

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK.

A R R E S T

nr. 181.175 van 17 maart 2008

A. 179.660/V-1726

In zake : de "RADIO-TÉLÉVISION BELGE DE
LA COMMUNAUTE FRANÇAISE" (RTBF),
woonplaats kiezend bij
Mr. F. TULKENS, advocaat,
Terhulpesteenweg 177/6
1170 Brussel,

A. 179.661/V-1727

In zake : de Franse Gemeenschap,
vertegenwoordigd door haar Regering,
woonplaats kiezend bij
Mr. F. TULKENS, advocaat,
Terhulpesteenweg 177/6
1170 Brussel,

tegen (in beide zaken):

de Vlaamse Gemeenschap,
vertegenwoordigd door de Vlaamse Regering,
woonplaats kiezend bij
Mr. B. STAELENS, advocaat,
Stockhouderskasteel
Gerard Davidstraat 46/1
8000 Brugge.

tussenkommende partijen (in beide zaken):

1. NV 4FM GROEP,
2. NV VLAAMSE MEDIA MAATSCHAPPIJ,
beiden woonplaats kiezend bij
Mr. T. DE CORDIER, advocaat,
Tervurenlaan 268A
1150 Brussel.

DE RAAD VAN STATE, Ve K A M E R,

Gezien het verzoekschrift dat de "Radio-Télévision Belge de la Communauté Française" (RTBF) op 22 december 2006 heeft ingediend om de schorsing te vorderen van de tenuitvoerlegging van het besluit van de Vlaamse regering van 1 september 2006 houdende de bepaling van het aantal particuliere

landelijke, regionale en locale 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 locale radio-omroepen (de zaak A. 179.660/V-1726);

Gezien het verzoekschrift dat de Franse Gemeenschap op dezelfde datum heeft ingediend om de schorsing te vorderen van de tenuitvoerlegging van hetzelfde besluit (de zaak A. 179.661/V-1727);

Gezien de gelijktijdig ingediende verzoekschriften, waarbij dezelfde verzoekende partijen de vernietiging vorderen van hetzelfde besluit;

Gezien de nota's van de verwerende partij;

Gezien de verslagen opgemaakt door auditeur W. WEYMEERSCH;

Gelet op de kennisgeving van de verslagen aan partijen;

Gelet op de beschikkingen van 27 september 2007 waarbij de terechtzitting bepaald wordt op 18 oktober 2007;

Gehoord het verslag van kamervoorzitter P. LEMMENS;

Gehoord de opmerkingen van advocaat F. TULKENS, die verschijnt voor de verzoekende partijen, van advocaat B. STAELENS, die verschijnt voor de verwerende partij, van advocaat T. DECORDIER, die verschijnt voor de tussenkomende partijen, en van advocaat Chr. LESAFFER die, loco advocaat F. VAN ELSSEN, eveneens verschijnt voor de tussenkomende partijen;

Gehoord het advies van auditeur W. WEYMEERSCH;

Gelet op de artikelen 17 en 18 en titel VI, hoofdstuk II, van de wetten op de Raad van State, gecoördineerd op 12 januari 1973,

OVERWEEGT WAT VOLGT :

Feiten

1. Artikel 32 van de decreten betreffende de radio-omroep en de televisie, gecoördineerd op 4 maart 2005, bepaalt dat de Vlaamse regering het frequentieplan opstelt, het goedkeurt en bepaalt hoeveel landelijke, regionale en lokale radio's kunnen worden erkend. Op basis van het frequentieplan en het te erkennen aantal particuliere radio-omroepen verleent de Vlaamse regering dan de erkenningen.

Ter uitvoering van die decreetsbepaling heeft de Vlaamse regering op 1 september 2006 een besluit genomen, “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”.

Artikel 1 van dat besluit bepaalt hoeveel landelijke radio-omroepen, hoeveel regionale radio-omroepen per provincie en hoeveel lokale radio-omroepen de Vlaamse regering kan erkennen. Artikel 2 bepaalt dat voor de particuliere landelijke, regionale en lokale radio-omroepen het frequentieplan wordt vastgesteld overeenkomstig de lijst van frequenties, met aanduiding van de betrokken localiteit, in bijlage I bij het besluit. Artikel 3 bepaalt dat aan elk van de (twee) landelijke radio-omroepen een van de frequentiepakketten ter beschikking wordt gesteld, vermeld in bijlage II. Artikel 4 bepaalt dat aan elk van de regionale radio-omroepen per provincie de frequenties (lees: de frequentiepakketten) ter beschikking worden gesteld, vermeld in bijlage III. Artikel 5 bepaalt dat aan elk van de lokale radio-omroepen een van de frequenties vermeld in bijlage IV ter beschikking wordt gesteld.

Artikel 6 van het genoemde besluit voorziet in de opheffing van twee besluiten: het besluit van de Vlaamse regering van 8 juni 2001 houdende bepaling van het aantal landelijke radio-omroepen dat kan worden erkend en houdende vaststelling van de frequentiepakketten die ter beschikking van de landelijke radio-omroepen worden gesteld, en het besluit van de Vlaamse regering van 18 juli 2003 houdende 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. De tenuitvoerlegging van het eerste besluit is door de Raad van State gedeeltelijk geschorst, bij arrest nr. 105.634 van 18 april 2002, en het besluit zelf is nadien opgeheven bij het tweede besluit. De tenuitvoerlegging van het tweede besluit is door de Raad van State geschorst, bij arrest nr. 153.065 van 21 december 2005.

Artikel 7 van het besluit van 1 september 2006 bepaalt dat dit besluit uitwerking heeft met ingang van 25 juli 2003. Aldus werkt dat besluit terug tot op het ogenblik waarop het geschorste besluit van 18 juli 2003 in werking is getreden.

Het besluit van 1 september 2006 vormt het voorwerp van de voorliggende vordering.

