

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

IXe KAMER

A R R E S T

**nr. 244.904 van 20 juni 2019
in de zaak A. 223.789/IX-9180**

In zake: de VZW RADIO CLUB FM
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Christiaan Lesaffer
kantoor houdend te 2000 Antwerpen
Meir 22-24 bus 2
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

Tussenkommende partij:

de NV SBS MEDIA BELGIUM
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Carlos De Wolf
kantoor houdend te 9680 Maarkedal
Etikhovestraat 6
bij wie woonplaats wordt gekozen
en bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Charlotte De Wolf
kantoor houdend te 9000 Gent
Fortlaan 95

I. Voorwerp van het beroep

1. Het beroep, ingesteld op 10 november 2017, strekt tot de nietigverklaring van het ministerieel besluit van 15 september 2017 ‘houdende de erkenning als netwerkradio-omroeporganisatie van SBS Media Belgium, Naam-

loze vennootschap voor frequentiepakket netwerkradio-omroeporganisatie 1 – Generalistisch Profiel’.

II. Verloop van de rechtspleging

2. Bij arrest nr. 240.814 van 26 februari 2018 is de vordering tot schorsing verworpen.

De verzoekende partij heeft een verzoekschrift tot voortzetting van de rechtspleging ingediend.

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

De tussenkommende partij heeft een memorie ingediend.

Eerste auditeur Alexander Van Steenberge heeft een verslag opgesteld, op grond van artikel 93, eerste lid, van het besluit van de Regent van 23 augustus 1948 ‘tot regeling van de rechtspleging voor de afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State’.

De verwerende partij en de tussenkommende partij hebben een verzoekschrift ingediend dat strekt tot de toepassing van artikel 14^{ter} van de wetten op de Raad van State, gecoördineerd op 12 januari 1973.

De verzoekende partij en de verwerende partij hebben schriftelijke opmerkingen doen gelden.

De verzoekende partij heeft een verzoekschrift ingediend dat strekt tot de toepassing van de artikelen 35/1 en 36, § 1, van de wetten op de Raad van State, gecoördineerd op 12 januari 1973.

Eerste auditeur Alexander Van Steenberge heeft een aanvullend verslag opgesteld, op grond van artikel 93, tweede lid, van het besluit van de Regent van 23 augustus 1948 ‘tot regeling van de rechtspleging voor de afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State’.

Met toepassing van artikel 90, § 1, vierde lid, van de wetten op de Raad van State, gecoördineerd op 12 januari 1973, is de zaak verwezen naar een kamer met drie leden.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 20 mei 2019.

Kamervoorzitter Geert Van Haegendoren heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Christiaan Lesaffer, die verschijnt voor de verzoekende partij, advocaat Bart Staelens, die verschijnt voor de verwerende partij en advocaten Charlotte De Wolf en Carlos De Wolf, die verschijnen voor de tussenkomende partij, zijn gehoord.

Eerste auditeur Alexander Van Steenberge heeft een met dit arrest eensluidend advies gegeven, behalve wat het bedrag van de kosten betreft.

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

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

Verzoekster, die op dat ogenblik uitzendt – via FM-frequenties – als een samenwerkingsverband van lokale radio-omroeporganisaties, stelt zich kandidaat als netwerkradio-omroeporganisatie, voor frequentiepakket 1 – Generalistisch Profiel.

Op 15 september 2017 beslist de Vlaamse minister van Cultuur, Media, Jeugd en Brussel evenwel dat de nv SBS Media Belgium “wordt erkend als netwerkradio-omroeporganisatie voor frequentiepakket netwerkradio-omroeporganisatie 1 – Generalistisch profiel”.

Dit is het bestreden besluit.

3.2. Bij arrest nr. 242.804 van 25 oktober 2018 vernietigt de Raad van State 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’ (hierna: het frequentiebesluit).

3.3. Op 29 maart 2019 neemt de Vlaamse regering een nieuw besluit ‘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’.

Dit besluit wordt bekendgemaakt in het Belgisch Staatsblad van 4 april 2019 en treedt diezelfde dag in werking.

