



RAAD VAN STATE

afdeling Wetgeving

advies 61.050/3
van 28 maart 2017

over

een ontwerp van besluit van de Vlaamse Regering ‘houdende bepaling van het aantal particuliere landelijke, regionale, netwerk- en lokale radio-omroeporganisaties dat kan worden erkend en houdende de opstelling van het frequentieplan en de vaststelling van de frequentiepakketten die ter beschikking worden gesteld van de particuliere landelijke, regionale, netwerk- en lokale radio-omroeporganisaties’

Op 24 februari 2017 is de Raad van State, afdeling Wetgeving, door de Vlaamse minister van Cultuur, Media, Jeugd en Brussel verzocht binnen een termijn van dertig dagen een advies te verstrekken over een ontwerp van besluit van de Vlaamse Regering ‘houdende bepaling van het aantal particuliere landelijke, regionale, netwerk- en lokale radio-omroeporganisaties dat kan worden erkend en houdende de opstelling van het frequentieplan en de vaststelling van de frequentiepakketten die ter beschikking worden gesteld van de particuliere landelijke, regionale, netwerk- en lokale radio-omroeporganisaties’.

Het ontwerp is door de derde kamer onderzocht op 14 maart 2017. De kamer was samengesteld uit Jo BAERT, kamervoorzitter, Jeroen VAN NIEUWENHOVE en Koen MUYLLE, staatsraden, Bruno PEETERS, assessor, en Astrid TRUYENS, griffier.

Het verslag is uitgebracht door Tim CORTHAUT, auditeur.

Het advies, waarvan de tekst hierna volgt, is gegeven op 28 maart 2017.

*

1. Met toepassing van artikel 84, § 3, eerste lid, van de wetten op de Raad van State, gecoördineerd op 12 januari 1973, heeft de afdeling Wetgeving zich toegespitst op het onderzoek van de bevoegdheid van de steller van de handeling, van de rechtsgrond, alsmede van de vraag of aan de te vervullen vormvereisten is voldaan.

*

STREKKING VAN HET ONTWERP

2.1. Artikel 1 van het om advies voorgelegde ontwerp strekt tot het vaststellen van het aantal particuliere radio-omroeporganisaties dat voor elke categorie kan worden erkend, namelijk 2 landelijke, 1 regionale per provincie, 4 netwerkradio-omroeporganisaties en 124 lokale.

2.2. Bij artikel 2 van het ontwerp en de corresponderende bijlage 1 wordt het frequentieplan voor de particuliere radio-omroeporganisaties in de Vlaamse Gemeenschap vastgesteld. Het frequentieplan biedt een overzicht van de beschikbare frequenties en de ermee verbonden specificaties.

2.3. De frequenties worden gegroepeerd in frequentiepakketten. Artikel 3 en de bijhorende bijlage 2 strekken tot vaststelling van de twee frequentiepakketten voor de landelijke radio. Artikel 4 en de bijhorende bijlage 3 strekken tot vaststelling van de vijf frequentiepakketten voor de regionale radio-omroeporganisaties. Artikel 5 en de bijhorende bijlage 4 strekken tot vaststelling van de vier frequentiepakketten voor de netwerkradio-omroeporganisaties. Artikel 6 van het ontwerp en de bijhorende bijlage 5 strekken tot vaststelling van de 124 frequentiepakketten voor de lokale radio-omroeporganisaties.

2.4. Artikel 7 van het ontwerp strekt tot de opheffing van de regeling inzake de huidige frequentieplannen voor de particuliere radio-omroeporganisaties, namelijk 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’ en het besluit van de Vlaamse Regering van 21 december 2012 ‘houdende de opstelling van een frequentieplan en de vaststelling van frequenties die ter beschikking worden gesteld van de particuliere landelijke en lokale radio-omroepen’.

RECHTSGROND

3. Voor het ontworpen besluit kan rechtsgrond worden gevonden in artikel 133, § 2, eerste lid, van het decreet van 27 maart 2009 ‘betreffende radio-omroep en televisie’ (hierna: Mediadecreet), dat luidt:

“De Vlaamse Regering stelt het FM-frequentieplan op, keurt het goed en bepaalt hoeveel landelijke, regionale, netwerk- en lokale radio-omroeporganisaties kunnen worden erkend. Op basis van die frequentieplannen verleent de Vlaamse Regering de erkenningen.”

