



**BELGISCH INSTITUUT VOOR POSTDIENSTEN
EN TELECOMMUNICATIE**

**BESLUIT VAN DE RAAD VAN HET BIPT
VAN 24 APRIL 2007
BETREFFENDE HET OPLEGGEN VAN EEN
ADMINISTRATIEVE BOETE AAN DE RADIOZENDER
BFM PLUS SA**

INHOUDSOPGAVE

1. Doel	3
2. Retroacta	3
3. Juridische basis	6
4 De bevoegdheid van het BIPT om radio BFM Plus in gebreke te stellen	7
5. Wettelijkheid van de frequenties van de omroepstations TEN en PRIMA	14
6. Conclusie	15
7. Beroepsmogelijkheden	16

1. DOEL

Dit besluit van het Instituut heeft betrekking op het opleggen van een administratieve boete aan de radiozender BFM Plus SA omdat ten minste sedert 20 december 2005 storingen worden veroorzaakt en hinderlijke apparatuur wordt gebruikt. De administratieve boete wordt overeenkomstig artikel 21, § 2, van de wet van 17 januari 2003 met betrekking tot het statuut van de regulator van de Belgische post- en telecommunicatiesector opgelegd wegens de overtreding door BFM Plus SA van de artikelen 13, 15 en 33 van de wet van 13 juni 2005 betreffende de elektronische communicatie.

2. RETROACTA

2.1. Dit deel van het besluit gaat niet uitvoerig in op alle elementen die samen het dossier vormen. Daarvoor wordt naar het dossier zelf verwezen. Alleen de elementen die nuttig zijn voor een goed begrip van dit besluit worden vernoemd.

2.2. Op 20 en 22 december 2005 hebben de controlediensten van het Instituut vastgesteld dat de uitzendingen van de respectieve radio's TEN en PRIMA gestoord werden door radio BFM Plus SA.

Die vaststellingen zijn gedaan na metingen van de veldsterkte die verricht zijn in de comfortzone van de radio's TEN en PRIMA.

2.3. De heer Lemaire, de persoon die verantwoordelijk is voor BFM Plus SA, is daarvan op de hoogte gebracht op 12 januari 2006¹. Daarbij is de aandacht van de heer Lemaire gevestigd op het feit dat die storing vooral te wijten is aan een uitbreiding van het zendbereik van BFM Plus SA, verbonden aan het gebruik van een te hoog vermogen.

2.4. Diezelfde dag hebben de controlediensten van het Instituut door middel van niveaumetingen vastgesteld dat het zendvermogen van BFM Plus SA 57 dBµV bedroeg. Er is een controlerapport opgesteld in duplo waarbij één exemplaar overhandigd is aan de heer Lemaire. In dat controlerapport stond onder meer:

« - *L'adresse du siège social est changée.*
- *Les puissances de sortie émetteur et apparentes sont supérieures à la puissance indiquée sur le titre de reconnaissance.*
- *La hauteur de l'antenne par rapport au sol est différente.*
- *Utilisation de trois dipôles au lieu de deux autorisés.* »²

¹ Cf. het proces-verbaal van verhoor met nr. 67.PT.60/06.

² voor meer duidelijkheid: in de vergunning van BFM Plus SA wordt bepaald: la station d'émission devrait se trouver Av Télémaque 33 à 1190 Bruxelles ; la puissance de sortie de l'émetteur est maximum 50 W ; 2 dipôles sont prévus.

Er is vastgesteld dat:

het zendstation zich bevindt in de Louisalaan 236 te 1050 Brussel;
het uitgangsvermogen van de zender 150 W bedraagt;
de uitzendingen plaatsvinden op 3 dipoolantennes.

2.5. Op 16 januari 2006 hebben de controlediensten van het Instituut door middel van niveaumetingen vastgesteld dat het zendvermogen van BFM Plus SA nog altijd 56,5 dBuV bedroeg.

2.6. Op 30.1.2006 heeft het Instituut een ingebrekestelling (ref. CTR/2006/ml/012) verstuurd naar radio BFM Plus SA overeenkomstig artikel 21 van de wet van 17 januari 2003 met betrekking tot het statuut van de regulator van de Belgische post- en telecommunicatiesector.

2.7. Op blz. 2 van die ingebrekestelling stond de volgende verklaring van de Raad van het Instituut:

« Des ces éléments, il ressort nettement que la fréquence 107,6 MHz BFM à Bruxelles cause un brouillage préjudiciable à la fréquence 107,6 MHz utilisée par radio PRIMA à Zottegem et par radio TEN à Begijnendijk. En effet, il découle très clairement des mesures qualitatives (...) que les émissions de BFM peuvent être écoutées dans les zones de confort des radios PRIMA et TEN et perturbent de cette manière les émissions normales de ces radios. »

Daarbij is duidelijk gezegd dat het te hoge vermogen van BFM Plus SA de oorzaak was van de storingen bij de radio's TEN et PRIMA:

« La recommandation UIT stipule qu'un rapport de protection de 45dB doit être appliqué pour des radios émettant sur la même fréquence. En prenant la valeur minimale du champ utile de 54dBµV/m cela revient de dire que le champ maximal de BFM en ce point devrait être de 54 - 45 = 9dBµV/m. Il est impossible de recevoir le signal d'une radio avec un champ de 9dBµV/m. De plus, vu que BFM est reçu en certains endroits à la place de PRIMA, son champ est forcément supérieur à celui de cette dernière et ne peut en aucun cas être inférieur de 45dB (...) il peut être conclu que le rapport de protection n'est pas respecté. Le même raisonnement peut être tenu pour radio TEN ».

