RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

IXe KAMER

A R R E S T

nr. 242.804 van 25 oktober 2018
in de zaak A. 222.667/IX-9096

In zake: 1. de VZW ANTWERPSE ONTSPANNINGSSTICHTING
2. de BVBA LIMAGO
3. de VZW RADIO BROUWER
4. de VZW RADIO SINT-JOB
5. de BVBA AIRTIME
6. de VZW ORADIO
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Stijn Butenaerts
kantoor houdend te 1080 Brussel
Leopold II-laan 180
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

de VLAAMSE GEMEENSCHAP
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Bart Staelens
kantoor houdend te 8000 Brugge
Stockhouderskasteel
Gerard Davidstraat 46 bus 1
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van het beroep

1. Het beroep, ingesteld op 7 juli 2017, strekt tot de nietigverklaring van het besluit van de Vlaamse regering van 21 april 2017 ‘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’ (*BS* 9 mei 2017).

II. Verloop van de rechtspleging

2. Bij arrest nr. 239.996 van 28 november 2017 is de vordering tot schorsing van de tenuitvoerlegging van het bestreden besluit verworpen.

De eerste, de tweede en de vierde tot de zesde verzoekende partij hebben een verzoekschrift tot voortzetting van de rechtspleging ingediend.

De verwerende partij heeft een memorie van antwoord ingediend en de procedurevoortzettende verzoekende partijen hebben een memorie van wederantwoord ingediend.

Auditeur Alexander Van Steenberge heeft een verslag opgesteld.

De procedurevoortzettende verzoekende partijen en de verwerende partij hebben een laatste memorie ingediend.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 22 oktober 2018.

Kamervoorzitter Geert Van Haegendoren heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Andy Hoedenaeken, die *loco* advocaat Stijn Butenaerts verschijnt voor de procedurevoortzettende verzoekende partijen en advocaat Bart Staelens, die verschijnt voor de verwerende partij, zijn gehoord.

Auditeur Alexander Van Steenberge heeft een met dit arrest eensluidend advies gegeven.

Er is toepassing gemaakt van de bepalingen op het gebruik der talen, vervat in titel VI, hoofdstuk II, van de wetten op de Raad van State, gecoördineerd op 12 januari 1973.

III. Feiten en achtergrond

3.1. Artikel 133, § 2, eerste lid, van het decreet van 27 maart 2009 'betreffende radio-omroep en televisie' (het mediadecreet) biedt rechtsgrond voor het thans bestreden besluit. Het 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."

3.2. Het departement Cultuur, Jeugd, Sport en Media organiseert tussen 27 december 2016 en 27 januari 2017 een raadpleging betreffende een ontwerp van besluit van de Vlaamse regering houdende onder meer de procedure om een erkenning te verkrijgen voor een netwerk- of lokale radio-omroeporganisatie en een tweede raadpleging betreffende een besluit van de Vlaamse regering houdende de opmaak van een frequentieplan en de samenstelling van de frequentiepakketten.

3.3. Op 21 april 2017 neemt de Vlaamse regering het thans bestreden besluit.

3.4. Eveneens op 21 april 2017 neemt de Vlaamse regering het besluit 'houdende diverse uitvoeringsbepalingen over radio-omroep en houdende wijziging van diverse besluiten over radio-omroep' (*BS* 9 mei 2017). Afdeling 5 van hoofdstuk 2 van dit besluit regelt de erkenningsprocedure van de lokale radio-omroeporganisaties.

3.5. Op 16 mei 2017 verschijnt in het Belgisch Staatsblad een oproep tot kandidaatstelling voor erkenning als netwerkradio-omroeporganisatie of als lokale radio-omroeporganisatie.

Uit de uiteenzetting van hun belang blijkt dat eerste, tweede, derde en zesde verzoekster geen aanvraag tot erkenning als lokale radio-omroeporganisatie hebben ingediend. Vierde en vijfde verzoekster hebben een aanvraag ingediend.

3.6. Op 19 januari 2018 neemt de Vlaamse regering het besluit 'houdende de opstelling van een frequentieplan en de vaststelling van frequenties die ter beschikking worden gesteld van de particuliere regionale en landelijke radio-omroeporganisaties'. Daarbij worden zeven frequenties opgenomen die werden geweerd uit het bestreden besluit, maar die opnieuw in dienst kunnen worden gesteld als gevolg van een akkoord van 8 december 2017 tussen de regeringen van de Vlaamse Gemeenschap en de Franse Gemeenschap 'met betrekking tot de coördinatie van aardse analoge radio-omroepfrequenties in frequentiemodulatie (FM 87.5-108 MHz)', waarbij een technisch akkoord werd gevonden waardoor deze frequenties geen (ernstige) storingen veroorzaken op radio-omroepen uit de andere gemeenschappen.

IV. Afstand

4. Derde verzoekster, de vzw Radio Brouwer, heeft na het arrest waarin haar vordering tot schorsing is afgewezen, niet binnen de vastgestelde termijn een verzoek tot voortzetting van de rechtspleging ingediend.

Overeenkomstig artikel 17, § 7, RvS-Wet en artikel 11/3, § 1, vijfde lid, van het algemeen procedurereglement geldt ten aanzien van deze partij een vermoeden van afstand van geding waarover in huidig arrest uitspraak wordt gedaan.

Hierna wordt met ‘de verzoeksters’ of ‘de verzoekende partijen’ niet meer aan derde verzoekster gerefereerd.

V. Ontvankelijkheid van het beroep

Exceptie

5. De verwerende partij werpt een exceptie wegens gebrek aan belang op.

Zij merkt op dat ondertussen erkenningen verleend zijn voor de opengestelde frequenties. De verzoeksters hebben geen belang meer om het frequentieplan te betwisten, aangezien die toekenningen wat hen betreft definitief zijn geworden. De verzoekende partijen die geen aanvraag hebben ingediend, hebben hoe dan ook geen belang bij voorliggend annulatieberoep.

Uit niets blijkt voorts dat de verzoeksters beter af zouden zijn na nietigverklaring van het bestreden besluit.

De vierde verzoekende partij dient te bepalen of zij een persoonlijk belang meent te hebben bij de vernietiging van het frequentiebesluit. De erkenning van frequentie Ham pakket 77 is niet door haar betwist.

6. De verzoeksters stellen in hun repliek:
- dat eerste verzoekster haar belang ziet in het vrijgeven van op heden niet gebruikte frequenties te Antwerpen; wanneer het frequentieplan wordt vernietigd en deze frequenties te Antwerpen worden opengesteld, heeft zij uiteraard een kans om haar activiteiten te hernemen en haar maatschappelijk doel te realiseren;
- dat tweede verzoekster voordeel haalt uit een gunstige uitspraak van de Raad van State omdat twee niet-vrijgegeven frequenties in de nabije omgeving van Meerhout beschikbaar gesteld kunnen worden;

- dat vierde verzoekster een gebruikte en niet opgenomen frequentie te Mol nastreeft, omdat die beschikt over een hoger zendvermogen en ook Retie kan bereiken vanaf één zendlocatie te Mol;
- dat vijfde verzoekster in aanmerking wenst te komen voor de nog niet open verklaarde frequenties te Antwerpen;
- dat wat zesde verzoekster betreft, haar vroegere frequentie nog slechts een vermogen van 32 watt krijgt toegekend, reden waarom zij geen aanvraag indiende en er zich geen enkele andere kandidaat voor deze frequentie heeft gemeld; zij wenst ook in aanmerking te komen voor de nog niet open verklaarde Antwerpse frequenties.

De verzoeksters wensen met andere woorden een ander frequentiebesluit, namelijk een frequentiebesluit waarin alle voor, respectievelijk, Antwerpen, Meerhout of Mol beschikbare frequenties zijn opgenomen of waarin frequenties met voldoende krachtige zendkracht zijn opgenomen in hun zendgebied. De stelling dat zij niet langer het frequentiebesluit kunnen aanvechten omdat de uitgereikte zendvergunningen reeds definitief zijn, kan niet worden aangenomen.

7. In haar laatste memorie betwist de verwerende partij dat de wens om bijkomende frequenties beschikbaar te stellen, op ontvankelijke wijze het verhaal kan gronden om het frequentiebesluit dat enkel frequenties bevat die de verzoeksters niet interesseren, te vernietigen. Die wens brengt de rechtszekerheid volledig in het gedrang en zou de weegschaal tussen rechtszekerheid en legaliteit “volkomen verkeerdelijk laten doorslaan”.