2. Het bestreden besluit dient in zijn context te worden gelezen.

2.1. Dat besluit houdt, zoals het genoemde besluit van de Vlaamse regering van 18 juli 2003, een aantal wijzigingen in van bestaande frequenties. Ten tijde van de voorbereiding van dit laatste besluit moest voor het aannemen van dergelijke wijzigingen rekening gehouden worden met de verplichting opgelegd bij artikel 2 van het koninklijk besluit van 10 januari 1992 betreffende de klankradio-omroep in frequentiemodulatie in de band 87,5 MHz - 108 Mhz. Volgens die bepaling moest een gemeenschap die een nieuw frequentieplan wenste op te stellen of een wijziging wenste aan te brengen in haar plan, een coördinatie-aanvraag indienen bij het Belgisch Instituut voor postdiensten en telecommunicatie, dat dan de coördinatie op gang bracht met de andere gemeenschappen en eventueel met de Regie der Luchtwegen en de buitenlandse administraties.

Met toepassing van die bepaling heeft de Vlaamse Gemeenschap in 2000, 2001 en 2002 voor een aantal wijzigingen aanvragen tot coördinatie ingediend bij het Belgisch Instituut. Tegen verscheidene wijzigingen zijn toen bezwaren gemaakt, met name door de Franse Gemeenschap. De verwerende partij was op een bepaald ogenblik van oordeel dat de coördinatieprocedure tot een einde was gekomen, en de Vlaamse regering heeft toen het besluit van 18 juli 2003 genomen. De tenuitvoerlegging van dat besluit is evenwel, zoals hiervóór reeds is

aangegeven, door de Raad van State geschorst, bij arrest nr. 153.065 van 21 december 2005. In dat arrest overweegt de Raad dat de coördinatieprocedure opgelegd bij artikel 2 van het koninklijk besluit van 10 januari 1992 niet tot een goed einde was gebracht en niet volledig was afgedaan. De coördinatieprocedure wordt beschouwd als een substantieel vormvereiste dat van openbare orde is. Het middel waarin de schending van artikel 2 van het koninklijk besluit van 10 januari 1992 wordt ingeroepen, wordt als ernstig beschouwd. Het beroep tot nietigverklaring is thans nog aanhangig (zaken A. 141.929/V-1675, A. 141.932/V-1676 en A. 141.931/V-1677).

2.2. Kort voordat het besluit van 18 juli 2003 is genomen, heeft het Arbitragehof de gelegenheid gehad om duidelijkheid te verschaffen over de regeling inzake de bevoegdheid tot het vaststellen van de frequenties voor radio-omroepen.

Naar aanleiding van een beroep gericht tegen een decreet van de Franse Gemeenschap, overweegt het Hof in zijn arrest nr. 92/2003 van 24 juni 2003 dat de gemeenschappen bevoegd zijn om de technische aspecten van radio- en televisie-uitzendingen te regelen, als accessorium van de aangelegenheid van de radio-omroep en de televisie. Die bevoegdheid omvat de bevoegdheid om de frequenties toe te wijzen, mits de technische normen die tot de federale bevoegdheid behoren in acht worden genomen (overweging B.7.2). Daarenboven dient de uitoefening van de gemeenschapsbevoegdheid inzake radio-omroep en televisie zo te worden geregeld dat zij geen afbreuk doet aan de federale bevoegdheid inzake algemene politie van de radio-elektrische golven of 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 (overweging B.9.2). Het Hof merkt voorts op, gelet op de noodzaak om inzake het toewijzen van de in het geding zijnde frequenties te voorzien in een coördinatie tussen de federale Staat en de gemeenschappen, dat het aan de betrokken overheden staat om te beoordelen of het opportuun is die coördinatie door middel van een samenwerkingsakkoord te regelen (overweging B.10).

2.3. In het kader van het voorliggende geschil dient voorts melding te worden gemaakt van de wet van 13 juni 2005 betreffende de elektronische communicatie.

De artikelen 12 tot 17 bevatten “principes van toepassing op alle radiofrequenties”. Die bepalingen luiden als volgt:

“Art. 12. De artikelen 18 tot 24 zijn niet van toepassing op de specifieke frequenties voor radio-omroep en televisie.

Art. 13. Het Instituut (d.i. het Belgisch Instituut voor postdiensten en telecommunicatie) 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.

Art. 14. De Koning bepaalt, bij een besluit vastgesteld na overleg in de Ministerraad, na advies van het Instituut en na overleg met de Gemeenschappen, de technische voorschriften betreffende het gebruik van de radiofrequenties voor zover deze niet uitsluitend voor omroepsignalen zijn bestemd. Het Instituut verzekert de naleving ervan.

De Koning bepaalt, bij een besluit vastgesteld na overleg in de Ministerraad, na advies van het Instituut en na overleg met de Gemeenschappen, de technische voorschriften betreffende het toekennen van radiofrequenties die uitsluitend voor omroepsignalen zijn bestemd, die gemeenschappelijk moeten blijven voor het geheel van de radioberichtgeving, ongeacht hun bestemming. Het Instituut verzekert de naleving ervan.

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.

Art. 16. De Koning bepaalt, na advies van het Instituut en de Gemeenschappen, bij een besluit vastgesteld na overleg in de Ministerraad, de algemene politieverordeningen van de radiogolven.

Art. 17. De coördinatie van radiofrequenties voor radio-omroep wordt geregeld door een samenwerkingsakkoord met de Gemeenschappen, met toepassing van artikel 92bis van de bijzondere wet van 8 augustus 1980 tot hervorming der instellingen.”

Bij artikel 156 wordt de wet van 30 juli 1979 betreffende de radioberichtgeving opgeheven. Het was op grond van die wet dat het genoemde koninklijk besluit van 10 januari 1992 was genomen.

