties in de Vlaamse mediasector.

De VRM moet zorgen voor een efficiënter en slagkrachtiger mediatoezicht in Vlaanderen en wordt geconcipeerd als een onafhankelijke "nationale regelgevende instantie" in de zin van de Europese Kaderrichtlijn (Richtlijn 2002/21/EG van 7 maart 2002 inzake een gemeenschappelijk regelgevingskader voor elektronische-communicatienetwerken en -diensten).

Literatuurlijst

- STEVENS, David, VALCKE, Peggy, LIEVENS, Eva & QUECK, Robert, "De nieuwe wet van 13 juni 2005 betreffende de elektronische communicatie: laattijdige leerling in overambitieuze Europese klas?", *Auteurs & Media* 2006/1 (in druk)
- VALCKE, Peggy, "Raad voor de Mededinging krijgt tweede zit in overnamedossier L'Echo", noot onder Brussel 15 september 2005, *Auteurs & Media* 2006/1 (in druk)
- TATON, Xavier, "Les recours objectifs de pleine juridiction et les pouvoirs limités du juge judiciaire", *T.B.H.* 2005, afl. 8, 799-809
- VALCKE, Peggy, QUECK, Robert & LIEVENS, Eva, *EU Communications Law – Significant Market Power in the Mobile Sector*, Cheltenham UK & Northampton USA, Edwar Elgar Publishing, 2005, 187 p.
- STEVENS, David, "De bevoegdheidverdeling in de elektronische communicatie: van uit de hand gelopen schietincident tot nucleaire ramp?", noot onder Arbitragehof nr. 132/2004 en nr. 155/2004, *Auteurs en Media* 2005/2, 159 - 166
- QUECK, Robert & VALCKE, Peggy, "L'arrêt de la cour d'arbitrage du 14 juillet 2004: percée ou impasse?", noot onder Arbitragehof nr. 132/2004, 14 juli 2004, *Revue du Droit des Technologies de l'Information* 2005, n° 21, 51-73

- VALCKE, Peggy, LIEVENS, Eva & STEVENS, David, "Vrijheid van meningsuiting en Internet", in DE CORTE, Rogier (ed.), *Praktijkboek Recht & Internet*, Brugge, Vanden Broele, 2005
- VALCKE, Peggy, "The Future of Must Carry – From Must-Carry to a Concept of Universal Service in the Info-Communications Sector", in European Audiovisual Observatory, *Iris Special: To Have or Not to Have – Must Carry Rules*, Strasbourg, 2005, 31-40
- VALCKE, Peggy, *Digitale Diversiteit – Convergentie van Media-, Telecommunicatie- en Mededingingsrecht*, Brussel, Larcier, 2004, 438-518
- VALCKE, Peggy, "Nieuwe regels voor omroeptransmissie in Vlaanderen: het « Telecomdecreet » van 7 mei 2004 in vogelvucht", *Auteurs & Media* 2004/4, 213-218
- STEVENS, David & VALCKE, Peggy, "Recente ontwikkelingen telecommunicatierecht", in VRG-Alumni, *Recht in beweging*, Antwerpen, Maklu, 2004, 113-139
- VALCKE, Peggy & UYTENDAELE, Caroline, "De kwalificatie van interactieve informatiediensten als omroep: loopt het Belgische Arbitragehof voor op Europa?", (noot onder Arbitragehof nr. 156/2002, 6 november 2002), *Mediaforum* 2003, 112-116.
- STEVENS, David, UYTENDAELE, Caroline & VALCKE, Peggy (i.s.m. QUECK, Robert), "De implementatie van de communicatierichtlijnen in België: kwintet of kakofonie?", *Computerrecht* 2003, 44-61
- VALCKE, Peggy, STEVENS, David & DUMORTIER, Jos, "Van Telecommunicatie naar Elektronische Communicatie – Een eerste verkenning van het nieuwe Europese kader voor de elektronische communicatiesector", *R.W.* 2002-2003, 841-857
- GÉRARD, Philippe, QUECK, Robert, VALCKE, Peggy & STEVENS, David, "Réglementation des réseaux et services de communications électroniques - Perspectives européennes et enjeux pour la Belgique fédérale", *Auteurs & Media* 2002, 257-272
- UYTENDAELE, Caroline, "Nieuw Europees regelgevend kader voor elektronische communicatienetwerken en -diensten. Omzetting door de Gemeenschappen", *Mediarecht. Telecommunicatie en telematica*, Antwerpen, Kluwer, 2002 (losbladig)
- DE STREEL, Alexandre, QUECK, Robert & VERNET, Philippe, "Le nouveau cadre réglementaire européen des réseaux et services de communications électroniques", *Cahiers de droit européen* 2002, afl. 3-4, 243-314

Websites

- www.law.kuleuven.be/icri/cl/ecomlaw.php
- www.bipt.be
- www.vlaanderen.be/media