Volgens de verwerende partij staan andere juridische technieken ter beschikking van de verzoeksters indien zij van oordeel zijn dat nog andere frequenties moeten worden opgenomen; zij verwijst naar artikel 14, § 3, RvS-Wet. Het frequentiebesluit hoeft volgens haar helemaal niet vernietigd te worden om na te gaan of het mogelijk is om tot heden niet gebruikte frequenties op te nemen in een bijkomend frequentiebesluit.

Beoordeling

8. Luidens artikel 19, eerste lid, RvS-Wet kan een annulatieberoep zoals bedoeld in artikel 14, § 1, van deze wet, voor de afdeling Bestuursrechtspraak van de Raad van State worden gebracht door elke partij die doet blijken van een benadeling of een belang.

Een verzoeker beschikt over dit rechtens vereiste belang indien twee voorwaarden vervuld zijn: vooreerst dient hij door de bestreden administratieve rechtshandeling een persoonlijk, rechtstreeks, zeker, actueel en wettig nadeel te lijden; voorts moet de eventueel tussen te komen nietigverklaring van die rechtshandeling hem een direct en persoonlijk voordeel verschaffen, hoe miniem ook.

Het staat aan de Raad van State te oordelen of de verzoeker die een zaak voor de Raad brengt, doet blijken van een belang bij zijn beroep. De Raad van State dient er evenwel over te waken dat het belangvereiste niet op een buitensporig restrictieve of formalistische wijze wordt toegepast (GwH 30 september 2010, nr. 109/2010, punt B.4.3).

9.1. De omstandigheid dat een verzoekende partij, als gevolg van een eventuele nietigverklaring van het door haar bestreden reglementair besluit, opnieuw een kans zou krijgen dat haar situatie in een gunstiger zin wordt geregeld, volstaat om een belang bij het bestrijden van het besluit te verantwoorden.

9.2. Welnu, dat is precies het streven van elk van de verzoekende partijen, die in het verleden reeds erkend waren als lokale radio-omroepen, namelijk de verwerende partij ertoe brengen een nieuw frequentiebesluit aan te nemen dat méér frequenties beschikbaar stelt, met voldoende zendbereik.

9.3. Hun vordering tot nietigverklaring van het frequentiebesluit is ook goed te begrijpen in het licht van wat de verwerende partij zelf omtrent de

verwevenheid van alle technische aspecten inzake FM-transmissie in haar stukken uiteenzet, namelijk dat "[e]lke wijziging van één van de diverse parameters op één frequentie […] een impact [kan] hebben op signalen die worden verspreid via andere frequenties". Om die reden wordt niet ingegaan op de vraag van de verwerende partij op de terechtzitting om voorbij te gaan aan het in beginsel één en ondeelbaar karakter van een reglementair besluit en desgevallend over te gaan tot een partiële nietigverklaring – daargelaten of zulke vraag in die stand van de procedure ontvankelijk is.

9.4. Dat de verzoeksters de erkenningen voor de wel beschikbaar gestelde frequenties niet hebben aangevochten, doet aan dit belang niets af.

10. De verwerende partij zou het liever gezien hebben dat de verzoeksters andere juridische technieken hadden toegepast om hun doel te bereiken. Zij toont evenwel niet aan dat de verzoeksters daartoe verplicht waren.

11. De verzoeksters beschikken over het rechtens vereiste belang. De exceptie wordt verworpen.

VI. Onderzoek van de middelen

A. Eerste middel

Standpunt van de partijen

12. De verzoeksters putten een eerste middel "uit de schending van artikel 1.1, artikel 5.5, artikel 7 van de Machtigingsrichtlijn, […] uit de schending van artikel 6 van de Kaderrichtlijn, eveneens […] uit de schending van de formele motiveringsplicht als beginsel van behoorlijk bestuur en de bepalingen van de artikel[en] 2 en 3 van de Wet van 29 juli 1991 betreffende de uitdrukkelijke motivering van bestuurshandelingen":

"Doordat de verweerster nalaat alle beschikbare frequenties ter beschikking te stellen en dienaangaande geen motivering geeft.
Terwijl frequenties binnen de Europese Ruimte als een schaars goed worden beschouwd en optimaal open dienen gesteld te worden.
Zodat de bestreden beslissing de in het middel aangehaalde bepalingen en het beginsel van behoorlijk bestuur schendt."

In de toelichting bij het middel stellen de verzoeksters dat de machtigingsrichtlijn – bedoeld is: richtlijn 2002/20/EG van het Europees Parlement en de Raad van 7 maart 2002 'betreffende de machtiging voor elektronische-communicatienetwerken en -diensten' – zeer expliciet is wat de optimale toewijzing van frequenties betreft. Alle beschikbare frequenties moeten worden verdeeld, tenzij er gegronde redenen zijn om dit niet te doen. Indien de verwerende partij beslist om bepaalde frequenties niet beschikbaar te stellen, dan kan dit slechts nadat zij vooreerst rekening gehouden heeft met de noodzaak de voordelen voor de gebruikers te maximaliseren en de ontwikkeling van de mededinging te bevorderen; zij met betrekking tot die beperking de mogelijkheid heeft geboden aan alle partijen, inbegrepen de gebruikers en consumenten, om zich over deze beperking uit te spreken en zij haar beslissing motiveert.

De verwerende partij geeft geen inzicht in het aantal beschikbare frequenties, laat staan dat zij een gemotiveerde beslissing tot beperking ervan, na consultatie van het publiek, heeft genomen. Het is zelfs uitermate moeilijk om kennis te krijgen van de beschikbare frequenties. De verzoeksters verwijzen dienaangaande naar de correspondentie die werd gevoerd met het Belgisch Instituut voor postdiensten en telecommunicatie (BIPT). De verwerende partij weigerde zelfs inzage te verlenen in de beschikbare frequenties. Na inzage door het BIPT van de beschikbare frequenties, blijkt dat volgende frequenties niet opgenomen zijn in het bestreden besluit: Antwerpen 102,6 MHz; Antwerpen 103,9 MHz; Berlaar 95,3 MHz; Berlaar 99,6 MHz; Brakel 88,8 MHz; Brussegem 95,2 MHz; Gent 87,6 MHz; Gent 102,5 MHz; Herentals 98,4 MHz; Kortrijk 103,2 MHz; Leuven 92,2 MHz; Maaseik 95,0 MHz; Mol 100,4 MHz; Ninove 95,0 MHz; Oudenaarde 87,9 MHz; Oudenaarde 96,9 MHz; Overijse 90,6 MHz; Roeselare 97,4 MHz; Sint-Niklaas 94,7 MHz; Sint-Niklaas 102,6 MHz; Tienen 96,5 MHz; Tie-

nen 98,9 MHz en Veltem 94,4 MHz. Door het bestreden besluit is Vlaanderen de enige regio in Europa, waar omzeggens geen frequenties beschikbaar zijn in de steden voor lokale radio's met een vermogen hoger dan 100 watt. De verwerende partij heeft belang bij het niet ter beschikking stellen van alle bestaande frequenties omdat zij de machtspositie van de radiozenders van de VRT wenst af te schermen.

13. De verwerende partij antwoordt dat de wet van 29 juli 1991 niet van toepassing is op het bestreden reglementair besluit.

De ingeroepen richtlijnen hebben geen rechtstreekse werking. Ze werden omgezet in artikel 133, § 2, van het mediadecreet van 27 maart 2009. Het komt de Raad niet toe om dit artikel 133, § 2, aan de richtlijnen te toetsen. Gezien voormeld artikel de Vlaamse regering opdraagt om het frequentieplan op te stellen, goed te keuren en te bepalen hoeveel organisaties worden erkend, beschikt het betwiste besluit over een voor de Raad onbetwistbare rechtsgrond.

Een vergunningsregeling die het aantal deelnemers op het nationale grondgebied beperkt, kan worden gerechtvaardigd door doelstellingen van algemeen belang; de verwerende partij heeft ter zake een beleidsvrijheid (HvJ 31 januari 2008, C-380/05, Centro Europa 7). Daaromtrent kan worden verwezen naar de conceptnota, de memorie van toelichting bij het decreet en de verschillende nota's van de Vlaamse regering – die terug te vinden zijn op websites die de verzoeksters uiteraard volgen.

Het aantal toe te kennen gebruiksrechten voor de radiofrequenties mag worden beperkt vanwege de schaarste ervan en ten behoeve van een efficiënt beheer ervan (HvJ 26 juli 2017, C-560/15, Europa Way e.a., nrs. 72-73).

Er is beleidsmatig binnen de matrijzen van de richtlijnen gewerkt. Er kan worden verwezen naar de conceptnota. Het opengooien van de frequenties, zoals de verzoeksters voorstaan, maar wat niet werd aangegeven tijdens

de consultatieronde, is zonder meer onmogelijk. Er dient overleg te gebeuren met andere landen alsook een samenwerkingsakkoord tot stand te komen met de Franse Gemeenschap. Zoals uit de conceptnota blijkt, impliceren de technische aspecten dat de FM-bank slechts ruimte biedt voor een beperkt aantal radio-omroeporganisaties.