2.8. De Raad van het BIPT heeft in dezelfde ingebrekestelling het volgende opgelegd aan radio BFM Plus SA:

« Le Conseil de L'Institut met en demeure la radio BFM 107,6 MHz à Bruxelles de mettre fin à ce brouillage préjudiciable au plus tard le 15 février 2006. »

2.9. Op 8 februari heeft het Instituut de Conseil Supérieur de l'Audiovisuel (Hoge Raad voor de audiovisuele media) ingelicht over die ingebrekestelling:

« Le Conseil de l'IBPT a entamé une procédure administrative à l'encontre des responsables de radio BFM, sur base des articles 13, 15 et 33 de la loi du 13 juin 2005 relative aux communications électroniques et de l'article 21 de la loi du 17 janvier 2003 relatif au statut du régulateur des secteurs des postes et des télécommunications. Un PV a également été déposé auprès du Parquet de Bruxelles. »

2.10. Op 16 februari 2006 heeft het Instituut een brief ontvangen van de advocaat van radio BFM Plus SA (kenmerk 5551/05/CD). Hij stelde het Instituut in gebreke voor vermoedelijke onbevoegdheid. Bovendien is verklaard dat de metingen die de controlediensten van het Instituut hadden verricht en die geleid hadden tot de vaststelling van overtredingen door BFM Plus SA, niet correct waren uitgevoerd.

Het Instituut heeft geantwoord met een brief van 10 maart 2006 (kenmerk CTR/2006/ml/) aan de heer Lemaire van BFM en de elementen weerlegd die waren aangevoerd door de advocaat van BFM Plus SA. Daarbij is tevens het volgende verklaard:

« Les mesures effectuées ce 15/2/2006 démontrent que les conditions d'émissions de BFM n'ont pas changé depuis notre mise en demeure. (...)

Dès lors, l'Institut n'a d'autre choix que de poursuivre la procédure administrative prévue par l'article 21 de la loi du 17 janvier 2003 relatif au statut du régulateur des secteurs des postes et des télécommunications.

En application de cette disposition et particulièrement du § 2, le Conseil de l'Institut ou l'un de ses représentants souhaite vous entendre avant de vous infliger éventuellement une amende administrative ».

2.11. Die hoorzitting heeft plaatsgevonden op 23 maart 2006 in de lokalen van het Instituut. Het Instituut heeft een proces-verbaal opgesteld van die hoorzitting en op 30 maart 2006 verzonden aan de advocaat van BFM Plus SA. Die heeft in een brief met kenmerk 5551/05/CD die bij het Instituut is toegekomen op 13 april 2006, verklaard dat hij geen opmerkingen had bij het pv.

2.12. Op 19 oktober 2006 heeft een controlemeting van het Instituut aangetoond dat het zendvermogen van BFM Plus SA 57 dBµV bedraagt. Het vermogen van BFM Plus SA is dus niet verlaagd in vergelijking met de controlemetingen die zijn uitgevoerd in het kader van de behandeling van de storingen op de radio's TEN en PRIMA. BFM Plus SA blijft dus de radio's TEN en PRIMA storen.

2.13. Op 27 november 2006 zendt het Instituut een brief aan de heer Lemaire waarbij hij wordt uitgenodigd voor een hoorzitting die zal worden gehouden op 19 december 2006 in de lokalen van het Instituut. In die brief wordt de aandacht van de heer Lemaire onder andere erop gevestigd dat het Instituut hem een administratieve boete kan opleggen en wordt hij ook op de hoogte gebracht van de concrete bedragen die daarbij mogelijk zijn.

2.14. De hoorzitting heeft daadwerkelijk plaats op 19 december 2006. In het proces-verbaal van verhoor, waarvan op 26 december 2006 een kopie is verzonden aan de advocaat van BFM Plus SA, meester Chapoulaud, wordt onder andere het volgende geschreven:

« Après avoir été entendue une première fois le 23 mars 2006, BFM Plus SA a été mise en demeure par l'IBPT de mettre fin aux brouillages préjudiciables qu'elle occasionne sur la bande 107,6 MHz aux radios PRIMA et TEN.

Selon les mesures effectuées par l'IBPT, cette mise en demeure est à ce jour restée sans effets.

Aussi, BFM Plus a-t-elle été invitée à être entendue à nouveau ce 19 décembre 2006 en vue de l'infliction éventuelle d'une amende administrative correspondant à 3 % de son chiffre d'affaires, à savoir à 16.672,695 €.

Après que la partie entendue ait pu communiquer ses éventuelles remarques sur le présent procès verbal, le Conseil de l'IBPT statuera sur l'opportunité d'infliger à BFM Plus l'amende administrative en projet.

(...)

Me CHAPOULAUD expose le point de vue de l'éditeur de services, BFM Plus, son client. BFM Plus SA indique qu'indépendamment des faits reprochés, il s'interroge sur la compétence de l'IBPT.

Il connaît la position de l'IBPT à ce sujet et a déjà eu l'occasion lors d'étapes précédentes de la procédure de faire connaître la sienne.