3. Op 3 augustus 2006 heeft de Raad van State, afdeling wetgeving, advies nr. 40.950/1/V gegeven over het ontwerp dat geleid heeft tot het bestreden besluit van de Vlaamse regering van 1 september 2006. In dat advies wordt uitvoerig ingegaan op de vraag of de Vlaamse Gemeenschap de bestreden regeling eenzijdig kan invoeren, dan wel of zij daarvoor eerst de coördinatieprocedure moet doorlopen, bedoeld in artikel 10 van het koninklijk besluit van 10 januari 1992. De Raad van State overweegt daaromtrent het volgende:

“2. Het zesde, het zevende en het achtste lid van de aanhef bevatten een omstandige verantwoording met betrekking tot het verloop en de afwikkeling van de coördinatieprocedure, bedoeld in artikel 2 van het koninklijk besluit van 10 januari 1992 betreffende de klankradio-omroep in de frequentiemodulatie in de band 87,5 MHz - 108 Mhz.

De noodzaak van zulk een uitleg is evenwel achterhaald. De wet van 30 juli 1979 betreffende de radioberichtgeving, en daarmee de mogelijke rechtsgrond voor het koninklijk besluit van 10 januari 1992, werd immers opgeheven bij artikel 156 van de wet van 13 juni 2005 betreffende de elektronische communicatie.

Nu is het wel zo dat in het oorspronkelijke wetsontwerp zoals het was ingediend in de Kamer van volksvertegenwoordigers, een bepaling was opgenomen die de Koning opdroeg de algemene politieverordeningen van de radiogolven "alook de frequentiecoördinatie" vast te stellen. Wat betreft de radiofrequenties voor de radio-omroep, mocht het betrokken koninklijk besluit slechts worden goedgekeurd na overleg met de gemeenschapsregeringen (artikel 16 van het wetsontwerp) ¹. Bij goedkeuring van die bepaling zou de wet van 13 juni 2005 mogelijk als een substitutie van de rechtsgrond voor het koninklijk besluit van 10 januari 1992 in aanmerking kunnen komen.

Over die tekst adviseerde evenwel de afdeling wetgeving van de Raad van State, met verwijzing naar het arrest nr. 92/2003 van het Arbitragehof als volgt ²:

"6. Wat betreft de aangelegenheid van de verdeling van de bevoegdheden inzake radiocommunicatie, dient er nog op te worden gewezen dat de artikelen 12 tot 15 van het voorontwerp van wet de bevoegdheden van de federale overheid overschrijden.

Het Arbitragehof heeft onlangs nog gewezen op het volgende:

«B.7.2. Behoudens de uitzondering waarin hij heeft voorzien, heeft de bijzondere wetgever de aangelegenheid van de radio-omroep en de televisie in haar geheel naar de gemeenschappen overgeheveld. Die bevoegdheid staat de gemeenschappen toe de technische aspecten van radio- en televisie-uitzendingen te regelen als accessorium van de aangelegenheid van de radio-omroep en de televisie. Die bevoegdheid omvat tevens de bevoegdheid om de frequenties toe te wijzen, mits de technische normen die tot de federale bevoegdheid behoren in acht worden genomen.

Immers, om de integratie van elk van de radio-elektrische golven in het geheel van die welke over het nationale grondgebied worden

¹Parl. St., Kamer, DOC 51 1425/1, 253.

²Advies 37.295/4 van 28 juni 2004 over een voorontwerp van wet "betreffende de elektronische communicatie" (Parl. St., Kamer, DOC 51 1425/1, 219-221).

uitgezonden, mogelijk te maken en om wederzijdse storingen te vermijden, moet de federale overheid instaan voor de algemene politie van de radio-elektrische golven.

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 radioberichtgeving, ongeacht de bestemming ervan, en de bevoegdheid een technische controle te organiseren en de overtreding van bedoelde normen strafbaar te stellen.

B.10. Uit de uiteenzetting van de partijen voor het Hof blijkt de noodzaak om inzake het toewijzen van de in het geding zijnde frequenties te voorzien in een coördinatie tussen de federale Staat en de gemeenschappen, zowel op het nationale als op het internationale vlak. Nu noch de Grondwet, noch de wetten tot hervorming der instellingen in die aangelegenheid in een verplichte samenwerking voorzien, staat het aan de overheden die complementaire bevoegdheden uitoefenen te beoordelen of het opportuun is gebruik te maken van artikel 92bis van de bijzondere wet van 8 augustus 1980 tot hervorming der instellingen, dat bepaalt: 'De Staat, de Gemeenschappen en de Gewesten kunnen samenwerkingsakkoorden sluiten die onder meer betrekking hebben op de gezamenlijke oprichting en het gezamenlijk beheer van gemeenschappelijke diensten en instellingen, op het gezamenlijk uitoefenen van eigen bevoegdheden, of op de gemeenschappelijke ontwikkeling van initiatieven'.»

De ontworpen wet mag dus de Koning of het Instituut 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 radioberichtgeving is of indien het gaat om normen die voor het geheel van de radiocommunicatie gemeenschappelijk moeten blijven.

Bovendien mag het Instituut niet worden belast met de coördinatie van de radiofrequenties voor radioberichtgeving en mag het geen andere dan de technische controle uitoefenen op het gebruik van deze radiofrequenties.

Ten slotte mag de wet alleen voorzien in de normen die, per definitie, vallen onder de bevoegdheid van de federale overheid en die slechts na overleg met de gemeenschapsregeringen mogen worden uitgevaardigd.

De autonomie van respectievelijk de gemeenschappen en de gewesten staat er immers aan in de weg dat de federale Staat of een deelentiteit eenzijdig zouden beslissen de instanties van andere deelentiteiten of van de federale Staat te betrekken bij de uitoefening van zijn of haar bevoegdheden. Alleen een wet aangenomen met een bijzondere meerderheid of een samenwerkingsakkoord zou zulk een overleg kunnen opleggen.

Zoals het Arbitragehof kan de afdeling wetgeving dus opnieuw alleen maar vaststellen dat de noodzakelijke coördinatie van de radiofrequenties, gelet op de vigerende regels voor de bevoegdheidsverdeling, alleen met een samenwerkingsakkoord kan worden verwezenlijkt."