De verwerende partij wijst nog erop dat zij geweigerd heeft om inzage te bieden in de stukken die nog het voorwerp vormden van de onderhandelingen met de Franse Gemeenschap en dat die weigering door de beroepsinstantie openbaarheid van bestuur is bijgevallen. Klaarblijkelijk houdt het BIPT er een andere mening op na. De inzage die het BIPT aan (een vertegenwoordiger van één van) de verzoeksters heeft gegeven, is in strijd met deze uitspraak van de beroepsinstantie, is niet rechtmatig en de verzoeksters mogen er zich niet op beroepen. Het BIPT steunt overigens op een verouderde databank zodat de inlichtingen ook feitelijk elke relevantie missen.

Dat Vlaanderen de enige regio in Europa is waar "quasi geen frequenties beschikbaar zijn in de steden voor lokale radio's met een vermogen hoger dan 100 watt" is een bewering uit de losse pols.

14. In haar laatste memorie stelt de verwerende partij allereerst vast dat de verzoeksters in hun stukken aangeven dat de verwerende partij een beleid mag voeren en dat dit niet per definitie inhoudt dat alle mogelijke frequenties in een frequentieplan zijn opgenomen. Ook de discretionaire bevoegdheid van de verwerende partij wordt daarbij – terecht – niet in vraag gesteld. Het onderzoek van het eerste middel kan volgens de verwerende partij dan ook toegespitst worden op de vraag in welke mate het beleid dat wordt gevoerd binnen de discretionaire bevoegdheidsruimte, wel of niet zou stroken met de verplichtingen die uit de richtlijnen als rechtstreeks werkend gedistilleerd kunnen worden.

De verwerende partij wijst erop dat is uitgegaan van het vroegere frequentieplan van 1 september 2006.

Zij stelt dat er inderdaad frequenties zijn die niet opgenomen zijn in het bestreden besluit – noch dat waren in het frequentieplan van 2006. Zij vervolgt:

> "Naar Belgisch recht is niet voorzien in een formele motiveringsplicht van reglementaire bestuurshandelingen […].
> Maar de verwerende partij dient uiteraard, als de verzoekende partij daartoe via een procedure bij Uw Raad gesolliciteerd wordt, aan te geven waarom bepaalde frequenties niet in het frequentieplan worden opgenomen."

Vervolgens geeft zij een motivering over zesentwintig frequenties "die niet voorkomen in het Vlaams frequentieplan van 21 april 2017 en het bijkomend besluit van 19 januari 2018, maar die wel, met bepaalde technische karakteristieken, opgenomen zijn in de bijlagen aan het akkoord tussen de Regeringen van de Vlaamse Gemeenschap en de Franse Gemeenschap met betrekking tot de coördinatie van aardse analoge radio-omroepfrequenties in frequentiemodulatie (87.5-108 MHz) van 8 december 2017". Van elke frequentie "wordt kort de historiek geschetst, waaruit volgt dat ze niet opgenomen werden in het frequentieplan".

De verwerende partij wijst voorts op de discretieplicht die in acht te nemen was tijdens de onderhandelingen met de Franse Gemeenschap. Wanneer radiofrequenties toegekend door de ene gemeenschap, radiofrequenties toegekend door de andere gemeenschap dreigen te verstoren, dan noopt het efficiënt gebruik tot overleg en tot het sluiten van een samenwerkingsakkoord, wat een niet eenvoudige, tijdrovende en zware taak is. Die zou zonder meer onmogelijk zijn als de discretie niet wordt gerespecteerd.

De verwerende partij herhaalt dat vertrokken is van het bestaande frequentieplan:

> "Er was een kader voorhanden, en een zero-base benadering was niet alleen niet mogelijk, maar ook tegenaangewezen. De focus lag en hoorde – minstens in eerste instantie – te liggen op het herstel van de rechtsonzekerheid door de schorsing van negen frequenties. De scope was dus voor-

eerst beperkt tot de bestaande frequenties, en moest – minstens mocht – dat ook zijn, maar dit sluit niet uit dat wel degelijk blijvend werk wordt en zal blijven worden gemaakt van bijkomende frequenties en mogelijk, mits aangewezen, in een aanvullend plan kunnen worden gegoten.
[…]
Een overheid die gradueel te werk gaat, eerst het bestaande frequentieplan herneemt met focus op het herstel van de ontstane rechtsonzekerheden, met goedkeuring van het daarmee gekoppelde samenwerkingsakkoord tussen de gemeenschappen en met pas dan een volgende stap om (zo) mogelijk nog bijkomende frequenties te gaan vrijgeven, dit maakt geen inbreuk uit op de Machtigingsrichtlijn, maar getuigt van goed en zorgvuldig bestuur in de lijn van de transparante beleidsvisie."

Beoordeling

15. De formelemotiveringsplicht is geen algemeen beginsel van behoorlijk bestuur.

Voor zover het middel van het tegendeel uitgaat, faalt het naar recht.

16. De wet van 29 juli 1991 'betreffende de uitdrukkelijke motivering van de bestuurshandelingen' vindt geen toepassing op reglementaire besluiten.

Voor zover het middel van het tegendeel uitgaat, faalt het naar recht.

17. Artikel 1, lid 1, machtigingsrichtlijn geeft het doel en toepassingsgebied van deze richtlijn weer, namelijk door harmonisatie en vereenvoudiging van de regels en voorwaarden inzake machtigingen, een interne markt realiseren voor elektronische-communicatienetwerken en -diensten. Artikel 1, lid 1, bevat geen duidelijke en onvoorwaardelijke bepaling waaruit een particulier rechten kan putten. De schending van deze bepaling kan niet worden ingeroepen.

Voor zover het middel van het tegendeel uitgaat, faalt het naar recht.

18.1. De andere in het middel aangevoerde bepalingen van de machtigingsrichtlijn luiden:

- artikel 5, lid 5:

> "De lidstaten beperken het aantal te verlenen gebruiksrechten niet, tenzij dat noodzakelijk is om een efficiënt gebruik van radiofrequenties te waarborgen overeenkomstig artikel 7."

- artikel 7:

> "1. Wanneer een lidstaat overweegt het aantal gebruiksrechten voor radiofrequenties te beperken of de duur van bestaande rechten te verlengen op andere wijze dan in overeenstemming met de in dergelijke rechten gespecificeerde voorwaarden, dient hij onder meer:
> a) voldoende rekening te houden met de noodzaak de voordelen voor de gebruikers te maximaliseren en de ontwikkeling van de mededinging te bevorderen,
> b) alle belanghebbende partijen, met inbegrip van gebruikers en consumenten, de mogelijkheid te bieden om zich uit te spreken over elke eventuele beperking overeenkomstig artikel 6 van Richtlijn 2002/21/EG (Kaderrichtlijn),
> c) elk besluit tot beperking van het verlenen van gebruiksrechten of het verlengen van gebruiksrechten met opgave van redenen bekend te maken,
> d) na de vaststelling van de procedure uit te nodigen tot het indienen van aanvragen voor gebruiksrechten, en
> e) de beperking met een redelijke regelmaat of ingevolge een redelijk verzoek van de getroffen ondernemingen te herzien.
> 2. Wanneer een lidstaat besluit dat er meer gebruiksrechten voor radiofrequenties kunnen worden verleend, maakt hij deze conclusie bekend en doet hij een uitnodiging tot het indienen van aanvragen voor deze rechten.
> 3. Wanneer de verlening van gebruiksrechten voor radiofrequenties moet worden beperkt, verlenen de lidstaten deze rechten op basis van objectieve, transparante, niet-discriminerende en evenredige selectiecriteria. Dergelijke selectiecriteria moeten naar behoren belang hechten aan de verwezenlijking van de doelstellingen van artikel 8 van Richtlijn 2002/21/EG (kaderrichtlijn) en aan de eisen van artikel 9 van die richtlijn.
> 4. Wanneer vergelijkende en op mededinging gebaseerde selectieprocedures moeten worden toegepast, kunnen de lidstaten de in artikel 5, lid 3, genoemde termijn van zes weken verlengen zolang als nodig is om ervoor te zorgen dat deze procedures billijk, redelijk, open en transparant zijn

voor alle belanghebbende partijen, welke verlenging echter niet meer dan acht maanden mag bedragen.
Deze termijnen doen geen afbreuk aan toepasselijke internationale overeenkomsten betreffende het gebruik van radiofrequenties en satellietcoördinatie.
5. Dit artikel doet geen afbreuk aan de overdracht van gebruiksrechten voor radiofrequenties overeenkomstig artikel 9bis van Richtlijn 2002/21/EG (Kaderrichtlijn).”