Il réitère son argumentation et maintient sa position en se réservant le droit de contester l'éventuelle amende administrative devant les tribunaux compétents. »

2.15. Het Instituut is ervan op de hoogte gebracht dat er nu een nieuw aandeelhouderschap aan het hoofd stond van BFM Plus SA. Het Instituut achtte het voorzichtiger om dit besluit uit te stellen tot er meer duidelijkheid was over het standpunt van die nieuwe aandeelhouders over dit dossier. Op 20 maart 2007 ontving het Instituut een brief³ van de advocaat van BFM Plus SA, waarin werd gepreciseerd:

« Je reviens vers vous dans ce dossier pour vous informer que le changement d'actionnariat intervenu au sein de ma cliente ne bouleverse pas sa lecture du dossier. »

2.16. Bijgevolg heeft het Instituut vastgesteld dat BFM Plus SA geen actie meer wenst te ondernemen om de betreffende storingen op te heffen.

3. JURIDISCHE BASIS

3.1. Artikel 21 van de voornoemde wet van 17 januari 2003 schrijft voor:

« "Art. 21. § 1. Wanneer de Raad een overtreding vaststelt op de wetgeving of reglementering waarvan de naleving door het Instituut wordt gecontroleerd, of op een beslissing genomen ter uitvoering hiervan, richt hij een gemotiveerde ingebrekestelling tot de overtreder en verzoekt hij hem een eind te maken aan de overtreding binnen de termijn vastgesteld door de Raad.

§ 2. Indien de overtreder binnen de vastgestelde termijn geen einde aan de overtreding heeft gemaakt, kan de Raad, na hem gehoord te hebben, hem een administratieve boete opleggen die aan de Schatkist toekomt en die maximaal 5.000 EUR bedraagt voor natuurlijke personen, of van minimaal 0,5 % en maximaal 5 % van de omzet van het jongste volledige referentiejaar in de betrokken markt voor rechtspersonen, zonder dat het totale bedrag van de aan een rechtspersoon opgelegde boete meer dan 12,5 miljoen EUR mag zijn.

De beslissing vermeld in het eerste lid gaat gepaard met een nieuwe termijn waarbinnen de overtreder aan de overtreding een einde moet maken.

§ 3. Wanneer de overtreding zwaar is of herhaaldelijk voorkomt en de maatregelen overeenkomstig §§ 1 en 2 niet leiden tot de stopzetting ervan, kan de Raad, na de overtreder gehoord te hebben, de gehele of gedeeltelijke stopzetting bevelen van de exploitatie van het netwerk of van de levering van de betreffende post- of telecommunicatiediensten of de commercialisering van alle betreffende diensten of producten. »

3.2. Die ingebrekestelling had betrekking op de overtreding van de artikelen 13, 15 en 33 van de wet van 13 juni 2005 betreffende de elektronische communicatie.

³ met kenmerk 5551/05/CD

3.3. Artikel 13 van de voornoemde wet van 13 juni 2005 schrijft voor:

« Art. 13. Het Instituut is belast met :

1° het beheer van het radiofrequentiespectrum;

2° het onderzoek van de aanvragen voor het gebruik van het radiofrequentiespectrum, behoudens de aanvragen bestemd voor radio- en televisieomroep;

3° de coördinatie van de radiofrequenties zowel op nationaal als op internationaal vlak;

4° de controle op het gebruik van de radiofrequenties.

Voor de toewijzing en de coördinatie van radiofrequenties houdt het Instituut rekening met onder meer de betreffende internationale, regionale of bijzondere overeenkomsten alsook met de Europese bepalingen inzake de harmonisatie van radiofrequenties. »

3.4. Artikel 15 van de voornoemde wet van 13 juni 2005 schrijft voor:

« Art. 15. Het Instituut onderzoekt schadelijke storingen op eigen initiatief of na een klacht en legt de passende maatregelen op teneinde deze schadelijke storingen te doen ophouden. Wanneer de schadelijke storingen veroorzaakt worden door apparatuur of installaties, worden de kosten om de schadelijke storingen op te heffen en te voorkomen ten laste gelegd van de verantwoordelijke gebruiker van de betreffende apparatuur of installaties. »

3.5. Artikel 33 van de voornoemde wet van 13 juni 2005 schrijft voor:

« Art. 33. § 1. Het is verboden de volgende apparatuur te houden, te commercialiseren of te gebruiken :

1° (...)

2° radioapparatuur, met inbegrip van soorten radioapparatuur, die schadelijke storingen veroorzaakt.

Indien het Instituut redelijkerwijze kan aannemen dat bepaalde radioapparatuur schadelijke storingen kan veroorzaken met bestaande of geplande diensten, neemt het alle nodige maatregelen teneinde die schadelijke storingen te vermijden, dit met inbegrip van een verbod op of een verwijdering van de markt van de betreffende radioapparatuur. »

3.6. Het koninklijk besluit van 26 januari 2007 betreffende de etherpolitie met betrekking tot frequentiemodulatie in de band 87,5 MHz - 108 MHz⁴ is niet als juridische basis genomen voor dit document.

4 DE BEVOEGDHEID VAN HET BIPT OM RADIO BFM PLUS IN GEBREKE TE STELLEN

4.1. In dit deel zal allereerst worden aangetoond dat de federale overheid grondwettelijk bevoegd is om in te grijpen bij de storingen die door BFM Plus SA worden veroorzaakt. Vervolgens zal worden aangetoond dat het Instituut overeenkomstig de van kracht zijnde federale reglementering kan ingrijpen om storingen te bestraffen zoals diegene die door BFM Plus SA worden veroorzaakt.

⁴ B.S., 16 februari 2007, pp. 7672 – 7678. Dit besluit wordt genomen ter uitvoering van artikel 16 van de wet van 13 juni 2005.