Bij de bespreking van het ontwerp in de bevoegde kamercommissie werd door de minister ingestemd met de stelling dat de coördinatie van de radiofrequenties het voorwerp moet uitmaken van een voorafgaand samenwerkingsakkoord met de gemeenschappen en werden vervolgens twee amendementen op de tekst aangenomen om de frequentiecoördinatie niet meer aan de Koning op te dragen (*Parl. St.*, Kamer, DOC 51 1425/18, 16-17), zodat de wet van 13 juni 2005 thans met betrekking tot, eensdeels, de algemene politieverordeningen en, anderdeels, de coördinatie van de radiofrequenties, in twee afzonderlijke bepalingen stelt wat volgt:

"Art. 16. De Koning bepaalt, na advies van het Instituut en de Gemeenschappen, bij een besluit vastgesteld na overleg in de Ministerraad, de algemene politieverordeningen van de radiogolven.

Art. 17. De coördinatie van radiofrequenties voor radio-omroep wordt geregeld door een samenwerkingsakkoord met de Gemeenschappen, met toepassing van artikel 92bis van de bijzondere wet van 8 augustus 1980 tot hervorming der instellingen."

Uit wat voorafgaat blijkt dat in de nieuwe wet geen rechtsgrond meer voorkomt voor de coördinatieprocedure vermeld in het koninklijk besluit van 10 januari 1992 en, meer nog, dat de wetgever in 2005, geheel in lijn met de aangehaalde rechtspraak van het Arbitragehof over de complementaire bevoegdheden van de gemeenschappen en de federale overheid, heeft geoordeeld dat de coördinatie tussen de federale overheid en de gemeenschappen inzake het toewijzen van de radiofrequenties hoe dan ook niet eenzijdig aan de Koning mag worden overgelaten.

De coördinatieprocedure bedoeld in het koninklijk besluit van 10 januari 1992 is dan ook niet verenigbaar met het nieuwe wettelijke kader en mag bijgevolg niet langer worden toegepast.

Er is dan ook geen reden om in de aanhef van het besluit te verantwoorden waarom de coördinatieprocedure bedoeld in artikel 2 van het koninklijk besluit van 10 januari 1992 zou zijn afgerond, aangezien die procedure niet meer kan worden toegepast.

3. Rest de vraag of de Vlaamse Gemeenschap eenzijdig, dus zonder gecoördineerd optreden, radiofrequenties kan toewijzen, nu er (nog) geen samenwerkingsakkoord bestaat dat in een coördinatieprocedure voorziet. Deze vraag werd door het Arbitragehof bevestigend beantwoord in de overwegingen B.7.2 tot B.10 en B.14.2 van zijn arrest nr. 92/2003.

De Vlaamse Gemeenschap mag een samenwerkingsakkoord terzake afwachten, maar mag eveneens, zoals de Franse Gemeenschap het heeft gedaan in het decreet waarover het Hof zich in dat arrest heeft uitgesproken, eenzijdig radiofrequenties toewijzen, voor zover tenminste die bevoegdheidsuitoefening binnen de perken van het evenredigheidsbeginsel blijft (zie overweging B.9 van het arrest nr. 92/2003) en onverminderd de federale bevoegdheid inzake de etherpolitie.

De afdeling wetgeving van de Raad van State dient op dit punt evenwel een voorbehoud te maken, aangezien zij niet beschikt over de gegevens, noch over de tijd, om na te gaan of bepaalde van de in de bijlagen bij het ontwerp opgenomen frequenties van aard zijn om op een onevenredige wijze de bevoegdheid te doorkruisen van de andere gemeenschappen om de radiofrequenties binnen hun gebied toe te wijzen, in het bijzonder wat de geografische gegevens van de zendplaatsen in combinatie met het uitzendvermogen betreft."

Over de samenvoeging van de vorderingen

4. In de zaken A. 179.660/V-1726 en A. 179.661/V-1727 wordt telkens de vernietiging en de schorsing van de tenuitvoerlegging gevorderd van het voormelde besluit van de Vlaamse regering van 1 september 2006, in zoverre dit bepaalde frequenties vaststelt. In de eerste zaak gaat het om 47 frequenties, die

volgens de verzoekende partij de aan haar toegekende frequenties storen, of minstens om 26 frequenties, die een bijzonder schadelijke storing veroorzaken. In de tweede zaak gaat het om 86 frequenties, die volgens de verzoekende partij de frequenties toegekend aan de RTBF en de Franstalige particuliere radio-omroepen storen, of minstens om 46 frequenties, die een bijzonder schadelijke storing veroorzaken. In de twee zaken wordt een enig middel ingeroepen, dat in de tweede zaak uit twee onderdelen bestaat. Het middel in de eerste zaak en het eerste onderdeel in de tweede zaak zijn in ruime mate hetzelfde. Het tweede onderdeel in de tweede zaak vertoont bovendien raakpunten met het eerste onderdeel.

De zaken zijn dan ook samenhangend, zodat zij in het belang van een goede rechtsbedeling samengevoegd worden.

Over de verzoeken tot tussenkomst

5. In de twee zaken verzoeken de nv 4FM GROEP en de nv VLAAMSE MEDIA MAATSCHAPPIJ met op 21 februari 2007 ter post aangetekende verzoekschriften om in het kort geding te mogen tussenkomen. Er is grond om die verzoeken in te willigen.

Ontvankelijkheid van de vorderingen

6. De verwerende partij werpt in de twee zaken een eerste exceptie van onontvankelijkheid op, afgeleid uit de miskennis van artikel 3bis van het besluit van de Regent van 23 augustus 1948 tot regeling van de rechtspleging voor de afdeling administratie (thans de afdeling bestuursrechtspraak) van de Raad van State. Die bepaling voorziet in de verplichting voor de verzoekende partij om, op het ogenblik dat zij haar verzoekschrift indient, een kopie daarvan ter informatie te bezorgen aan de tegenpartij. Volgens de verwerende partij is dit procedurevoorschrift verzuimd. Niet alleen is het procedurereglement daardoor geschonden, bovendien is ook de federale loyaliteit miskend, nu de verwerende partij pas drie weken na het indienen van het verzoekschrift kennis kreeg van het feit dat haar besluit bestreden was.