18.2. Artikel 7, lid 1, b), machtigingsrichtlijn verwijst naar artikel 6 kaderrichtlijn (richtlijn 2002/21/EG van het Europees Parlement en de Raad van 7 maart 2002 ‘inzake een gemeenschappelijk regelgevingskader voor elektronische-communicatienetwerken en -diensten’), dat luidt:

> “Behalve in gevallen die vallen onder artikel 7, lid 9, artikel 20 of artikel 21, zorgen de lidstaten ervoor dat, wanneer de nationale regelgevende instanties voornemens zijn krachtens deze richtlijn of de bijzondere richtlijnen maatregelen te nemen, dan wel wanneer zij voornemens zijn krachtens artikel 9, leden 3 en 4, beperkingen vast te stellen die een belangrijke impact op de betrokken markt hebben, de belanghebbende partijen de mogelijkheid wordt geboden binnen een redelijke periode opmerkingen over de ontwerpmaatregel in te dienen.
> De nationale regelgevende instanties publiceren hun nationale raadplegingsprocedures.
> De lidstaten dragen zorg voor de oprichting van een enkel informatiepunt waar inzage verkregen kan worden in alle lopende raadplegingsprocedures.
> De resultaten van de raadpleging worden door de nationale regelgevende instanties openbaar gemaakt, behalve in geval van vertrouwelijke informatie overeenkomstig het communautair en nationaal recht betreffende zakelijke vertrouwelijkheid.”

19.1. In alle gevallen waarin de bepalingen van een richtlijn inhoudelijk gezien onvoorwaardelijk en voldoende nauwkeurig zijn, mogen particulieren zich voor de nationale rechter op deze bepalingen beroepen tegenover de Staat, hetzij wanneer deze heeft verzuimd deze richtlijn binnen de gestelde termijn om te zetten in intern recht, hetzij wanneer hij deze richtlijn onjuist heeft omgezet.

19.2.1. Artikel 5, lid 5, machtigingsrichtlijn, waarbij een lidstaat het aantal te verlenen gebruiksrechten niet mag beperken tenzij dat noodzakelijk is om een efficiënt gebruik van radiofrequenties te waarborgen, bevat een onvoor-

waardelijke en voldoende nauwkeurige bepaling. De verplichting opgelegd aan de lidstaten is strikt geformuleerd. De enige reden waarom tot een beperking van het aantal te verlenen gebruiksrechten mag worden overgegaan, is om een efficiënt gebruik van radiofrequenties te waarborgen. Een andere reden wordt niet toegestaan.

19.2.2. Artikel 7 machtigingsrichtlijn regelt de procedure voor het beperken van het aantal gebruiksrechten voor radiofrequenties en legt in lid 1 de verplichtingen vast van de lidstaat indien deze overweegt om het aantal gebruiksrechten voor radiofrequenties te beperken. Daarbij dient hij onder meer: (a) voldoende rekening te houden met de noodzaak de voordelen voor de gebruikers te maximaliseren en de ontwikkeling van de mededinging te bevorderen; (b) alle belanghebbende partijen, met inbegrip van gebruikers en consumenten, de mogelijkheid te bieden om zich uit te spreken over elke eventuele beperking overeenkomstig artikel 6 kaderrichtlijn, (c) elk besluit tot beperking van het verlenen van gebruiksrechten of het verlengen van gebruiksrechten met opgave van redenen bekend te maken; (d) na de vaststelling van de procedure uit te nodigen tot het indienen van aanvragen voor gebruiksrechten en (e) de beperking met een redelijke regelmaat of ingevolge een redelijk verzoek van de getroffen ondernemingen te herzien. Zeker de consultatieverplichting (b) en de motiveringsverplichting (c) zijn op een duidelijke en onvoorwaardelijke wijze geformuleerd. Ook de verplichting om er bij de inperking van het aantal gebruiksrechten oog voor te hebben om de voordelen voor de gebruikers en de mededinging te bevorderen is voldoende duidelijk en onvoorwaardelijk geformuleerd.

19.2.3. Artikel 6 kaderrichtlijn, waarnaar verwezen wordt in artikel 7, lid 1, b), machtigingsrichtlijn, regelt de raadpleging en transparantie waarbij aan de belanghebbende partijen de mogelijkheid wordt geboden binnen een redelijke periode opmerkingen over de ontwerpmaatregel in te dienen en waarbij de verplichting wordt opgelegd aan de nationale regelgevende instanties om de nationale raadplegingsprocedures te publiceren en de resultaten van de raadpleging door de nationale regelgevende instanties openbaar te maken, behalve in geval van

vertrouwelijke informatie. De rechtzoekenden kunnen rechten putten uit deze bepalingen als gevolg van de duidelijke en onvoorwaardelijke bewoordingen ervan.

19.3. Deze richtlijnbepalingen zijn niet omgezet in het intern recht binnen de gestelde termijn, minstens toont de verwerende partij dit niet aan. Daarbij mag worden opgemerkt dat de verwerende partij bij het organiseren van de raadpleging tussen 27 december 2016 en 27 januari 2017 over het bestreden besluit rechtstreeks steunt op artikel 7, lid 1, b), machtigingsrichtlijn, hetgeen eveneens aantoont dat deze bepaling niet werd omgezet bij decreet.

19.4. De verzoeksters mogen zich in zoverre op de voormelde richtlijnen beroepen. De verwerende partij weerspreekt dit trouwens niet meer in haar laatste memorie.

20. De verwerende partij erkent dat verschillende frequenties niet zijn opgenomen in het bestreden besluit.

Haar verweer dat de verzoeksters hiervoor wederrechtelijk informatie gebruiken, in strijd met een beslissing op grond van de openbaarheid van bestuur, kan niet overtuigen. Ten eerste, omdat de verzoeksters de bedoelde informatie opvroegen en kregen bij het BIPT, tot wie de beslissing van de beroepsinstantie niet was gericht, waardoor het BIPT er geen rekening mee kon houden. Ten tweede, omdat de verwerende partij hoe dan ook deze informatie, desnoods als vertrouwelijke stukken, aan de controle van de rechter moest voorleggen in het kader van huidig geschil.

Uit de beslissing van de beroepsinstantie blijkt overigens dat het geschil voor die instantie betrekking had op “documenten […] waarbij technische analyses en berekeningen worden gemaakt over wederzijds storende FM frequenties van de beide gemeenschappen, ten einde deze storingen weg te wer-

ken of ze althans zo veel mogelijk te beperken" en niet zozeer op het bestaan zelf van niet beschikbaar gestelde frequenties.

21. Het valt de Raad van State als wettigheidsrechter niet toe om te oordelen of er voor deze niet beschikbaar gestelde frequenties gebruiksrechten kunnen worden verleend en ze opgenomen moeten worden in een frequentieplan. De Vlaamse overheid beschikt in dit verband over een discretionaire beoordelingsbevoegdheid. Het is niet uitgesloten dat het "efficiënt gebruik van radiofrequenties", als bedoeld in artikel 5, lid 5, machtigingsrichtlijn, zich verzet tegen opname in het frequentieplan. Deze beoordeling komt toe aan de verwerende partij en niet aan de Raad van State. Evenwel stellen de verzoeksters terecht dat deze bevoegdheid moet worden uitgeoefend met inachtneming van de regels opgelegd door voormelde richtlijnen, wat de verwerende partij in haar laatste memorie ook niet meer tegenspreekt.

22. Toegepast op de voorliggende zaak, blijkt niet dat de verwerende partij bij het opstellen van het bestreden frequentieplan de verplichtingen opgelegd door artikel 7, lid 1, b) en c), machtigingsrichtlijn heeft nageleefd.

Tussen 27 december 2016 en 27 januari 2017 werd weliswaar een openbare consultatie georganiseerd over onder meer het ontwerpbesluit dat uiteindelijk het bestreden besluit is geworden. Over de beschikbare frequenties die niet in het frequentieplan zijn opgenomen, wat een beperking uitmaakt van de gebruiksrechten voor radiofrequenties, werd evenwel niets meegedeeld. Dit laat de belanghebbende partijen in de zin van artikel 7, lid 1, b), machtigingsrichtlijn niet toe om zich over deze beperking uit te spreken. De belanghebbenden wisten niet welke frequenties wel beschikbaar waren, maar niet opgenomen waren in het frequentieplan en dus niet beschikbaar werden gesteld. Zij hebben hier bijgevolg geen of minstens geen onderbouwd standpunt over kunnen innemen.