VORMVEREISTEN

4. Het bestaande frequentieplan is meermaals aangevochten voor de Raad van State, afdeling Bestuursrechtspraak. In het bijzonder past het te wijzen op de schorsing van het op te heffen besluit van de Vlaamse Regering van 1 september 2006¹ en van het op te heffen reparatiebesluit van 21 december 2012.²

Een aantal bepalingen van het eerstvermelde besluit zijn geschorst in zoverre ze betrekking hebben op FM-frequenties die zouden interfereren met radiofrequenties die zijn toegekend door de Franse Gemeenschap, en die door de Vlaamse Gemeenschap zonder verder overleg zijn vastgesteld. Het gaat meer bepaald om de volgende negen frequenties: Antwerpen 99.2 MHz, Bree 103.0 MHz, Brussegem 95.6 MHz, Brussel 102.8 MHz, Brussel 103.4 MHz, Heuvelland (Wijtschate) 93.2 MHz, Poperinge 104.5 MHz, Schoten 102.9 MHz en Tongeren 94.8 MHz.

4.1. Bij arrest nr. 220.509 van 4 september 2012 besliste de Raad van State, afdeling Bestuursrechtspraak, het volgende:

“19. In het eerste onderdeel wordt in essentie de schending aangevoerd van artikel 17 van de wet van 13 juni 2005 betreffende de elektronische communicatie. Volgens die bepaling wordt de coördinatie van radiofrequenties geregeld door een samenwerkingsakkoord met de gemeenschappen, met toepassing van artikel 92*bis* van de bijzondere wet van 8 augustus 1980 tot hervorming der instellingen. De verzoekende partijen voeren aan dat het bestreden besluit niet genomen kon worden voordat een dergelijk samenwerkingsakkoord was gesloten.

Uit het arrest nr. 112/2011 van het Grondwettelijk Hof van 23 juni 2011 blijkt dat de federale overheid met het aannemen van artikel 17 van de wet van 13 juni 2005 binnen haar bevoegdheid inzake de algemene politie van de radio-elektrische gevolgen is gebleven. Die bevoegdheid omvat met name de bevoegdheid ‘om de radiofrequenties te coördineren die bestemd zijn voor de radio-omroep in zoverre het gebruik ervan kan leiden tot interferenties met frequenties die worden gebruikt voor andere doeleinden dan radio-omroep of door andere zendtoestellen voor radio-omroep die onder de bevoegdheid van een andere gemeenschap vallen’ (overweging B.3.2). In plaats van eenzijdig te bepalen op welke wijze de federale overheid die bevoegdheid inzake coördinatie van radiofrequenties zal uitoefenen, heeft de federale wetgever ervoor geopteerd om het coördinatiemechanisme het voorwerp te laten uitmaken van een samenwerkingsakkoord. Daarin moeten de federale overheid en de gemeenschappen de te volgen procedure in onderling overleg vaststellen (overweging B.6.1).

Zo de gemeenschappen bevoegd zijn om de voor radio-omroep bestemde radiofrequenties vast te stellen, dienen zij daarbij de federale normen inzake de coördinatie van de radiofrequenties in acht te nemen (overweging B.6.4). Sinds de inwerkingtreding van artikel 17 van de wet van 13 juni 2005 betekent dit onder meer dat een gemeenschap geen radiofrequenties meer mag vaststellen die storingen kunnen veroorzaken voor frequenties die worden gebruikt door zendtoestellen voor radio-omroep die onder de bevoegdheid van een andere gemeenschap vallen, zonder zich te onderwerpen aan de voorafgaande coördinatie tussen de federale overheid en de

¹ RvS 4 september 2012, nr. 220.509, RTBf en Franse Gemeenschap.

² RvS 26 november 2013, nr. 225.614, RTBf en Franse Gemeenschap.

gemeenschappen (overweging B.5), waarvoor de procedure moet worden vastgesteld in een samenwerkingsakkoord.