7. Op het ogenblik dat de vorderingen tot schorsing werden ingesteld, bepaalde artikel 3bis van het besluit van de Regent van 23 augustus 1948 tot

regeling van de rechtspleging voor de afdeling administratie van de Raad van State het volgende :

"Op hetzelfde ogenblik als zij haar verzoekschrift indient, stuurt de verzoekende partij een kopie daarvan ter informatie aan de tegenpartij. De overheid die deze kopie ontvangt, bezorgt ze desgevallend aan de bevoegde overheid.

Het toesturen van een kopie van het verzoekschrift als bedoeld in het eerste lid, houdt geen definitieve aanwijzing van de tegenpartij in. Het stelt niet de termijnen in werking die de tegenpartij moet in acht nemen."

Uit de bewoordingen zelf van de aangehaalde bepaling, luidens welke "[o]p hetzelfde ogenblik als zij haar verzoekschrift indient, [...] de verzoekende partij een kopie daarvan ter informatie aan de tegenpartij [stuurt]," en "[h]et toesturen van een kopie van het verzoekschrift als bedoeld in het eerste lid, [...] geen definitieve aanwijzing van de tegenpartij [inhoudt]" en "[h]et [...] niet de termijnen in werking [stelt] die de tegenpartij moet in acht nemen", blijkt dat deze bepaling geen substantiële of op straffe van nietigheid voorgeschreven vormvereiste inhoudt.

Het loutere miskennen van het bedoelde voorschrift houdt bovendien geen miskenning in van de federale loyaliteit.

De exceptie kan niet worden aangenomen

8. De verwerende partij werpt in de twee zaken een tweede exceptie van onontvankelijkheid op, in zoverre de vorderingen gericht zijn tegen artikel 1 van het bestreden besluit. Volgens de verwerende partij hebben de verzoekende partijen geen belang bij het bestrijden van dit artikel, dat zich ertoe beperkt te voorzien in de mogelijkheid dat twee landelijke radio-omroepen, één regionale radio-omroep per provincie en 294 lokale radio-omroepen erkend worden. Een dergelijke bepaling doet op geen enkele wijze afbreuk aan de bevoegdheid van de verzoekende partijen, en betreft zelfs een aangelegenheid waarmee deze "zich zonder meer niet (hebben) te moeien".

9. Uit het dispositief van de verzoekschriften van de verzoekende partijen blijkt dat deze niet de schorsing van de tenuitvoerlegging van het hele besluit van 1 september 2006 vorderen, maar enkel de schorsing van de tenuitvoerlegging van dat besluit in zoverre het bepaalde, met name genoemde frequenties vaststelt. Aldus blijkt dat de vorderingen niet gericht zijn tegen artikel 1 van het bestreden besluit.

Uitgaande van die interpretatie van de verzoekschriften, is de exceptie zonder voorwerp.

10. In de zaak A. 179.660/V-1726 werpen de tussenkomende partijen een derde exceptie van onontvankelijkheid op, afgeleid uit het ontbreken van een wettig belang. Volgens de tussenkomende partijen verwijt de verzoekende partij (RTBF) aan de verwerende partij dat deze eenzijdig, zonder voorafgaande coördinatie, de frequenties heeft vastgesteld, terwijl de Franse Gemeenschap in het verleden zelf, toen er nog een verplichting tot coördinatie bestond, eenzijdig en zonder overleg of samenwerking met de verwerende partij frequenties heeft vastgesteld, o.m. voor de verzoekende partij. De verzoekende partij baat derhalve illegale zenders uit, en die situatie kan haar geen wettig belang opleveren.

11. Zoals de verzoekende partij in haar verzoekschrift uiteenzet, vervult zij een opdracht van openbare dienstverlening in verband met onder meer klankradio. Zij voert aan dat het bestreden besluit het spectrum van beschikbare frequenties verdeelt op een wijze die van aard is de frequenties te storen die haar door de Franse Gemeenschapsregering zijn toegekend.

De verzoekende partij heeft belang bij het bestrijden van een besluit dat frequentiepakketten en frequenties vaststelt, in zoverre de aldus vastgestelde frequenties haar eigen klankradio-uitzendingen storen of kunnen storen. De omstandigheid dat de verzoekende partij gebruik maakt van frequenties die haar op een onwettige manier zouden zijn toegekend, zoals door de tussenkomende partijen wordt aangevoerd, lijkt aan de wettigheid van haar belang geen afbreuk te doen.

De exceptie kan in de huidige stand van het geding niet aangenomen worden.

12. In de zaak A. 179.661/V-1727 werpen de tussenkomende partijen een vierde exceptie van onontvankelijkheid op, afgeleid uit het ontbreken van een rechtstreeks belang. Volgens de tussenkomende partijen moet ook een publiekrechtelijk orgaan als de verzoekende partij (Franse Gemeenschap) een persoonlijk belang aantonen. De verzoekende partij kan zich niet beroepen op de rechten van derden, en kan evenmin een actio popularis instellen. Te dezen tracht de verzoekende partij echter niet zozeer de uitoefening van haar eigen bevoegdheid te beschermen, die zij immers probleemloos kon en kan uitoefenen, dan wel de

belangen van de radio-omroepen actief in de Franse Gemeenschap en het algemeen belang te verdedigen. Volgens de tussenkomenende partijen beroept de verzoekende partij zich aldus niet op een eigen belang.

13. De verzoekende partij zet in haar verzoekschrift uiteen dat zij belang heeft bij het bestrijden van een maatregel die haar eigen bevoegdheden inzake radio-omroep aantast.

Een publiekrechtelijke rechtspersoon als de verzoekende partij heeft belang bij het bestrijden van een administratieve beslissing die de haar door of krachtens de Grondwet toegewezen bevoegdheden miskent. De vraag of het bestreden besluit in werkelijkheid al dan niet een dergelijke miskenning inhoudt, is een vraag die deel uitmaakt van het onderzoek van de grond van de zaak. Dat de verzoekende partij haar belang aantoont met een verwijzing naar de gevolgen van het bestreden besluit op beslissingen waarmee zij, in de uitoefening van haar bevoegdheid, voordelen aan derden heeft toegekend, lijkt geen afbreuk te doen aan het feit dat zij zich op een eigen belang beroept.