Evenmin blijkt uit enig stuk in het administratief dossier een "opgave van redenen" waarom deze frequenties niet in het frequentieplan zijn

opgenomen. Een achteraf en slechts in de laatste memorie ondernomen poging door de verwerende partij om *post factum* een verantwoording te geven, kan dit niet verhelpen. Een eveneens in de laatste memorie in het vooruitzicht gestelde mogelijkheid dat de beperking van gebruiksrechten herzien zou worden, verontschuldigt evenmin de miskenning van de voorgeschreven procedurewaarborgen.

23. Het resultaat van het overleg met de andere overheden heeft een invloed op het efficiënt beheer van de radiofrequenties en, bijgevolg, op het beschikbaar stellen van radiofrequenties.

Dat de coördinatie met de Franse Gemeenschap niet eenvoudig en tijdrovend zou zijn, zoals de verwerende partij beweert, zou alleszins aan de verzoeksters niet verweten mogen worden.

Indien die coördinatie de verwerende partij tot enige discretie verplicht, dan had zij de *timing* van de publieke consultatie over huidig frequentieplan moeten afstemmen op het afronden van die coördinatie, die immers logischerwijze aan het opstellen van het frequentieplan moet voorafgaan. De verwerende partij verduidelijkt evenmin waarom het voeren van onderhandelingen met de Franse Gemeenschap volstaat als reden voor het totale mutisme over het bestaan zelf van niet vrijgegeven frequenties en haar ervan moet vrijstellen enige achtergrond te verklaren van een beslissing om sommige frequenties om reden van die onderhandelingen nog *on hold* te houden.

24. Het middel is deels onontvankelijk en deels ongegrond.

Het is in de aangegeven mate gegrond.

B. Tweede middel

Uiteenzetting van het middel

25. Het tweede middel is geput uit de schending van artikel 14 machtigingsrichtlijn en van het rechtszekerheidsbeginsel, het zorgvuldigheidsbeginsel en het "transparantiebeginsel" als algemene beginselen van behoorlijk bestuur:

> "Doordat de verweerster nagelaten heeft een adequate en ruime raadpleging [te organiseren] naar aanleiding van de opmaak van de bestreden beslissing.
> Terwijl de Europese regelgeving een zo ruim mogelijke raadpleging van het publiek vereist.
> Zodat de bestreden beslissing de in het middel aangehaalde bepalingen schendt."

In de toelichting van het middel merken de verzoeksters op dat de verwerende partij tussen 27 december 2016 en 27 januari 2017 een raadpleging organiseerde betreffende het bestreden besluit, dus tijdens de vakantie- en eindejaarsperiode. Deze werd enkel via twee websites bekendgemaakt. De afdeling Wetgeving van de Raad van State heeft meermaals aangegeven dat de raadplegingsprocedure reglementair verankerd moet zijn, doch lijkt in haar advies van 28 maart 2017 de mogelijkheid open te laten voor de overheid om een raadpleging *ad hoc* te organiseren. De beoogde transparantie kan onder meer worden verkregen door aankondigingen in nationale en lokale pers, door aankondigingen in het Belgisch Staatsblad zoals gebeurde voor de aanvragen van een frequentievergunning, door het aanschrijven van de gekende erkenninghouders zoals eveneens gebeurde voor de aanvragen van een frequentievergunning. Daarenboven is een raadpleging in de eindejaars- en vakantieperiode niet van aard om te komen tot de vereiste transparantie en het bieden van voldoende gelegenheid om te reageren. De raadpleging werd niet aangekondigd in nationale, noch in regionale dagbladen.

Het ontbreken van een regelgevend kader waarbinnen raadplegingen worden georganiseerd biedt geen rechtszekerheid voor de rechtzoekenden voor de uitoefening van hun inspraak. Een zorgvuldige overheid zorgt ervoor dat een kader uitgewerkt wordt.

Daarenboven heeft de verwerende partij nagelaten om de belanghebbenden essentiële informatie mee te delen: de in Vlaanderen beschikbare frequenties, waarvoor de verzoeksters verwijzen naar het eerste middel; "[a]lle noodzakelijke technische informatie om de impact van de bestreden beslissing te kunnen inschatten: technische gegevens bij het besluit: antennehoogtes, stralingsdiagrammen en coördinaten" en de stand van zaken van de onderhandelingen met de Franse Gemeenschap.

26. De verzoeksters herhalen in hun repliek dat zij niet in kennis zijn gesteld van alle relevante informatie en zij dus niet met volledige kennis van zaken hebben kunnen reageren.

Er kan volgens hen niet ontkend worden dat de consultatieperiode binnen een belangrijke vakantieperiode viel.

De afdeling Wetgeving van de Raad van State heeft de overheid steeds gewezen op de verplichting dat de consultatie een reglementaire grondslag dient te hebben, doch heeft niet uitgesloten dat een *ad hoc* consultatie, die in overeenstemming is met de Europese regelgeving, georganiseerd kan worden. De afdeling Wetgeving heeft echter nooit goedkeuring gehecht aan de wijze waarop de consultatie werd georganiseerd.

Het valt volgens de verzoeksters aan de Raad van State toe om te oordelen of een reglementair kader noodzakelijk is en dat bij gebrek daaraan de bestreden beslissing onwettig is.

De informatie betreffende de onderhandelingen met de Franstalige Gemeenschap is volgens hen essentieel en cruciaal. Zonder deze informatie kan niet worden ingeschat of bepaalde frequenties al dan niet gestoord zullen worden en in welke mate interferenties zullen optreden bij een welbepaalde frequentie. Het is niet duidelijk waarom de inhoud van de vooruitgang en inhoud van deze onderhandelingen als een "staatsgeheim" gelden. Er kan geen frequentieplan worden opgesteld, zolang er geen samenwerkingsakkoord is gesloten.

De verzoeksters hebben belang bij het middel. Ze zullen een nieuwe, transparante en volledige consultatie krijgen waarbij zij hun standpunten kunnen meedelen.

27. In hun laatste memorie herhalen de verzoeksters dat het ontbreken van een reglementair kader leidt tot rechtsonzekerheid en dat een loutere bekendmaking op twee websites niet volstaat om het brede publiek – waaronder niet enkel de aanbieders maar ook de luisteraars – te bereiken.

Ook herhalen zij dat bepaalde technische informatie niet werd meegedeeld, "zoals: de antennehoogte; de stralingsrichting van de antenne; de geografische ligging van het zendstation en de infrastructuur". Enkel over het vermogen en directiviteit (of geen directiviteit) van het zendpatroon zijn gegevens meegedeeld door de verwerende partij. Kandidaten konden het bereik en de richting van een bepaald frequentiepakket niet inschatten en aldus het zendbereik niet beoordelen en niet uitmaken of een pakket interessant is om zich kandidaat te stellen. De verwerende partij heeft de technische informatie alsnog gepubliceerd bij de oproep tot kandidaatstelling.

De verwerende partij verwijst ook regelmatig naar het feit dat het bestreden besluit een herneming is van het besluit van 2006. Op technisch vlak is dit volgens de verzoeksters volledig onjuist. In 2006 waren er voor de lokale radio-omroeporganisaties 294 frequenties voorzien waarvan er 61 een (D) directief zendpatroon hadden. Dit betekent dat 233 frequenties over een volledig

rondgestraald zendvermogen beschikten. In het bestreden frequentiebesluit zijn van diezelfde 294 frequenties er nu 135 met een (D) directief zendpatroon waardoor ze beperkt worden in hun uitzendvermogen. De inhoud van de beperkingen van het uitzendvermogen was op het ogenblik van de raadpleging onbekend. Aldus zijn er in het bestreden besluit meer dan dubbel zoveel frequenties die beperkingen hebben gekregen. Gelet hierop is het bestreden frequentiebesluit geenszins identiek aan het voormalige besluit.

Beoordeling

28.1. Artikel 14, lid 1, machtigingsrichtlijn omtrent de wijziging van rechten en plichten luidt:

> "Lidstaten zorgen 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."

28.2. De verwerende partij beweert niet dat artikel 14 machtigingsrichtlijn is omgezet in intern recht en betwist niet dat deze bepaling rechtstreekse werking heeft.

De verzoeksters mogen zich erop beroepen.

29. Met het reeds besproken eerste middel leveren de verzoeksters op grond van artikel 7 machtigingsrichtlijn terecht kritiek op, onder meer, het ontbreken van informatie over de niet vrijgegeven radiofrequenties en bijgevolg van enige mogelijkheid voor hen tot inbreng over het beperken van de beschikbare frequenties.