20. Op het ogenblik dat het bestreden besluit werd genomen, was er nog geen samenwerkingsakkoord over de te volgen procedure voor de coördinatie van frequenties die de hiervóór bedoelde storingen kunnen veroorzaken. Voor die frequenties is het bestreden besluit dus genomen met miskennis van het vereiste vervat in artikel 17 van de wet van 13 juni 2005.

21. Er bestaat betwisting tussen de partijen over de vraag welke van de in het bestreden besluit vermelde frequenties een storing konden veroorzaken, op het ogenblik dat het besluit werd genomen, voor de frequenties die door de tweede verzoekende partij zijn toegekend aan de eerste verzoekende partij en aan private radio-omroepen.

De verzoekende partijen voeren aan dat het in totaal gaat om 86, minstens 46, van de 365 in het bestreden besluit vermelde frequenties. Voor elk van die 86 frequenties leggen zij het resultaat van een berekening voor, dat de omvang van de storing weergeeft. Zij leggen ook een aantal kaarten voor, met een visuele aanduiding van de storing die telkens voor een welbepaalde frequentie van de Franse Gemeenschap wordt veroorzaakt door een welbepaalde frequentie van de Vlaamse Gemeenschap.

De verwerende partij voert aan dat het aantal storende frequenties door de verzoekende partijen overdreven wordt. Zij verwijst naar het ministerieel overleg dat heeft plaatsgevonden op 9 juni 2006, waaruit bleek dat er toen nog 14 betwiste frequenties waren, waarvan 5 van de Vlaamse Gemeenschap. Zij acht het ongeloofwaardig dat er thans sprake is van veel meer storingen. Zij betwist ook de methodes die door de verzoekende partijen zijn gevolgd om tot de berekening van storingen te komen.

De tussenkommende partijen sluiten zich aan bij de kritiek van de verwerende partij.

22. In de huidige stand van de rechtspleging is de Raad van State van oordeel dat de in artikel 17 van de wet van 13 juni 2005 bedoelde verplichting om een samenwerkingsakkoord te sluiten betrekking heeft op de coördinatie van frequenties die in redelijkheid geacht kunnen worden storingen te veroorzaken.

Het volstaat dan ook niet dat een gemeenschap aanvoert dat de door haar toegekende frequenties gestoord kunnen worden door bepaalde frequenties toegekend door een andere gemeenschap, om daaruit zonder meer af te leiden dat al die laatste frequenties slechts vastgesteld kunnen worden nadat een samenwerkingsakkoord is gesloten en nadat er een coördinatie overeenkomstig dat samenwerkingsakkoord is geweest.

De Raad van State zal als storend beschouwen de frequenties waaromtrent beide betrokken gemeenschappen het eens zijn, eventueel op grond van een gemeenschappelijk technisch onderzoek, dat ze inderdaad storend zijn. Bij gebreke van een dergelijk akkoord tussen de betrokken gemeenschappen zal de Raad van State, die terzake slechts over een marginale toetsingsbevoegdheid beschikt, eveneens als storend kunnen beschouwen de frequenties waarvoor een bepaalde gemeenschap of een bepaalde radio-omroep, op grond van eigen berekeningen of metingen, dan wel op grond van berekeningen of metingen uitgevoerd door derden, kan aantonen dat ze in redelijkheid geacht kunnen worden storingen te veroorzaken.

Voorshands neemt de Raad van State aan dat elke redelijke mogelijkheid van storing volstaat om een frequentie onder de verplichting tot coördinatie te brengen, en dat daarvoor dus niet vereist is dat het gaat om de mogelijkheid van een ernstige storing. Het staat juist aan de gemeenschappen om in het kader van de coördinatie uit te maken welke

storingen voor hen aanvaardbaar zijn, gelet op het geheel van de afspraken die gemaakt worden.

23. In de huidige stand van de rechtspleging dient de Raad van State nog niet uit te maken welke van de in het bestreden besluit vermelde frequenties slechts vastgesteld konden worden nadat een samenwerkingsakkoord was gesloten en nadat de daarin afgesproken procedure was gevolgd. Te dezen volstaat de conclusie dat het eerste onderdeel ernstig is in zoverre de frequenties waarop de vorderingen tot schorsing betrekking hebben, in redelijkheid geacht kunnen worden storend te zijn voor de frequenties die door de tweede verzoekende partij zijn toegekend aan de eerste verzoekende partij en aan private radio-omroepen.