In de huidige stand van het geding kan de exceptie niet worden aangenomen.

Onderzoek van de vorderingen

14. Overeenkomstig artikel 17, § 2, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State kan slechts tot de schorsing van de tenuitvoerlegging worden besloten onder de dubbele voorwaarde dat ernstige middelen worden aangevoerd die de vernietiging van de aangevochten beslissing kunnen verantwoorden en dat de onmiddellijke tenuitvoerlegging van de beslissing een moeilijk te herstellen ernstig nadeel kan berokkenen.

15. In de twee zaken roepen de verzoekende partijen telkens een enig middel in, afgeleid uit de schending van artikel 17 van de wet van 13 juni 2005 betreffende de elektronische communicatie, van de substantiële vormvoorschriften, de beginselen van behoorlijk bestuur en het evenredigheidsbeginsel, en van het beginsel van de federale loyaliteit, ingeschreven in artikel 143 van de Grondwet. In de zaak A. 179.661/V-1727 bestaat dat middel uit twee onderdelen; het eerste van die onderdelen vormt het middel in de zaak A. 179.660/V-1726.

In het eerste onderdeel wordt aan het bestreden besluit verweten dat het eenzijdig de frequenties vaststelt die toegekend kunnen worden aan de particuliere landelijke, regionale en lokale radio-omroepen, zonder dat de verwerende partij voorafgaandelijk een samenwerkingsakkoord heeft gesloten met de andere terzake bevoegde entiteiten. De verzoekende partijen zetten uiteen dat artikel 17 van de wet van 13 juni 2005 bepaalt dat de coördinatie van radiofrequenties voor radio-omroep wordt geregeld door een samenwerkingsakkoord met de gemeenschappen, met toepassing van artikel 92bis van de bijzondere wet van 8 augustus 1980 tot hervorming der instellingen. Die bepaling maakt van een samenwerkingsakkoord, minstens voor de te coördineren frequenties, een substantieel vormvereiste van openbare orde, verplicht na te komen vóór de vaststelling van de frequenties bij besluit. Die bepaling moet gelezen worden in overeenstemming met artikel 143 van de Grondwet, dat vereist dat elke federale of gefedereerde entiteit in de uitoefening van haar bevoegdheden het beginsel van de federale loyaliteit eerbiedigt.

In het tweede onderdeel, dat zoals gezegd enkel wordt ingeroepen in de zaak A. 179.661/V-1727, wordt aan het bestreden besluit verweten dat het, door te zijn genomen zonder dat de verwerende partij voorafgaandelijk een samenwerkingsakkoord heeft gesloten, de uitoefening door de Franse Gemeenschap van haar bevoegdheden inzake de toekenning van radiofrequenties onmogelijk of overdreven moeilijk maakt. Volgens de verzoekende partij impliceren het evenredigheidsbeginsel en het beginsel van de federale loyaliteit, gehuldigd in artikel 143 van de Grondwet, dat een federale of gefedereerde entiteit door het aannemen van bepaalde maatregelen de uitoefening van de bevoegdheden van een andere bevoegde entiteit niet mag verhinderen of overdreven moeilijk maken.

In de toelichting bij het eerste onderdeel zetten de verzoekende partijen uiteen dat zowel uit de parlementaire voorbereiding van artikel 17 van de wet van 13 juni 2005 en de tekst zelf ervan, als uit de noodzaak om die wetsbepaling te interpreteren in het licht van artikel 143 van de Grondwet en het daarin gehuldigde beginsel van de federale loyaliteit, volgt dat de gemeenschappen niet eenzijdig de frequenties voor radio-omroepen kunnen vaststellen, maar dat zij integendeel slechts kunnen optreden nadat over de frequenties, minstens over de te coördineren frequenties, d.w.z. de frequenties die hinderlijk kunnen zijn voor andere radio-omroepen, een samenwerkingsakkoord is gesloten. Bij gebreke van een samenwerkingsakkoord over de te coördineren frequenties (zijnde de frequenties

waarvoor de schorsing wordt gevorderd) is het bestreden besluit onwettig. De verzoekende partijen zijn het uitdrukkelijk niet eens met het advies van de Raad van State, afdeling wetgeving, over het ontwerp dat tot het bestreden besluit heeft geleid, waarin gesteld wordt dat de Vlaamse Gemeenschap bij afwezigheid van een samenwerkingsakkoord eenzijdig de frequenties kan vaststellen.

In de toelichting bij het tweede onderdeel zet de verzoekende partij in de zaak A. 179.661/V-1727 uiteen dat dit onderdeel subsidiair wordt ingeroepen. Zelfs indien de verplichting tot het sluiten van een voorafgaand samenwerkingsakkoord niet zou voortvloeien uit artikel 17 van de wet van 13 juni 2005, quod non, dringt een facultatieve samenwerking zich te dezen op, gelet op het feit dat het onmogelijk is voor een gemeenschap om haar bevoegdheid terzake uit te oefenen zonder onredelijke problemen te veroorzaken voor de andere bevoegde overheden. Meer in het bijzonder voert de verzoekende partij aan dat de bepalingen van het bestreden besluit tot gevolg hebben dat het voor haar onmogelijk of overdreven moeilijk is geworden om haar eigen beleid inzake de toekenning van radiofrequenties te voeren. De verzoekende partij wijst erop dat de Raad van State, afdeling wetgeving, in zijn genoemde advies eraan herinnerd heeft dat de uitoefening van de bevoegdheden moet gebeuren met inachtneming van het evenredigheidsbeginsel en dat hij op dit punt een voorbehoud gemaakt heeft omdat hij niet over de nodige feitelijke gegevens beschikte. De verzoekende partij is van oordeel dat uit de gegevens van het dossier blijkt dat de bepalingen van het bestreden besluit tot gevolg hebben dat frequenties die door de Franse Gemeenschap aan de RTBF en aan de particuliere radio's zijn toegekend gestoord worden, en dat die storingen zo talrijk en zo ernstig zijn dat de bevoegdheid van de Franse Gemeenschap wel degelijk op een onevenredige wijze wordt doorkruist.