4.2. In verband met de bevoegdheden inzake storingen die worden veroorzaakt in de radio-omroepbanden, zegt het Arbitragehof in de arresten 132/2004 van 14 juli 2004 en 128/2005 van 13 juli 2005 het volgende:

« Op grond van artikel 4, 6°, van de bijzondere wet van 8 augustus 1980 tot hervorming der instellingen zijn de gemeenschappen bevoegd voor radio-omroep en televisie, terwijl de federale wetgever op grond van zijn residuaire bevoegdheid bevoegd is voor de andere vormen van telecommunicatie. In de bevoegdheidsverdeling zijn radio-omroep en televisie aangewezen als een culturele aangelegenheid en hoort die kwalificatie als uitgangspunt van elke interpretatie te worden genomen. De bevoegdheid van de gemeenschappen is niet gebonden aan een wijze van uitzenden of overbrengen. Zij staat de gemeenschappen toe de technische aspecten van de overdracht te regelen die een accessorium zijn van de aangelegenheid van radio-omroep en televisie. Het regelen van de overige aspecten van de infrastructuur, waarin onder meer de algemene politie van de radio-elektrische golven is begrepen, behoort tot de bevoegdheid van de federale wetgever. »

In arrest 128/2005 wordt toegevoegd:

« B.6.3. Uit wat voorafgaat blijkt dat de aan de radio-omroep en de televisie en de telecommunicatie gemeenschappelijke elektronische transmissie-infrastructuur in samenwerking tussen de federale Staat en de gemeenschappen moet worden geregeld, teneinde te bewerkstelligen dat die overheden hun respectieve normen op elkaar afstemmen en om te vermijden dat die infrastructuur aan tegenstrijdige bepalingen wordt onderworpen. »

4.3. Daaruit volgt:

- a) dat een vorm van samenwerking vereist is voor de elektronische transmissie-infrastructuur die gemeenschappelijk is aan radio-omroep en aan televisie enerzijds, en aan telecommunicatie anderzijds. Daarbij moet erop worden gewezen dat de radio-omroepinfrastructuur niet een dergelijke gemeenschappelijke infrastructuur is: de radio-omroepfrequenties, namelijk de frequenties 88 MHz tot 108 MHz, worden immers uitsluitend gebruikt voor toepassingen inzake radio-omroep, en
- b) dat punt B.6.3. geen afbreuk doet aan de federale bevoegdheid van de algemene politie van de radiogolven.

Bijgevolg leggen de arresten van het Arbitragehof geen samenwerkingsakkoord op wat betreft de opdrachten inzake toezicht op de golven en de controle van het spectrum.

De mogelijke redenering als zou het Arbitragehof in zijn arrest 128/2005 van 13 juli 2005 tot de conclusie zijn gekomen dat bijgevolg, de federale wetgever alleen het BIPT niet bevoegd kan verklaren om unilateraal in te grijpen op het stuk van elektronische communicatie, wanneer die bovendien nog uitsluitend bestemd is voor radio- en televisieomroep, moet daarom worden verworpen. Die redenering zou immers impliceren dat een verplichting die wordt opgelegd door het Arbitragehof ten opzichte van "*de aan de radio-omroep en de televisie [...] gemeenschappelijke elektronische transmissie-infrastructuur*" zou worden uitgebreid, namelijk het sluiten van een samenwerkingsakkoord, alsook een soortgelijke verplichting ten opzichte van de mogelijkheden van het BIPT om zijn bevoegdheden als politie van de golven uit te oefenen, hoewel het Arbitragehof reeds herhaaldelijk in verband hiermee heeft verklaard dat het om een exclusieve federale bevoegdheid gaat.

4.4. Wat de opdrachten van de politie van de golven betreft, heeft het Arbitragehof overigens al verscheidene keren erop gewezen dat dit een exclusieve federale bevoegdheid is.

In zijn arrest 7/90 van 25 januari 1990 zegt het Arbitragehof:

« 2.B.3. De voormelde bepalingen hebben de aangelegenheid van de radio-omroep en de televisie in haar geheel naar de Gemeenschappen overgeheveld (...). Niettemin, om de integratie van elk van de radioelektrische golven in het geheel van die welke over het nationale grondgebied worden uitgezonden, mogelijk te maken en om wederzijdse storingen te vermijden, moet de nationale overheid instaan voor de algemene politie van de radioelektrische golven. Deze opdracht omvat de bevoegdheid om de technische normen betreffende het toekennen van de frequenties en betreffende het vermogen van de zendtoestellen uit te vaardigen, die gemeenschappelijk moeten blijven voor het geheel van de radioberichtgeving, ongeacht hun bestemming, en om de inachtneming van die normen te verzekeren. »

In arrest 1/91 van 7 februari 1991 voegt het Arbitragehof het standpunt toe dat het ontwikkeld heeft in arrest 7/90:

« B. 5. (...) Niettemin, om de integratie van elk van de radioelektrische golven in het geheel van die welke over het nationale grondgebied worden uitgezonden, mogelijk te maken en om wederzijdse storingen te vermijden, moet de nationale overheid instaan voor de algemene politie van de radio-elektrische golven.