3.4. Bij ministerieel besluit van 5 april 2019 wordt het thans bestreden besluit opgeheven omdat het, aldus is te lezen in de considerans van het op-

heffingsbesluit, “niet langer over de wettelijk vereiste rechtsgrond beschikt voor wat de toegekende frequenties betreft” en “het dus aangewezen is het besluit dat niet meer over de vereiste rechtsgrond beschikt uit de rechtsorde te verwijderen”.

Bij een ander ministerieel besluit van dezelfde datum wordt de tussenkomende partij opnieuw erkend als netwerkradio-omroeporganisatie voor frequentiepakket netwerkradio-omroeporganisatie 1 – Generalistisch profiel.

IV. Precisering van het voorwerp van het beroep

4. Uit de memorie van wederantwoord blijkt dat verzoekster niet vraagt dat zij naast de nietigverklaring van het aangevochten erkenningsbesluit ook de expliciete nietigverklaring nastreeft van de daaruit blijkende impliciete weigering om haar de erkenning te verlenen.

V. Ontvankelijkheid

Excepties

5. De tussenkomende partij werpt op dat verzoekster geen belang heeft:

“Hoewel verzoekende partij evident een rechtstreeks belang zou kunnen doen gelden door het mislopen van de beoogde, bestreden erkenning ... ent zij haar belang in werkelijkheid op het feit dat zij geen uitzendingen als lokale/particuliere radio-omroep meer zou mogen verzorgen op de FM-band.

Anders dan verzoekende partij stelt, is dit evenwel geen rechtstreeks gevolg van de bestreden beslissing die immers een individuele beschikking is en beperkt is tot een netwerkradio-omroeporganisatie met een generalistisch profiel (frequentiepakket 1), maar wél van de daaraan onderliggende reglementaire bepalingen, zoals de wijziging van het Mediadecreet, het ‘Frequentiebesluit’ van de Vlaamse regering van 21 april 2017, alsmede het besluit van de Vlaamse Regering van 21 april 2017 houdende diverse uitvoeringsbepalingen over radio-omroep en houdende wijziging van diverse besluiten of radio-omroep.

Komt daarbij dat verzoekende partij nooit zelf uitzendingen heeft verzorgd als lokale/particuliere radio-omroep.

Verzoekende partij is gebonden door de eigen belangenomschrijving.
Uw Raad zal derhalve moeten besluiten dat verzoekende partij zich niet beroept op een rechtstreeks, eigen belang!”

6. Op de terechtzitting werpt de verwerende partij op dat het beroep zijn voorwerp heeft verloren en doelloos is geworden, ingevolge de tussengekomen opheffing bij ministerieel besluit van 5 april 2019.

Beoordeling

7. Verzoekster was kandidaat voor het in geding zijnde frequentiepakket, dat bij het thans bestreden ministerieel besluit aan een concurrent is gegeven en zij streeft middels de nietigverklaring van dat besluit een nieuwe kans na om deze erkenning te verwerven.

8. Een opheffing geldt enkel voor de toekomst.

Dat het beroep geen voorwerp meer heeft, is dan ook een onjuiste gevolgtrekking.

Ingevolge de nietigverklaring van het frequentiebesluit kan verzoekster niet meer hopen om nog een erkenning te krijgen op grond van dat besluit. Dit neemt niet weg, dat het bestreden besluit – en de eruit blikkende weigering om verzoekster te erkennen – tot aan de datum van zijn opheffing uitwerking heeft gehad en dat verzoekster de toepassing en de gevolgen ervan heeft moeten ondergaan.

De verwerende partij toont niet aan dat verzoekster aan de gevorderde nietigverklaring geen enkel voordeel meer kan ontleunen; het is in dit verband des te opvallender dat zij in de considerans van het opheffingsbesluit aanneemt dat het thans bestreden besluit “uit de rechtsorde te verwijderen [is]” – wat op een intrekking alludeert – maar het vervolgens enkel opheft en er dus zelf ook voor kiest om de rechtsgevolgen ervan overeind te houden. Daar voegt zich

nog aan toe dat zij vervolgens opnieuw dezelfde erkenning aan dezelfde begunstigde verleent en zulks zonder nieuwe oproep of onderzoek van dossiers, maar louter op grond van de onder de toepassing van het vernietigde frequentiebesluit geformuleerde rangschikking, wat evenmin van aard is om te concluderen tot een verloren belang.