Met het oog op het onderzoek ten gronde worden de partijen wel uitgenodigd om technische gegevens voor te leggen die het mogelijk maken om de bedoelde frequenties te identificeren. Uiteraard komt het daarbij in de eerste plaats aan de verzoekende partijen toe om uit te leggen hoe zij ertoe gekomen zijn om de door hen aangewezen frequenties als storend te beschouwen.

(...)

24. Het eerste onderdeel is in de hiervóór genoemde mate ernstig.”³

Met het arrest beveelt de Raad van State de schorsing van de tenuitvoerlegging van bepalingen van het bestreden besluit in zoverre ze betrekking hebben op de voormelde negen frequenties.

Met het besluit van 21 december 2012 herstelt de Vlaamse Regering de geschorste frequenties met uitwerking vanaf 5 september 2012, maar bij arrest nr. 225.614 van 26 november 2013 wordt ook de tenuitvoerlegging van dit besluit geschorst. De Raad van State, afdeling Bestuursrechtspraak, besliste het volgende:

“8. Het gezag van gewijsde van een schorsingsarrest van de Raad van State betekent dat de uitspraak voorlopig – in afwachting van een eindarrest – als waarheid geldt en dat het door de administratieve rechter *prima facie* beslechte rechtspunt in het kader van een administratief kortgeding niet opnieuw in vraag kan worden gesteld, behoudens in geval van een verzoek tot intrekking of wijziging bedoeld in artikel 17, § 2, derde lid van de Raad van State-wet. Dit gezag is gehecht aan het dictum, maar moet worden beoordeeld in functie van de motieven die de Raad van State tot de in het dictum opgenomen beslissingen hebben gebracht.

De schorsing van de tenuitvoerlegging van een beslissing door de Raad van State belet de overheid echter niet de aangelegenheid opnieuw te onderzoeken en een nieuwe beslissing te nemen vooraleer een uitspraak over de grond van de zaak is tussengekomen. Het gezag van gewijsde van een schorsingsarrest verplicht er haar wel toe bij het heroverwegen van de zaak acht te slaan op de motieven die de Raad van State tot het schorsingsbesluit hebben geleid.

9. In arrest nr. 220.509 van 4 september 2012 neemt de Raad van State met betrekking tot de in het geding zijnde frequenties aan dat het in die zaak bestreden besluit op het eerste gezicht tot stand gekomen is met miskennis van het vereiste vervat in artikel 17 van de wet van 13 juni 2005 ‘betreffende de elektronische communicatie’, namelijk ‘dat een gemeenschap geen radiofrequenties meer mag vaststellen die storingen kunnen veroorzaken voor frequenties die worden gebruikt door zendtoestellen voor

³ RvS 4 september 2012, nr. 220.509, RTBf en Franse Gemeenschap.

radio-omroep die onder de bevoegdheid van een andere gemeenschap vallen, zonder zich te onderwerpen aan de voorafgaande coördinatie tussen de federale overheid en de gemeenschappen [...], waarvoor de procedure moet worden vastgesteld in een samenwerkingsakkoord.’

De verwerende partij spreekt niet tegen dat thans nog steeds geen samenwerkingsakkoord hieromtrent is vastgesteld.

Enkel argumenteert zij dat uit nieuwe storingsberekeningen die zij heeft uitgevoerd, geen ernstige storingen zouden blijken. Het staat de verwerende partij vrij om die berekeningen in de zaken A. 179.660/V-1726 en A. 179.661/V-1727 in het debat te brengen om de Raad van State bij de behandeling van die zaken ten gronde ertoe te overtuigen om het anders te zien dan hij het – ten dele op grond van vermoedens – deed in het schorsingsarrest. Ook staat het de verwerende partij vrij om na te gaan of die berekeningen nieuwe feiten of omstandigheden zijn die een verzoek tot ‘intrekking’ van het schorsingsarrest vermogen te verantwoorden. Ondertussen evenwel lijken die berekeningen geen vrijgeleide aan de verwerende partij te verlenen om aan het voorlopige gezag van het schorsingsarrest te ontsnappen door de in dat arrest geformuleerde bevindingen eenzijdig in vraag te stellen. In dat arrest heeft de Raad van State nu eenmaal voorlopig voor recht aangenomen – en om tot de ernst van het middel te kunnen besluiten, ook moeten aannemen – dat de in kwestie zijnde negen frequenties ‘in redelijkheid geacht kunnen worden storingen te veroorzaken’.