Deze opdracht omvat de bevoegdheid om de technische normen betreffende het toekennen van de frequenties en betreffende het vermogen van de zendtoestellen uit te vaardigen, die gemeenschappelijk moeten blijven voor het geheel van de radioberichtgeving, ongeacht hun bestemming, en de bevoegdheid een technische controle te organiseren en de bedoelde normen strafbaar te stellen. (...) (De bevoegdheid van de Gemeenschappen aan wie de aangelegenheid van de radio-omroep in principe is toevertrouwd) omvat de bevoegdheid om met inachtneming van de nationale technische normen de technische aspecten te regelen die specifiek zijn voor de materie radio-omroep en de frequenties toe te wijzen. De Gemeenschappen passen alle technische normen, ook de nationale, toe bij de uitoefening van hun vergunnings- of erkenningsbevoegdheid. »

Dat aspect wordt ook aangevoerd in arrest 92/2003 van 24 juni 2003 van het Arbitragehof. In datzelfde arrest verklaart het hof ook:

« B.9.2. De uitoefening van de gemeenschapsbevoegdheid inzake radio-omroep en televisie dient zo te worden geregeld dat zij geen afbreuk doet noch aan de federale bevoegdheid inzake algemene politie van de radio-elektrische golven, noch aan de bevoegdheid van de andere gemeenschappen. De gemeenschappen dienen meer bepaald erover te waken dat zij de uitoefening van de bevoegdheden van de voormelde andere overheden niet onmogelijk of buitengewoon moeilijk maken. »

4.5. Uit de delen 4.3 en 4.4 hierboven blijkt duidelijk dat

de bevoegdheid met betrekking tot de algemene politie van de radiogolven - inclusief het vermijden van wederzijdse storingen - een exclusief federale bevoegdheid is, en er tussen de federale overheid en de gemeenschappen geen samenwerkingsakkoord nodig is om de regels ter zake te bepalen.

4.6. Daarbij moet volledigheidshalve nog worden gemeld dat bij de aanneming van de wet betreffende de elektronische communicatie de afdeling Wetgeving van de Raad van State de volgende mening had:

« De ontworpen wet mag dus de Koning of het Instituut [BIPT] alleen machtigen om normen vast te stellen of technische voorschriften inzake radiocommunicatie uit te vaardigen als deze normen of voorschriften van toepassing zijn op radiocommunicatie die geen radiobeachting is of indien het gaat om normen die voor het geheel van de radiocommunicatie gemeenschappelijk moeten blijven » (Gedr. St. 51 1425/001, p. 220).

Het is evident dat de normen die ingaan tegen de schadelijke storingen bij uitstek “normen die voor het geheel van de radiocommunicatie gemeenschappelijk moeten blijven” zijn.

Overigens is het moeilijk in te zien hoe het citaat van de Raad van State anders zou kunnen worden geïnterpreteerd, rekening houdende met het standpunt van het Arbitragehof, dat trouwens wordt aangehaald in het betreffende advies van de Raad van State:

« Immers, om de integratie van elk van de radio-elektrische golven in het geheel van die welke over het nationale grondgebied worden uitgezonden, mogelijk te maken en om wederzijdse storingen te vermijden, moet de federale overheid instaan voor de algemene politie van de radio-elektrische golven⁵. Die opdracht omvat de bevoegdheid om de technische normen betreffende het toekennen van de frequenties en betreffende het vermogen van de zendtoestellen aan te nemen, die gemeenschappelijk moeten blijven voor het geheel van de radiobeachting, ongeacht de bestemming ervan, en de bevoegdheid een technische controle te organiseren en de overtreding van bedoelde normen strafbaar te stellen »

4.7. Hierna zal worden onderzocht in welke mate de federale wetgeving, meer bepaald de wet van 17 januari 2003 met betrekking tot het statuut van de regulator van de Belgische post- en telecommunicatiesector en de wet van 13 juni 2005 betreffende de elektronische communicatie het Instituut machtigen om op te treden tegen storingen zoals die door BFM Plus SA worden veroorzaakt.

4.8. De wet van 13 juni 2005 betreffende de elektronische communicatie bepaalt in de artikelen 13 en 15:

« Art. 13. Het Instituut is belast met :
1° het beheer van het radiofrequentiespectrum;
2° (...)
4° de controle op het gebruik van de radiofrequenties. »

« Art. 15. Het Instituut onderzoekt schadelijke storingen op eigen initiatief of na een klacht en legt de passende maatregelen op teneinde deze schadelijke storingen te doen ophouden. Wanneer de schadelijke storingen veroorzaakt worden door apparatuur of installaties, worden de kosten om de schadelijke storingen op te heffen en te voorkomen ten laste gelegd van de verantwoordelijke gebruiker van de betreffende apparatuur of installaties. »

⁵ De artikelen 12 tot 17 van de wet van 13 juni 2005 regelen de bevoegdheid van het BIPT op het stuk van politie van de golven. Als men de vaststelling buiten beschouwing laat dat de artikelen 12 tot 17 zijn aangepast na het advies van de Raad van State, is het niet duidelijk hoe uit dat advies zou kunnen worden afgeleid dat het BIPT niet bevoegd zou zijn om zijn taken uit te oefenen als politie van de golven, zonder de vaste rechtspraak van het Arbitragehof ter zake te verwaarlozen.