16. De verwerende partij werpt in de eerste plaats een exceptie van onontvankelijkheid van het middel op, in zoverre daarin de schending wordt aangevoerd van de beginselen van behoorlijk bestuur en van substantiële vormvoorschriften. Volgens de verwerende partij ontbreekt een nadere precisering van het beginsel van behoorlijk bestuur of van het substantieel vormvoorschrift dat miskend zou zijn.

In verband met het eerste onderdeel is de verwerende partij van oordeel dat uit artikel 17 van de wet van 13 juni 2005 betreffende de elektronische communicatie geen verplichting voortvloeit om vooraf een samenwerkingsakkoord

over de frequenties te sluiten. Uit de parlementaire voorbereiding van die wetsbepaling, en meer bepaald uit het advies van de Raad van State, afdeling wetgeving, over het ontwerp dat tot die wet heeft geleid, blijkt integendeel dat het sluiten van een samenwerkingsakkoord als een loutere mogelijkheid is opgevat, niet als een verplichte, voorafgaande vorm van samenwerking. Artikel 17 van de wet van 13 juni 2005 kan trouwens niet geïnterpreteerd worden in de zin dat de gemeenschappen verplicht zouden zijn om een samenwerkingsakkoord te sluiten, aangezien de gemeenschappen over een autonomie ten opzichte van de federale overheid beschikken en de gewone wetgever onbevoegd is om hen een verplichting tot het sluiten van een samenwerkingsakkoord op te leggen. Een grondwetsconforme interpretatie van artikel 17 van de wet van 13 juni 2005 leidt dus tot de conclusie dat de gemeenschappen een samenwerkingsakkoord kunnen sluiten, maar dat elke gemeenschap bij gebreke van een samenwerkingsakkoord bevoegd is om eenzijdig de frequenties vast te stellen. Artikel 143 van de Grondwet en het beginsel van de federale loyaliteit doen aan die conclusie geen afbreuk. Weliswaar moet elke regelgever erover waken dat hij de uitoefening van de bevoegdheden van andere regelgevers niet onmogelijk of overdreven moeilijk maakt, maar dit betekent niet dat hij zijn eigen bevoegdheid slechts zou kunnen uitoefenen nadat een samenwerkingsakkoord met de andere overheden is gesloten.

In verband met het tweede onderdeel wijst de verwerende partij er vooreerst op dat zij steeds vragende partij is geweest, en vragende partij blijft, voor het verkrijgen van een samenwerkingsakkoord. Het kan echter niet zijn dat de Franse Gemeenschap eenzijdig haar zin mag doen, door bij decreet van 20 december 2001 een frequentierooster vast te stellen, en dat zij vervolgens zou kunnen beletten dat de Vlaamse Gemeenschap optreedt zolang deze niet het fiat van de Franse Gemeenschap heeft verkregen. Voorts erkent de verwerende partij dat het evenredigheidsbeginsel geëerbiedigd moet worden. Zij is echter van oordeel dat voor de toetsing van een maatregel aan het evenredigheidsbeginsel globale situaties vergeleken moeten worden, waarbij twee bureaus een en ander van elkaar moeten kunnen verdragen. In dit verband wijst zij erop dat in de zaak die aanleiding heeft gegeven tot het arrest nr. 92/2003 van het Arbitragehof van 24 juni 2003 de Franse Gemeenschapsregering erop gewezen heeft dat de betwisting tussen de Franse Gemeenschap en de Vlaamse Gemeenschap slechts op acht frequenties betrekking heeft, zijnde nauwelijks 1,1 % van het totale aantal toe te wijzen frequenties, en dat het Arbitragehof hieruit afgeleid heeft dat het decreet van de Franse Gemeenschap van 20 december 2001 het evenredigheidsbeginsel niet schendt. De verzoekende

partij legt niet uit hoe ze ertoe komt om het nu te hebben over veel meer betwistingen. Wat er ook van zij, de verwerende partij is van oordeel dat zij alle mogelijke inspanningen gedaan heeft om het evenredigheidsbeginsel maximaal te eerbiedigen. Zij heeft daarbij gesteund op de gegevens uit de databank van het Belgisch Instituut voor postdiensten en telecommunicatie, bij gebreke van wettelijke gegevens van de verzoekende partij. Er is overleg gevoerd in het overlegcomité, waarbij men op 9 juni 2006 tot de vaststelling kwam dat er nog 14 betwiste frequenties waren, langs beide zijden van de gemeenschappen. Ten slotte betwist de verwerende partij de door de verzoekende partij voorgelegde berekeningen van de storingen van door haar toegekende frequenties.

17. De tussenkommende partijen voeren, in verband met het eerste onderdeel, een verweer dat in grote mate samenvalt met dat van de verwerende partij. Artikel 17 van de wet van 13 juni 2005 houdt geen verplichting in om vóór het toekennen van radiofrequenties een samenwerkingsakkoord te sluiten met de andere gemeenschappen. De gewone wetgever zou een dergelijke verplichting trouwens niet kunnen opleggen aan de gemeenschappen. De federale loyauteit kan er niet toe leiden dat een samenwerkingsakkoord verplicht wordt. De Franse Gemeenschap heeft trouwens zelf eenzijdig een frequentiekader vastgesteld.