10. Het middel is bijgevolg ernstig.”

4.2. Aan de gemachtigde is gevraagd op welke wijze de Franse Gemeenschap deze keer wel betrokken werd bij de totstandkoming van het voorliggende besluit, waarin de negen gewraakte frequenties, al dan niet met aangepaste technische specificaties, immers opnieuw zijn opgenomen. De gemachtigde verklaarde in dat verband:

“De Raad van State heeft inderdaad de schorsing bevolen van 9 frequenties uit het besluit van 1 september 2006 en van het besluit van 21 december 2012. De Raad van State heeft zich echter nog niet uitgesproken over het beroep tot vernietiging van beide besluiten. De Raad van State heeft zich evenmin uitgesproken over de 90-tal vorderingen (tot schorsing en vernietiging) die ingesteld zijn door de Vlaamse Gemeenschap tegen de frequentiebesluiten van de Franse Gemeenschap en beslissingen van de CSA. Al deze vorderingen staan – op vraag van de gedingvoerende partijen – momenteel *on hold*, in afwachting van het afwerken van een samenwerkingsakkoord tussen de Gemeenschappen over onder meer het wederzijds coördineren van (storende) frequenties. Eind 2013 werd een principeakkoord ondertekend door de respectievelijke ministers om tot een samenwerkingsakkoord te komen over de storende frequenties; diensgevolge werd gestart met technische onderhandelingen die geleid hebben tot een oplossing voor het merendeel van de frequenties. Het is de bedoeling de resultaten van deze onderhandelingen en afspraken over de nieuwe onderhandelingen te betonen in het samenwerkingsakkoord, waarvan we er van uitgaan dat dit rond zal zijn tegen het eind van het jaar, dus voor het verstrijken van de bestaande erkenningen voor de lokale radio-omroeporganisaties en voor de inwerkingtreding van de nieuwe erkenningen voor de (nieuwe) netwerk- en lokale radio-omroeporganisaties.”

4.3. Het opnieuw vaststellen van de negen geschorste frequenties waarvan door de Raad van State, afdeling Bestuursrechtspraak, is aangenomen dat ze in redelijkheid geacht kunnen worden storingen te veroorzaken, zou ingaan tegen het gezag van gewijsde van het

schorsingsarrest nr. 220.509 van 4 september 2012. In elk geval wat die frequenties betreft kan het ontworpen besluit geen doorgang vinden (zie ook opmerking 7).

Wat de overige frequenties betreft, neemt het gegeven dat voor “het merendeel van de [storende] frequenties” via technische onderhandelingen een oplossing is bereikt, in afwachting van een allesomvattend samenwerkingsakkoord, niet weg dat het risico bestaat dat sommige van de in het ontwerp bepaalde frequenties, omdat ze mogelijk storingen veroorzaken, niet kunnen worden vastgesteld zonder de door artikel 17 van de wet van 13 juni 2005 ‘betreffende de elektronische communicatie’ voorgeschreven coördinatie, die bij een samenwerkingsakkoord dient te worden geregeld.⁴

5. Volgens artikel 14, lid 1, van richtlijn 2002/20/EG van het Europees Parlement en de Raad van 7 maart 2002 ‘betreffende de machtiging voor elektronische-communicatienetwerken en -diensten (Machtigingsrichtlijn)’ zorgen de Lidstaten ervoor

“dat de rechten, voorwaarden en procedures inzake algemene machtigingen en gebruiksrechten of rechten om faciliteiten te installeren alleen kunnen worden gewijzigd in objectief met redenen omklede gevallen en op evenredige wijze, in voorkomend geval rekening houdend met de specifieke voorwaarden die van toepassing zijn op de overdraagbare gebruiksrechten voor radiofrequenties. Het voornemen om dergelijke wijzigingen aan te brengen, zal op passende wijze worden bekendgemaakt en de belanghebbende partijen, met inbegrip van gebruikers en consumenten, zullen over een adequate termijn kunnen beschikken om hun standpunt met betrekking tot de voorgestelde wijzigingen kenbaar te maken; deze termijn bedraagt behoudens uitzonderlijke gevallen ten minste vier weken.”