In de memorie van toelichting wordt daarover gezegd:

« Dit artikel geeft het Instituut de mogelijkheid om op te treden tegen alle vormen van schadelijke storingen. Het hoeft immers geen betoog dat schadelijke storingen een enorme economische schade kunnen veroorzaken en het werk van veiligheidsdiensten, nooddiensten etc. voor een groot deel onmogelijk kunnen maken. Het spreekt vanzelf dat dergelijke storingen moeten worden vermeden en wanneer ze zich toch voordoen, zo snel mogelijk verholpen moeten kunnen worden. »

4.9. Uit de wet van 17 januari 2003 met betrekking tot het statuut van de regulator van de Belgische post- en telecommunicatiesector blijkt ook dat het om een essentiële taak van het Instituut gaat:

« Art. 25. § 1. In het kader van de controle op het gebruik van het spectrum, de bestrijding van storingen, de controle op de naleving van emissienormen, alsook de controle op de naleving van de wetgeving inzake elektromagnetische compatibiliteit en de conformiteit van apparatuur, kunnen de personeelsleden vermeld in artikel 24 in hun hoedanigheid van officier van gerechtelijke politie :

1° ieder gebouw en aanheerigheid betreden tussen 5 uur 's morgens en 9 uur 's avonds, wanneer zulks voor de uitoefening van hun opdracht noodzakelijk is en met machtiging van de onderzoeksrechter indien het gaat om een woning;

2° alle dienstige vaststellingen doen, zich documenten, stukken, boeken en voorwerpen die bij de opsporing en vaststelling nodig zijn, laten overleggen en die in beslag nemen;

3° alle documenten, stukken, boeken en voorwerpen in beslag nemen, voorzover dit nodig is om aan de overtreding een einde te maken;

4° alle inlichtingen verzamelen en alle geschreven of mondelinge verklaringen of getuigenissen afnemen;

5° bijstand verlenen in het kader van de uitvoering van de besluiten van het Instituut. »

4.10. De aangehaalde bepalingen hebben een algemene draagwijdte: er wordt geen onderscheid gemaakt naargelang van het soort storingen of de bron ervan.

Toch kan worden verondersteld dat het BIPT verantwoordelijk is voor de strijd tegen schadelijke storingen in de zin van artikel 2, 39°, van de wet van 13.6.2005

39° « schadelijke storing » : storing die het functioneren van een radionavigatiedienst of van andere veiligheidsdiensten in gevaar brengt, of die een overeenkomstig de van toepassing zijnde voorschriften werkende radiocommunicatiedienst of elektronische-communicatiedienst ernstig doet achteruitgaan, hindert of herhaaldelijk onderbreekt;"

Die definitie heeft een algemene strekking: de oorzaak van de schadelijke storing doet niet ter zake.

Artikel 2, 34°, van de wet van 13 juni 2005 definieert radiocommunicatie als volgt:

34° « radiocommunicatie » : elke overbrenging, door middel van radiogolven, van inlichtingen van alle aard, in het bijzonder van klanken, teksten, beelden, overeengekomen tekens, numerieke of analoge uitdrukkingen, seinen voor afstandsbediening, seinen bestemd voor de opsporing of voor de bepaling van de plaats of de beweging van voorwerpen

Ook die definitie heeft een algemene draagwijdte en sluit de radio-omroep niet uit⁶. Voor het overige blijkt dat ook uit de andere definities van de wet van 13 juni 2005 die betrekking hebben op radiocommunicatie, zoals:

35° « zendtoestel voor radiocommunicatie » : iedere generator van elektromagnetische trillingen gebouwd om radiocommunicatie uit te zenden

36° « zend- en ontvangtoestel voor radiocommunicatie » : iedere generator en ontvanger van elektromagnetische trillingen gebouwd om radiocommunicatie uit te zenden en te ontvangen

38° « radiostation » : het geheel samengesteld uit een zendtoestel, een zend- en ontvangtoestel of een ontvangtoestel voor radiocommunicatie, de ermee verbonden antennes alsook alle onderdelen die nodig zijn om het geheel te laten functioneren

Een uitzondering daarop wordt gemaakt door de definitie van ontvangtoestel, zoals vermeld in artikel 2, 37°, van de wet van 13 juni 2005:

37° « ontvangtoestel voor radiocommunicatie » : iedere ontvanger van elektromagnetische trillingen gebouwd om radiocommunicatie te ontvangen met uitzondering van toestellen die uitsluitend voor de ontvangst van klank- en televisieomroepuitzendingen bestemd zijn;

De uitsluiting van ontvangtoestellen die uitsluitend dienen voor de ontvangst van klank- en televisieomroepsignalen is opgenomen in de definitie die wordt gegeven in artikel 2, 42°, van de wet van 13 juni 2005:

42° « radioapparatuur » : een product of een relevant onderdeel ervan dat geschikt is voor elektronische communicatie door uitzending en/of ontvangst van radiogolven waarbij gebruik wordt gemaakt van het aan aarde/ruimtecommunicatie toegewezen radiospectrum, met uitzondering van toestellen die uitsluitend voor de ontvangst van radio- en televisieomroepuitzendingen bestemd zijn;

Het is echter moeilijk denkbaar hoe BFM Plus SA daaruit een argument zou kunnen putten: de storingen die werden veroorzaakt door de uitzendingen van BFM Plus SA stoorden immers de zenders van de omroepstations TEN en PRIMA.

⁶ Daarbij kan worden onderstreept dat een elektronische-communicatiedienst zoals gedefinieerd in artikel 2, 34, in het onderhavige geval geen elektronische-communicatiedienst is in de zin van artikel 2, 5°, van de wet van 13 juni 2005. Die definitie luidt immers:

« 5° « elektronische-communicatiedienst » : 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 kan immers niet worden betwist dat bij de transmissie van omroepsignalen er geen sprake is van schakeling of routing.

De betreffende uitzonderingen doelen immers op de klassieke radio- en televisietoestellen.