De waarborgen die artikel 7 machtigingsrichtlijn biedt aan de verzoeksters als belanghebbenden zijn ruimer dan de loutere mogelijkheid om hun standpunt kenbaar te maken, welke zij aan artikel 14 machtigingsrichtlijn zouden ontlenen; zo moet de lidstaat die het aantal gebruiksrechten beperkt onder meer rekening houden met de noodzaak de voordelen voor de gebruikers te maximaliseren (artikel 7, lid 1, a) en moet hij een "opgave van redenen" bekendmaken (artikel 7, lid 1, c). Voor zover de frequenties waarover in het eerste middel uitspraak is gedaan ook onder de toepassing van artikel 14 machtigingsrichtlijn vallen, kan het tweede middel in de gegeven omstandigheden aan de verzoeksters geen ruimere nietigverklaring opleveren.

Gelet op de gegrondheid van het eerste middel moet het tweede middel over "de opmaak van de bestreden beslissing" dan ook enkel nog worden onderzocht voor zover het betrekking heeft op de wijze waarop de verwerende partij haar consultaties heeft laten verlopen over het ontworpen besluit en dus over de voorgenomen wijzigingen met betrekking tot de wél beschikbaar gestelde frequenties. Deze strookt volgens de verzoeksters niet met de voorschriften van artikel 14 machtigingsrichtlijn en het rechtszekerheids- en zorgvuldigheidsbeginsel en het transparantiebeginsel als algemene beginselen van behoorlijk bestuur.

30.1. In de overwegingen bij de machtigingsrichtlijn wordt bij deze bepaling de volgende duiding gegeven:

> "(33) De lidstaten kunnen wijzigingen aanbrengen in rechten, voorwaarden, procedures, bijdragen en vergoedingen met betrekking tot algemene machtigingen en gebruiksrechten wanneer dat objectief gerechtvaardigd is. Dergelijke wijzigingen moeten tijdig en op passende wijze ter kennis van alle belanghebbende partijen worden gebracht, zodat deze voldoende gelegenheid wordt geboden om hun standpunt ten aanzien van de wijzigingen naar voren te brengen.
> (34) De beoogde transparantie vereist dat dienstenaanbieders, consumenten en andere belanghebbende partijen gemakkelijk toegang hebben tot alle informatie betreffende rechten, voorwaarden, procedures, bijdragen, vergoedingen en besluiten inzake het aanbieden van elektronischecommunicatiediensten, gebruiksrechten voor radiofrequenties en nummers, rechten tot het installeren van faciliteiten, nationale frequentiegebruiksplannen en nationale nummerplannen. De nationale regelgevende

> instanties hebben een belangrijke functie bij het verstrekken en actualiseren van dergelijke informatie. Wanneer dergelijke rechten op een ander bestuursniveau worden beheerd moeten de nationale regelgevende instanties trachten een gebruikersvriendelijk instrument in het leven te roepen dat toegang verschaft tot informatie over zulke rechten."

30.2. Voor zover de verzoeksters in het tweede middel het "transparantiebeginsel" inroepen, geven zij daaraan geen andere invulling dan de bij artikel 14 machtigingsrichtlijn "beoogde transparantie" als bedoeld in deze overwegingen; het valt bijgevolg samen met het ingeroepen artikel 14 machtigingsrichtlijn.

31. De verzoeksters betwisten niet dat een consultatie heeft plaatsgehad.

Uit het gebrek aan een regelgevend kader op zich volgt niet dat die consultatie voorafgaand aan het bestreden besluit in strijd zou zijn met artikel 14, lid 1, machtigingsrichtlijn. De rechtszekerheid zou weliswaar gediend zijn door een reglementair kader, maar houdt – net zomin als het zorgvuldigheidsbeginsel – de verplichting in om een dergelijk kader tot stand te brengen.

In die mate is het middel ongegrond.

32. De verzoeksters hebben allen opmerkingen geformuleerd in de loop van de consultatieperiode. Zij hebben bijgevolg geen belang bij kritiek op de wijze waarop die consultatie aan het publiek bekendgemaakt is, aangezien die bekendmaking hen niet heeft geschaad. Zij vermogen niet op te komen voor belangen van derden, zoals het "brede publiek".

In die mate is het middel niet ontvankelijk.

33. De consultatie over het voorgenomen besluit liep van 27 december 2016 tot 27 januari 2017, wat strookt met het minimum van vier weken voorgeschreven bij artikel 14, lid 1, machtigingsrichtlijn.

Dat die vier weken deels – en voor een dan nog zeer beperkt deel – in een "vakantie- en eindejaarsperiode" vallen, doet niet anders besluiten. Aan de Raad is overigens geen "vakantieperiode" van ondernemingen-houders van gebruiksrechten op radiofrequenties bekend.

De verzoeksters, die zich tijdens de consultatieronde kenbaar hebben gemaakt, tonen voorts niet aan dat dit *in concreto* geen adequate termijn of periode was om hun standpunt kenbaar te maken.

In die mate faalt het middel.

34. De verzoeksters hebben tijdens de consultatieronde voorts geen specifieke technische informatie opgevraagd of geklaagd over het ontbreken ervan – minstens voeren zij dat niet aan in hun inleidend verzoekschrift.

Zij zetten in het inleidend verzoekschrift slechts vaag uiteen welke technische informatie hen geholpen zou hebben om bijkomende opmerkingen te formuleren en concretiseren dit in de toelichting bij het middel op geen enkele wijze naar hun specifieke situatie in Antwerpen, Meerhout of Mol. Daarbij wordt bedacht dat het voornemen waarover zij hun standpunt kenbaar konden maken, in vergelijking met het toen bestaande frequentieplan niet voorzag in wijzigingen inzake de frequenties zelf maar enkel een aantal frequenties in andere pakketten opnam ten behoeve van netwerkradio-omroeporganisaties. Het voorwerp van de consultatieronde vertrok met andere woorden van een bestaande toestand die de verzoeksters als reeds erkende dienstaanbieders en houders van gebruiksrechten geacht mogen worden te kunnen inschatten. De verzoeksters poneren in het verzoekschrift en andermaal in de memorie van wederantwoord slechts *in abstracto* dat zij niet genoeg informatie kregen, maar maken dit onderdeel van hun grief onvoldoende inzichtelijk om te overtuigen dat zij als bestaande dienstaanbieders niet adequaat hebben kunnen participeren aan het overleg.

In zoverre kan het middel niet tot nietigverklaring leiden.

35. Wat de stand van zaken van lopende onderhandelingen met de Franse Gemeenschap betreft, valt niet in te zien waarom die informatie toelaat om nuttige opmerkingen te formuleren omtrent het aan consultatie voorgelegde voornemen. Of de frequenties in het plan al dan niet gestoord zullen worden en in welke mate interferenties zullen optreden bij een welbepaalde frequentie zal pas duidelijk worden wanneer een akkoord wordt gesloten of de onderhandelingen mislukt zouden zijn. Een voorlopige stand van zaken over de onderhandelingen brengt hieromtrent geen uitsluitsel. De onderhandelingen strekken er daarenboven net toe om middels coördinatie dergelijke storingen uit te sluiten.

Iets anders is het, als de onderhandelingen met de Franse Gemeenschap of met andere overheden leiden tot een akkoord waarbij het frequentieplan andermaal gewijzigd moet worden, in welk geval het om een nieuwe wijziging zal gaan waarover andermaal consultaties moeten volgen.

In zoverre is het middel niet gegrond.

36. Het middel wordt verworpen.

C. Derde middel

Uiteenzetting van het middel

37. Het derde middel is geput uit de schending van artikel 144 mediadecreet en van het rechtszekerheids- en zorgvuldigheidsbeginsel, als algemene beginselen van behoorlijk bestuur:

> "Doordat de bestreden beslissing het onmogelijk maakt voor lokale radio-omroeporganisaties om hun decretale opdracht te verwezenlijken.
> Terwijl het Mediadecreet de lokale radio-omroeporganisaties opdraagt een verscheidenheid van programma's te brengen met de bedoeling binnen het verzorgingsgebied een verbindende factor te zijn onder de bevolking of de doelgroep op basis van een specifiek profiel, een thematische invulling van het programma-aanbod of een specifiek doelgroepengericht

programma-aanbod en verweerster zich geëngageerd heeft de lokale radio-omroeporganisaties op te waarderen en te ondersteunen.
Zodat de bestreden beslissing de in het middel aangehaalde bepalingen schendt."

Het middel toelichtend stellen de verzoeksters dat door de beperking van het aantal frequenties en het uitzendbereik, uitgedrukt in wattage, het voor de lokale radio's in het algemeen en zijzelf in het bijzonder onmogelijk wordt gemaakt om hun decretale opdracht te realiseren.