De Raad van State, afdeling Wetgeving, heeft er in het verleden al op gewezen dat een regelgevend kader voor de organisatie van die raadpleging lijkt te ontbreken,⁵ wat vragen doet rijzen over de voorzienbaarheid van de raadplegingen en de voorwaarden waaronder dergelijke consultaties worden georganiseerd.

Uit de aan de Raad van State voorgelegde stukken blijkt echter dat over het voorgenomen frequentieplan en de frequentiepakketten effectief een publieke consultatie heeft plaatsgehad waarbij alle belanghebbende partijen gedurende een maand (tussen 27 december 2016 en 27 januari 2017) hun standpunt kenbaar konden maken, zodat het

⁴ Er dient immers te worden opgemerkt dat de schorsing weliswaar specifiek betrekking had op die negen frequenties, maar dat de Raad van State, afdeling Bestuursrechtspraak, niet uitsloot dat het probleem breder was. Uit het schorsingsarrest blijkt immers dat er voorlopig van is uitgegaan “dat elke redelijke mogelijkheid van storing volstaat om een frequentie onder de verplichting tot coördinatie te brengen” (punt 22) en dat de Raad van State, vermits het niet om de beoordeling ten gronde gaat, “nog niet [dient] uit te maken welke van de in het bestreden besluit vermelde frequenties slechts vastgesteld konden worden nadat een samenwerkingsakkoord was gesloten en nadat de daarin afgesproken procedure was gevolgd” (punt 23).

⁵ Adv.RvS 59.290/3 van 25 mei 2016 over een voorontwerp dat heeft geleid tot het decreet van 14 oktober 2016 ‘houdende wijziging van het decreet van 27 maart 2009 betreffende radio-omroep en televisie en het decreet van 25 april 2014 betreffende de rustpensioenen, toegekend aan de vastbenoemde personeelsleden van de Vlaamse Radio- en Televisieomroeporganisatie en betreffende de overlevingspensioenen, toegekend aan de rechtverkrijgenden van die personeelsleden’, opmerkingen 5.1 tot 5.5, *Parl.St.* VI.Parl. 2015-16, nr. 829/1, 46-49; adv.RvS 60.142/3 van 20 oktober 2016 over een voorontwerp dat heeft geleid tot het decreet van 23 december 2016 ‘houdende wijziging van diverse bepalingen van het decreet van 27 maart 2009 betreffende radio-omroep en televisie, wat betreft de radio-omroeporganisaties’, opmerking 3, *Parl.St.* VI.Parl. 2016-17, nr. 983/1, 51-54.

vormvereiste opgelegd door de richtlijn feitelijk lijkt te zijn nageleefd.⁶ Desondanks dient er nogmaals op te worden gewezen dat het aanbeveling verdient om voor dergelijke consultaties te voorzien in een decretaal kader.

ONDERZOEK VAN DE TEKST

Aanhef

6. In het eerste lid van de aanhef dient meer specifiek te worden verwezen naar artikel 133, § 2, eerste lid, van het Mediadecreet.

Bijlagen

7. Voor de in de bijlagen vermelde frequenties die niet als storend kunnen worden beschouwd, kan het ontwerp doorgang vinden. Voor die frequenties en de ermee verbonden specificaties ziet de Raad van State, afdeling Wetgeving, in het algemeen geen problemen van wettigheid. De afdeling Wetgeving beschikt echter niet over het technisch inzicht en de feitelijke gegevens om te kunnen beoordelen of er ook in elk van de concrete gevallen geen wettigheidsproblemen zijn.

DE GRIFFIER

DE VOORZITTER

Astrid TRUYENS

Jo BAERT

⁶ De Raad van State heeft weliswaar niet kunnen uitmaken of deze consultatie op passende wijze werd bekendgemaakt, zoals de aangehaalde richtlijnbevestiging vereist.