In verband met het tweede onderdeel voeren de tussenkommende partijen in de eerste plaats aan dat artikel 143, § 1, van de Grondwet, in zoverre het de onderscheiden overheden oplegt om de federale loyauteit in acht te nemen, slechts een gedragsregel in het kader van politieke conflicten bevat, en geenszins een bevoegdheidsverdelende regel. Het komt de Raad van State dan ook niet toe om het bestreden besluit aan die grondwetsbepaling te toetsen. Wat betreft het evenredigheidsbeginsel, voeren de tussenkommende partijen aan dat hieruit niet volgt dat een samenwerkingsakkoord verplicht wordt, buiten de gevallen opgesomd in artikel 92bis, § 2, van de bijzondere wet van 8 augustus 1980 tot hervorming der instellingen. Volgens de tussenkommende partijen levert de verzoekende partij voorts niet het bewijs dat zij niet meer in staat zou zijn om haar eigen bevoegdheden uit te oefenen of dat zij daarin onredelijk of onevenredig gehinderd wordt. Er is met name geen bewijs van de beweerde storingen van frequenties. De tussenkommende partijen besluiten dat het bestaan van een aantal nog betwiste frequenties geen beletsel kon zijn voor de verwerende partij om het bestreden besluit te nemen, en dat het omgekeerde aannemen erop zou neerkomen dat aan de Franse Gemeenschap een

vetorecht wordt toegekend over de uitoefening van de exclusieve bevoegdheden van de Vlaamse Gemeenschap.

18. 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 92bis van de bijzondere wet van 8 augustus 1980 tot hervorming der instellingen.

De partijen verschillen van mening over de interpretatie die aan die wetsbepaling gegeven moet worden. Volgens de verzoekende partijen volgt uit artikel 17 dat de gemeenschappen verplicht zijn om over de toe te kennen frequenties een samenwerkingsakkoord te sluiten, en wel voordat zij, elk binnen hun eigen bevoegdheid, de frequenties vaststellen. Volgens de verwerende partij en de tussenkomende partij daarentegen houdt artikel 17 geen dergelijke verplichting in, maar bepaalt het enkel op welke wijze de coördinatie van de radiofrequenties tussen de gemeenschappen vorm kan krijgen. Volgens die partijen kan elke gemeenschap, bij gebreke van een samenwerkingsakkoord, eenzijdig de frequenties vaststellen, mits inachtneming van het evenredigheidsbeginsel. Tot staving van hun stelling voeren die partijen aan dat artikel 17, in de interpretatie voorgestaan door de verzoekende partijen, strijdig zou zijn met de autonomie die de Grondwet aan de gemeenschappen toekent.

Voor de Raad van State rijst aldus de vraag naar de verenigbaarheid van artikel 17 van de wet van 13 juni 2005 met de regels die door of krachtens de Grondwet zijn vastgesteld voor het bepalen van de onderscheiden bevoegdheid van de federale overheid en de gemeenschappen. Nu het antwoord op deze vraag bepalend is voor de beoordeling van het eerste onderdeel van het middel, bestaat er aanleiding om met toepassing van artikel 26 van de bijzondere wet van 6 januari 1989 op het Arbitragehof ambtshalve een prejudiciële vraag te stellen aan het Grondwettelijk Hof.

19. In het tweede onderdeel wordt in essentie de schending aangevoerd van het evenredigheidsbeginsel, op grond dat het bestreden besluit tot gevolg heeft dat de uitoefening door de Franse Gemeenschap van haar bevoegdheid inzake de toekenning van radiofrequenties onmogelijk of overdreven moeilijk wordt gemaakt.

Zoals de verzoekende partij in de zaak A. 179.661/V-1727 uitdrukkelijk aangeeft, gaat het om een onderdeel dat subsidiair wordt ingeroepen, voor het geval namelijk dat het eerste onderdeel niet ernstig verklaard wordt. Er bestaat dan ook aanleiding om het onderzoek van het tweede onderdeel op te schorten totdat over het eerste onderdeel een voorlopig standpunt is ingenomen.

20. In de gegeven omstandigheden bestaat er ook aanleiding om het onderzoek van het door de verzoekende partijen aangevoerde moeilijk te herstellen nadeel op te schorten totdat over de twee onderdelen van het middel een voorlopig standpunt is ingenomen.

OM DIE REDENEN BESLIST DE RAAD VAN STATE :

Artikel 1.

De zaken A. 179.660/V-1726 en A. 179.661/V-1727 worden samengevoegd.

Artikel 2.

De verzoeken tot tussenkomst van de NV 4FM Groep en de NV Vlaamse Media Maatschappij in de administratieve kort gedingen worden ingewilligd.

Artikel 3.

De debatten worden heropend.

Artikel 4.

Aan het Grondwettelijk Hof wordt de volgende prejudiciële vraag gesteld:

“Is artikel 17 van de wet van 13 juni 2005 betreffende de elektronische communicatie verenigbaar met de regels die door of krachtens de Grondwet zijn vastgesteld voor het bepalen van de onderscheiden bevoegdheid van de federale overheid en de gemeenschappen, in het bijzonder artikel 127,§1, eerste lid, 1/, van

de Grondwet en artikelen 4, 6/, en 92bis van de bijzondere wet van 8 augustus 1980 tot hervorming der instellingen,

- in de interpretatie volgens welke de gemeenschappen verplicht zijn om een samenwerkingsakkoord te sluiten over de coördinatie van radiofrequenties voor radio-omroepen, vooraleer zij, ieder binnen hun eigen bevoegdheid, radiofrequenties vaststellen,

- in de interpretatie volgens welke de gemeenschappen de coördinatie van radiofrequenties voor radio-omroepen door middel van een samenwerkingsakkoord kunnen regelen, maar daartoe niet verplicht zijn?”

Artikel 5.

Het door de auditeur-generaal aan te stellen lid van het auditoraat wordt belast met het verdere onderzoek van de zaak, na ontvangst van het antwoord van het Grondwettelijk Hof.

Aldus te Brussel uitgesproken in openbare terechtzitting, op zeventien maart 2008, door de Ve kamer, die was samengesteld uit :

de HH.	P. LEMMENS,	kamervoorzitter,
	L. HELLIN,	kamervoorzitter,
Mevr.	S. GEHLEN,	staatsraad,
de H.	W. GEURTS,	griffier.

De griffier,

De voorzitter,

W. GEURTS.

P. LEMMENS.