De lokale radio-omroeporganisaties werden in hun gewettigd vertrouwen op basis van de conceptnota geschaad. Zij gingen uit van en vertrouwden op een opwaardering van het landschap voor de lokale radio's, zoals neergeschreven in de conceptnota van de Vlaamse minister van Media van 13 mei 2016 'Naar een duurzaam en toekomstgericht radiolandschap' maar werden daarentegen geconfronteerd met het bestreden besluit dat hun voortbestaan onmogelijk maakt. Om die reden hebben sommige verzoeksters geen aanvraag voor een nieuwe erkenning ingediend; een nieuwe erkenning was voor hen economisch niet levensvatbaar.

Het standpunt van de verzoeksters zien zij bevestigd in het advies van 31 januari 2017 vanwege de Strategische Adviesraad SARC bij het frequentiebesluit. Hieruit blijkt dat het besluit werd uitgevaardigd zonder enige economische studie. Daarenboven is het zendbereik te klein om tot economisch leefbare lokale radio-omroeporganisaties te komen.

38. In de memorie van wederantwoord herhalen de verzoeksters het middel en herhalen zij dat het bestreden besluit volkomen haaks staat op hetgeen over de lokale radio's is vastgelegd in het mediadecreet en hetgeen de verwerende partij zelf had vooropgesteld in haar conceptnota.

39. In de laatste memorie handhaven de verzoeksters dat het vertrouwensbeginsel geschonden is, omdat de intentie van het beleid niet juist is ingevuld.

Beoordeling

40. Artikel 144 mediadecreet houdt de taakomschrijving in van de lokale radio-omroepen en is enkel aan hen gericht. Hierin kunnen geen verplichtingen worden gelezen, gericht aan de Vlaamse regering, bij de bepaling van het aantal lokale radio-omroeporganisaties en de opstelling van het frequentieplan en de frequentiepakketten.

Deze decreetsbepaling kan dan ook niet leiden tot de nietigverklaring van het bestreden besluit.

41. Een conceptnota is een document over een specifiek probleem dat de Vlaamse regering indient bij het Vlaams Parlement, vóór de regering zelf een definitief standpunt inneemt. De bedoeling ervan is een debat uit te lokken in het parlement en in de samenleving.

De conceptnota bevat dan ook geen toezeggingen of beloften die in een concreet geval zijn gedaan en waarop de burger vermag te betrouwen of wat door hem niet anders kan worden opgevat dan als een vaste gedragslijn of beleidsregel van het bestuur op grond waarvan dat bestuur de door hem opgewekte gerechtvaardigde verwachtingen niet mag beschamen.

Ook in de mate waarin het de schending aanvoert van het rechtszekerheidsbeginsel en – in de toelichting – van het gewettigd vertrouwen, te begrijpen als het vertrouwensbeginsel, faalt het middel.

42. Dat de strategische adviesraad SARC in een advies van 31 januari 2017 voorstelt om het aantal frequentiepakketten te beperken, waardoor pakketten voor verzorgingsgebieden van circa 15 à 20 kilometer rond een economisch centrum kunnen bestaan, doet niet anders besluiten. Hoewel dit als een legitieme beleidsoptie kan worden aangezien, toont dit niet de onwettigheid aan van andere beleidsopties waarbij met kleinere verzorgingsgebieden wordt ge-

werkt. De verwijzing naar het advies van de adviesraad volstaat niet om aan te tonen dat het bestreden besluit onzorgvuldig tot stand is gekomen. Het zorgvuldigheidsbeginsel vereist niet dat de verwerende partij een economische studie dient uit te voeren. De verzoeksters tonen in het licht van het neergelegde administratief dossier niet aan dat nog bijkomende onderzoeken dienen te gebeuren.

43. Het middel wordt verworpen.

D. Vierde middel

Uiteenzetting van het middel

44. Het vierde middel is geput uit de schending van artikel 17 van de wet van 13 juni 2005 'betreffende de elektronische communicatie' (hierna ook: WEC), van het rechtszekerheids- en zorgvuldigheidsbeginsel als algemene beginselen van behoorlijk bestuur en van het beginsel *patere legem quam ipse fecisti*:

> "Doordat voorafgaand aan de bestreden beslissing er geen samenwerkingsakkoord tussen de Gemeenschappen, overeenkomstig artikel 92bis van de bijzonder[e] wet van 8 augustus 1980 tot hervorming der instellingen is gesloten.
> Terwijl artikel 17 van de Wet van 13 juni 2005 betreffende de elektronische communicatie voorziet in een verplichting tot het afsluiten van een voorafgaand samenwerkingsakkoord tussen de gemeenschappen. Dat het daarenboven strijdig is met de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, inzonderheid het rechtszekerheids- en het zorgvuldigheidsbeginsel om sedert jaren – ondertussen meer dan 10 jaar – na te laten een dergelijke samenwerkingsovereenkomst te sluiten en aldus rechtsonzekerheid te bestendigen.
> Zodat de bestreden beslissing de in het middel aangehaalde bepalingen schendt."

In de toelichting voeren de verzoeksters aan dat artikel 17 WEC oplegt dat de coördinatie van radiofrequenties voor radio-omroep wordt geregeld met een samenwerkingsakkoord tussen de gemeenschappen. Na meer dan tien jaar is er nog steeds geen samenwerkingsakkoord gesloten tussen de gemeen-

schappen. Nochtans heeft de Raad van State in het verleden reeds opgetreden tegen besluiten die genomen werden in afwezigheid van een dergelijk samenwerkingsakkoord, “minstens voor wat betreft frequenties waarvan het (quasi) zeker is dat er mogelijks storing op kan zitten wanneer er geen afspraken worden gemaakt tussen de gemeenschappen”. Opnieuw gaat de verwerende partij over tot het nemen van het bestreden besluit zonder dat een samenwerkingsakkoord gesloten is.

Dat negen geschorste frequenties niet zijn opgenomen in het bestreden besluit neemt volgens de verzoeksters niet weg dat het genomen is met schending van artikel 17 WEC; ook voor andere frequenties kan immers een probleem rijzen.

Daarenboven wordt het rechtszekerheids- en het vertrouwensbeginsel geschonden doordat bij het bestreden besluit frequenties worden bepaald, waarop kandidaten voor een erkenning als lokale radio-omroeporganisatie steunen om zich al dan niet kandidaat te stellen. Zolang er geen samenwerkingsakkoord gesloten is tussen de gemeenschappen is de lijst van frequenties niet definitief en bijgevolg voorwaardelijk. Het zorgvuldigheidsbeginsel vereist dat een overheid bij het nemen van haar beslissingen nauwgezet en met de nodige omzichtigheid te werk gaat. Het is evident dat dit niet het geval is wanneer men frequenties vastlegt bij besluit van de Vlaamse regering wanneer er geen zekerheid is dat deze frequenties wel beschikbaar zijn. De verzoeksters mogen er niet op vertrouwen dat de beslissingen van de verwerende partij juist, definitief en zeker zijn, wanneer zij frequenties vaststelt waarvan er geen zekerheid is dat ze kunnen worden gebruikt zonder dat ze gestoord worden door een frequentie van een andere gemeenschap.

De verwerende partij sloot op 20 december 2013 met de Franse Gemeenschap een principeakkoord waarbij het volgende overeengekomen werd:

> “Vanaf het ogenblik dat de databases zijn uitgewisseld, zullen de politieke overheden een bevriezing bevelen van de coördinatieprocedures en optimalisatieprocedures van de lopende en toekomstige frequenties en dit tot op het ogenblik dat de besprekingen zijn beëindigd.”

De verwerende partij schendt met het bestreden besluit de regels en verbintenissen, waartoe zij zichzelf heeft verbonden. Het bestreden besluit maakt dan ook een inbreuk uit op het beginsel *patere legem quam ipse fecisti*.

45. De verzoeksters stellen in hun repliek dat een samenwerkingsakkoord moet worden gesloten met de Franse Gemeenschap opdat de bestreden beslissing rechtsgeldig zou zijn. De eenzijdige berekeningen die de verwerende partij in het administratief dossier neerlegt achten zij van geen enkele relevantie. Artikel 17 WEC vereist een samenwerkingsakkoord, niet eenzijdige berekeningen.

Voor zover de verwerende partij laat uitschijnen dat op 8 december 2017 een samenwerkingsakkoord overeenkomstig artikel 17 WEC werd getekend, is niets minder waar. Er moet ook het akkoord worden verkregen van de federale regering en de Duitstalige Gemeenschap. Daarenboven is een samenwerkingsakkoord slechts rechtsgeldig wanneer dit het voorwerp van instemming door de decreetgever heeft uitgemaakt. Dat het akkoord van 8 december 2017 op heden niet geldt, blijkt trouwens ook uit artikel 4 van het akkoord, waarbij wordt bepaald dat de afstanden van de hangende procedures slechts worden ingediend na goedkeuring van het samenwerkingsakkoord door de verschillende betrokken parlementen.