Daaraan kan nog worden toegevoegd dat artikel 33 van de wet van 13 juni 2005 het volgende voorschrijft:

Art. 33. § 1. Het is verboden de volgende apparatuur te houden, te commercialiseren of te gebruiken :

1° (...)

2° radioapparatuur, met inbegrip van soorten radioapparatuur, die schadelijke storingen veroorzaakt.

Indien het Instituut redelijkerwijze kan aannemen dat bepaalde radioapparatuur schadelijke storingen kan veroorzaken met bestaande of geplande diensten, neemt het alle nodige maatregelen teneinde die schadelijke storingen te vermijden, dit met inbegrip van een verbod op of een verwijdering van de markt van de betreffende radioapparatuur.

De in artikel 2, 37° hierboven bedoelde toestellen vormen de enige uitzondering op dat artikel.

De toestellen die door BFM Plus SA worden gebruikt maken geen deel uit van die uitzondering. Het gaat dus eerder om apparatuur die zoals het genoemde artikel 33, § 1, 2°, het verwoordt: "schadelijke storingen veroorzaakt."

4.11. De definities van de algemene bevoegdheden van het Instituut inzake bestrijding van schadelijke storingen staan in de artikelen 14 en 24 van de wet van 17 januari 2003:

« Art. 14. § 1. Onverminderd zijn wettelijke bevoegdheden, heeft het Instituut de volgende taken met betrekking tot elektronische communicatienetwerken en elektronische communicatiediensten, eindapparatuur, radioapparatuur en met betrekking tot postdiensten en openbare postnetwerken zoals gedefinieerd door artikel 131 van de wet van 21 maart 1991 betreffende de hervorming van sommige economische overheidsbedrijven :

1° (...)

3° het toezicht op de naleving van de wet van 13 juni 2005 betreffende de elektronische communicatie, alsook titel I, hoofdstuk X en titel III en IV van de wet van 21 maart 1991 betreffende de hervorming van sommige economische overheidsbedrijven, en hun uitvoeringsbesluiten; »

De bevoegdheden van de officiers van gerechtelijke politie van het Instituut worden vermeld in de artikelen 24 en 25, § 1, van de wet van 17 januari 2003:

« Art. 24. Op voorstel van het Instituut kan de Koning de hoedanigheid van officier van gerechtelijke politie toekennen aan de statutaire personeelsleden van het Instituut die hij belast met de vaststelling van inbreuken op de wet van 26 december 1956 op de postdienst, de wet van 13 juni 2005 betreffende de elektronische communicatie en de wet van 21 maart 1991 en hun uitvoeringbesluiten alsook het koninklijk besluit van 18 mei 1994 betreffende electromagnetische compatibiliteit.

Deze personeelsleden zijn eveneens belast met de vaststelling van inbreuken op de wet van 13 juni 2005 betreffende de elektronische communicatie, het Strafwetboek en de bijzondere wetten indien deze gepleegd worden door middel van apparatuur, elektronische-communicatienetwerken of -diensten of radiocommunicatie in de zin van de voornoemde wet betreffende de elektronische communicatie. »

« Art. 25. § 1. In het kader van de controle op het gebruik van het spectrum, de bestrijding van storingen, de controle op de naleving van emissienormen, alsook de controle op de naleving van de wetgeving inzake elektromagnetische compatibiliteit en de conformiteit van apparatuur, kunnen de personeelsleden vermeld in artikel 24 in hun hoedanigheid van officier van gerechtelijke politie :

1° ieder gebouw en aanhorigheid betreden tussen 5 uur 's morgens en 9 uur 's avonds, wanneer zulks voor de uitoefening van hun opdracht noodzakelijk is en met machtiging van de onderzoeksrechter indien het gaat om een woning;

2° alle dienstige vaststellingen doen, zich documenten, stukken, boeken en voorwerpen die bij de opsporing en vaststelling nodig zijn, laten overleggen en die in beslag nemen;

3° alle documenten, stukken, boeken en voorwerpen in beslag nemen, voorzover dit nodig is om aan de overtreding een einde te maken;

4° alle inlichtingen verzamelen en alle geschreven of mondelinge verklaringen of getuigenissen afnemen;

5° bijstand verlenen in het kader van de uitvoering van de besluiten van het Instituut. »

4.12. De conclusie is dus dat het op grond van de huidige wetgeving duidelijk is dat het BIPT schadelijke storingen in de omroepbanden mag en moet behandelen.

5. WETTELIJKHEID VAN DE FREQUENTIES VAN DE OMROEPSTATIONS TEN EN PRIMA

5.1. Op 26 oktober 2006 is in het Belgisch Staatsblad op bl. 57722 het besluit van de Vlaamse Regering van 1 september 2006 houdende de bepaling van het aantal particuliere landelijke, regionale en lokale radio-omroepen dat kan worden erkend en houdende de opstelling van het frequentieplan en de vaststelling van de frequentiepakketten en de frequenties die ter beschikking worden gesteld van de particuliere landelijke, regionale en lokale radio-omroepen verschenen.

5.2. Uit de bijlagen I en IV blijkt dat de volgende frequenties beschikbaar zijn gesteld aan de particuliere en lokale radio-omroepen:

Begijnendijk : 107,6 MHz, vermogen : 100 watt;

Zottegem : 107,6 MHz, vermogen : 100 watt.

5.3. Artikel 7 van dat besluit bepaalt:

« Art. 7. Dit besluit heeft uitwerking met ingang van 25 juli 2003. »

In advies nr. 40.950/1/V van de Raad van State, meer bepaald in punt 4, aanvaardt de Raad van State uitdrukkelijk die terugwerkende kracht.