46. In de laatste memorie merken de verzoeksters op dat de verwerende partij tot op heden nog steeds geen samenwerkingsakkoord gesloten zou hebben, maar enkel een voorakkoord op 8 december 2017. Gelet op het feit dat er geen technisch akkoord werd bereikt voor 34 frequenties, is het volgens de verzoeksters duidelijk dat deze 34 problematische frequenties ernstige storingen veroorzaken voor het radiolandschap in zowel de Vlaamse Gemeenschap als de Franse Gemeenschap. Diverse Vlaamse frequenties – de verzoeksters geven een overzicht – zullen worden gestoord door 21 van de 34 problematische frequenties die behoren tot de Franse Gemeenschap en die “werden bevroren”.

Het bestreden besluit creëert enerzijds frequenties die storingsvrij zijn en anderzijds een hele reeks frequenties die ernstig gestoord wordt. De kader- en de machtigingsrichtlijn beogen juist het optimaal gebruik van het spectrum, waarbij storingen vermeden dienen te worden. Het huidige beleid druist echter in tegen de richtlijnen. Een samenwerkingsakkoord tussen de Vlaamse en de Franse Gemeenschap zou storingen kunnen vermijden. Ter zake bepaalt artikel 17 WEC dat een samenwerkingsakkoord wel degelijk noodzakelijk is. Het bestreden frequentiebesluit is echter uitgevaardigd zonder dat vooraf een samenwerkingsakkoord is gesloten met de Franse Gemeenschap. Een normaal zorgvuldige overheid zou nochtans storende frequenties coördineren met de Franse Gemeenschap alvorens een frequentiebesluit uit te vaardigen.

Beoordeling

47. De verzoeksters streven als dienstverleners na om gebruiksrechten te verwerven voor één of meerdere radiofrequenties. Zij ontkennen niet dat deze rechten door de beperktheid van het radiospectrum een schaars goed vormen en dat de verwerende partij het gebruik van deze rechten mag regelen door bepaling van het aantal radio-omroeporganisaties dat kan worden erkend, waarbij een frequentieplan en vaststelling van frequentiepakketten noodzakelijk is.

48. Uit arrest nr. 112/2011 van het Grondwettelijk Hof van 23 juni 2011 blijkt dat een gemeenschap sinds de inwerkingtreding van artikel 17 WEC 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 gemeenschappen, waarvoor de procedure moet worden vastgesteld in een samenwerkingsakkoord.

De in artikel 17 WEC bedoelde verplichting om een samenwerkingsakkoord te sluiten, heeft betrekking op de coördinatie van frequenties die in redelijkheid geacht kunnen worden storingen te veroorzaken.

49. Voor zover het bestreden besluit betrekking heeft op frequenties die niet in redelijkheid geacht kunnen worden storingen te veroorzaken, staat artikel 17 WEC en bijgevolg het ontbreken van een samenwerkingsakkoord niet aan de vaststelling ervan in de weg.

Voor zover de verzoeksters evenwel zouden beweren niet te hebben durven kandideren voor gebruiksrechten, omdat zij geen zekerheid hebben dat de in het plan opgenomen frequenties niet zullen storen, zij opgemerkt dat zulke bewering niet volstaat. Het volstaat immers niet om erop te wijzen dat er een risico bestaat dat sommige van de in het besluit bepaalde frequenties storingen veroorzaken; het valt aan de verzoeksters toe concrete, technische gegevens aan te voeren waaruit blijkt dat welbepaalde frequenties die in het bestreden besluit zijn opgenomen in redelijkheid storing kunnen veroorzaken. Aangezien de verzoeksters, als gezien, enkel mogen opkomen om hun persoonlijk belang te ondersteunen, ligt het ook op hun weg om het verband te leggen tussen die mogelijke storingen en de frequenties in Antwerpen, Meerhout of Mol waarvoor zij zelf belangstelling koesteren overeenkomstig hun uiteenzetting omtrent hun actueel belang. Zij laten evenwel na om in dit verband enige gegevens aan te voeren, waardoor zij in die mate evenmin de schending van artikel 17 WEC kunnen aantonen.

50. Ten overvloede zij opgemerkt dat de verwerende partij daarentegen wel berekeningen voorlegt, waaruit dient te blijken dat de frequenties opgenomen in het frequentieplan niet van aard zijn om tot storingen van frequentietoewijzingen binnen de Franse Gemeenschap te leiden. Het eenzijdige karakter van deze berekeningen weerlegt op zich niet hun relevantie. Het staat immers aan de verzoeksters om aan te tonen waarom deze berekeningen niet juist zouden zijn

en deze frequenties in redelijkheid geacht kunnen worden storingen te veroorzaken, zodat ze onder de verplichting tot coördinatie worden gebracht.

51. De verzoeksters spreken ook de vrees uit dat de in het bestreden besluit opgenomen frequenties zelf gestoord kunnen worden door frequenties in de Franse Gemeenschap. Ook hiervan dragen zij geen bewijs bij, noch leggen zij het verband met hun persoonlijk belang. Alleszins weerleggen de verzoeksters niet de stukken van de verwerende partij, waarin deze toelicht dat in het besluit vooralsnog enkel die frequenties zijn opgenomen waarover reeds een technisch akkoord met de Franse Gemeenschap bestond en dat de andere "on hold" staan. Uit het akkoord van 8 december 2017 blijkt dat 34 problematische radiofrequenties worden "bevroren" en dat over 877 andere een technisch akkoord is gevonden. De verzoeksters tonen niet aan dat de "bevroren" radiofrequenties zijn opgenomen in het bestreden besluit en behoren tot de frequenties waarvoor zij wensten te kandideren, noch dat de radiofrequenties waarvoor een technisch akkoord bestaat, in redelijkheid gestoord kunnen worden. Er mag worden aangenomen dat alvast de verwerende partij erop vertrouwt dat die frequenties welke in het bestreden besluit zijn vastgesteld, niet gestoord zullen worden. Bovendien zou die storing niet de onwettigheid van het bestreden besluit vermogen aan te tonen, maar er veeleer op wijzen dat de Franse Gemeenschap wederrechtelijk frequenties heeft vastgesteld die voor storingen zorgen. Het zijn dan immers die bij veronderstelling storende frequenties van de Franse Gemeenschap, die niet behoorlijk aan de coördinatieprocedure zouden zijn onderworpen.

Ook in de mate dat de verzoeksters vrezen dat frequenties gestoord kunnen worden, faalt het middel.

52. De door de verzoeksters geciteerde passus uit het principeakkoord van 20 december 2013 'met betrekking tot de werkwijze die werd vastgelegd met het oog op het sluiten van een samenwerkingsakkoord tussen de Vlaamse Gemeenschap en de Franse Gemeenschap met betrekking tot de coördinatie van de aardse analoge FM radiofrequenties' betreft geen algemene regel, maar

slechts een individuele verbintenis tussen de partijen van het principeakkoord, waardoor het beginsel *patere legem quam ipse fecisti* niet geschonden kan zijn. Daargelaten de vraag of deze clausule de Vlaamse regering zou verhinderen om het bestreden reglementair besluit te nemen, moet worden vastgesteld dat de verzoeksters geen partij zijn bij deze overeenkomst en zich er niet op kunnen beroepen om de onwettigheid van het bestreden besluit aan te tonen.

53. Het middel is ongegrond.

BESLISSING

1. De Raad van State stelt de afstand van geding vast in hoofde van de derde verzoekende partij.

2. De Raad van State vernietigt het besluit van de Vlaamse regering van 21 april 2017 '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'.

3. Dit arrest dient bij uittreksel te worden bekendgemaakt op dezelfde wijze als het vernietigde besluit.

4. De derde verzoekende partij wordt verwezen in de kosten van haar vordering tot schorsing, begroot op een rolrecht van 200 euro.

De verwerende partij wordt verwezen in de kosten van de vordering tot schorsing en van het beroep tot nietigverklaring van de overige verzoekende partijen, begroot op een rolrecht van 2000 euro en een rechtsplegingsvergoeding van 840 euro, die verschuldigd is aan deze verzoekende partijen, elk voor een vijfde.

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van 25 oktober 2018, door de Raad van State, IXe kamer, samengesteld uit:

Geert Van Haegendoren,	kamervoorzitter,
Bruno Seutin,	staatsraad,
Bert Thys,	staatsraad,

bijgestaan door

Tiny Temmerman,	griffier.

De griffier	**De voorzitter**
Tiny Temmerman	**Geert Van Haegendoren**