Bijgevolg is frequentie 107,6 MHz een geldige frequentie voor respectievelijk Begijnendijk en Zottegem.

5.4. Bovendien staan in het overzicht van alle vrije lokale radio's op de website van de Vlaamse Gemeenschap, (<http://internet.vlaanderen.be/ned/sites/media/erkenlokaalbis.htm>), de radiostations die als zodanig worden erkend door de Vlaamse Gemeenschap.

Bij raadpleging van die lijst kan worden vastgesteld dat frequentie 107,6 MHz in Begijnendijk wordt bezet door radio TEN, frequentie 107,6 MHz in Zottegem door radio PRIMA.

Bijgevolg kan het Instituut alleen maar besluiten dat frequentie 107,6 MHz voor Begijnendijk overeenkomstig het voormelde besluit van 1 september 2006 een geldige frequentie is, dat radio

TEN als zodanig een erkende radiozender is en door de daartoe bevoegde instanties van de Vlaamse Gemeenschap gemachtigd is om vanuit Begijnendijk uit te zenden op frequentie 107,6 MHz.

Mutatis mutandis kan het Instituut alleen maar besluiten dat frequentie 107,6 MHz voor Zottegem overeenkomstig het voormelde besluit van 1 september 2006 een geldige frequentie is, dat radio PRIMA als zodanig een erkende radiozender is en door de daartoe bevoegde instanties van de Vlaamse Gemeenschap gemachtigd is om vanuit Zottegem uit te zenden op frequentie 107,6 MHz.

6. CONCLUSIE

6.1. Op 29 mei 2006 heeft het Instituut van de Administratie van de ondernemings- en inkomensfiscaliteit een brief ontvangen (kenmerk btw-nr. 454.785.191) waarin wordt verklaard dat BFM Plus SA in 2005 een omzet heeft behaald van 557.756,49 EUR en in het eerste kwartaal van 2006 een omzet van 125.740,50 EUR.

Daaraan is nog toegevoegd:

« Ces montants vous sont communiqués à titre informatif. Un contrôle de la comptabilité n'ayant pas encore été effectué pour ces périodes : ils pourraient encore être sujet à révision. »
(vrij vertaald : « Die bedragen worden u ter informatie meegedeeld. Omdat voor die periodes nog geen boekhoudkundige controle is uitgevoerd, kunnen die bedragen nog worden herzien. »)

Uit een telefonisch contact met de Administratie van de ondernemings- en inkomensfiscaliteit op 14 november 2006 blijkt dat die boekhoudkundige controle nog niet heeft plaatsgevonden.

Het is echter verdedigbaar dat het Instituut als basis voor de berekening van het bedrag van de administratieve boete de bedragen neemt die vermeld zijn in de brief van 29 mei 2006: het gaat immers om de bedragen die BFM Plus SA zelf heeft aangegeven aan de belastingdiensten en die BFM Plus SA als "oprecht en volledig" heeft verklaard.

6.2.

Na de betrokkene te hebben gehoord kan de Raad van het Instituut bijgevolg aan BFM Plus SA een administratieve boete opleggen ten belope van minimaal 0,5 % van 557.756,49 EUR = 2788, 782 EUR of maximaal 5 % van 557.756,49 EUR = 27887,824 EUR.

6.3. Zoals blijkt uit hetgeen voorafgaat, heeft het Instituut verscheidene keren de aandacht van BFM Plus SA erop gevestigd dat het zendvermogen dat het gebruikt te hoog is en storingen veroorzaakt op de radiozenders TEN en PRIMA.

6.4. Gelet op de ernst van de overtreding, alsook de slechte wil vanwege BFM Plus SA om een eind te maken aan de overtreding, door het zendvermogen te verlagen, acht de Raad van het Instituut het gepast om BFM Plus SA een boete op te leggen van € 16.672, wat overeenkomt met 3 % van de voormelde omzet.

De betaling wordt gedaan op rekeningnummer 679-1670124-75 op naam van het BIPT met als mededeling « BFM PLUS SA – amende administrative ».

BFM Plus SA heeft na ontvangst van dit besluit één maand tijd om de betaling uit te voeren.

7. BEROEPSMOGELIJKHEDEN

Overeenkomstig de wet van 17 januari 2003 met betrekking tot het statuut van de regulator van de Belgische post- en telecommunicatiesector hebt u de mogelijkheid om tegen dit besluit beroep aan te tekenen bij het hof van beroep te Brussel, Poelaertplein 1, B-1000 Brussel binnen zestig dagen na de kennisgeving ervan. Het hoger beroep wordt ingesteld: 1° bij akte van een gerechtsdeurwaarder die aan de tegenpartij wordt betekend; 2° bij een verzoekschrift dat, in zoveel exemplaren als er betrokken partijen zijn, ingediend wordt op de griffie van het gerecht in hoger beroep; 3° bij ter post aangetekende brief die aan de griffie wordt gezonden; 4° bij conclusie, ten aanzien van iedere partij die bij het geding aanwezig of vertegenwoordigd is. Met uitzondering van het geval waarin het hoger beroep bij conclusie wordt ingesteld, vermeldt de akte van hoger beroep, op straffe van nietigheid de vermeldingen van artikel 1057 van het gerechtelijk wetboek.

M. Van Bellinghen
Lid van de Raad

G. Deneff
Lid van de Raad

C. Rutten
Lid van de Raad

E. Van Heesvelde
Voorzitter van de Raad