9. Uit wat voorafgaat volgt dat de excepties niet worden aangenomen.

VI. Onderzoek van het eerste middel

Uiteenzetting

10. Het eerste middel is genomen uit “de schending van artikel 1.1, artikel 5.5, artikel 7 van de Machtigingsrichtlijn, artikel 6 van de Kaderrichtlijn, eveneens genomen uit de schending van de formele motiveringsplicht als beginsel van behoorlijk bestuur en de bepalingen van de artikel 2 en 3 van de Wet van 29 juli 1991 betreffende de uitdrukkelijke motivering van bestuurshandelingen”.

Verzoekster voert aan dat het bestreden besluit steunt op een onwettig frequentiebesluit en dus geen deugdelijke rechtsgrond heeft.

Beoordeling

11. Nog daargelaten dat de onbevoegdheid van de steller van de akte een middel is waarbij blijkens artikel 14, § 1, tweede lid, RvS-Wet geen belang moet worden aangetoond, heeft verzoekster belang bij dit middel. Een nieuw frequentiebesluit kan haar immers een nieuwe kans bieden op een erkenning.

Het middel is ontvankelijk.

12. Dat het middel ook gegrond is, valt niet te betwisten. Bij arrest nr. 242.804 van 25 oktober 2018 is het frequentiebesluit immers vernietigd.

Het auditoraat heeft dan ook terecht voorgesteld om deze zaak met een kort debat af te doen.

VII. Toepassing artikel 14ter RvS-Wet – handhaving van de gevolgen

Verzoeken

13.1. De verwerende partij vraagt aan de Raad van State te bevelen “dat de tussenkomende partij verder kan genieten van de rechten die voortvloeien uit het desgevallend [...] vernietigde besluit totdat het nieuwe reglementaire frequentiebesluit is gepubliceerd in het Belgisch Staatsblad”.

13.2. De tussenkomende partij vraagt dat de Raad zou bevelen dat “de gevolgen van de vernietigde Bestreden Beslissing gehandhaafd blijven en dit zowel voor het verleden als voor de toekomst, m.n. tot op de datum waarop het door Verwerende Partij uitgewerkte herstelbesluit frequentieplan particuliere landelijke, regionale, netwerk- en lokale radio-omroeporganisaties in werking is getreden”.

De tussenkomende partij wijst erop dat zij de radioactiviteiten heeft opgestart op 3 september 2018. Gelet op het gebrek aan schorsing van de tenuitvoerlegging van het bestreden besluit, was zij verplicht om de radioactiviteiten op te starten. Zij heeft hiervoor substantiële investeringen gedaan. Indien niet tot de handhaving van de gevolgen van het vernietigde bestreden besluit zou worden overgegaan, dan zou dit tot onherstelbare en ongewenste gevolgen aanleiding geven. De verwerende partij heeft ondertussen de noodzakelijke initiatieven genomen om de vastgestelde onwettigheid te remediëren.

De tussenkomende partij noemt een aantal overeenkomsten, waaronder arbeids-/consultancy-overeenkomsten die zij na een nietigverklaring zal moeten beëindigen en enkele investeringen die zij zal moeten afschrijven:

- “a) de in uitvoering van de aan Tussenkomende Partij verleende radiolicentie gestelde feitelijke en rechtshandelingen worden behept met een rechtswaakuum; en
- b) Tussenkomende Partij zal genoodzaakt zijn om een aantal overeenkomsten die door haar werden aangegaan met het oog op het organiseren van de radio-uitzendingen met onmiddellijke ingang te beëindigen c.q. te verbreken, met daaraan verbonden de betaling van de contractueel voorziene beëindigings- of verbrekingsvergoedingen; en
- c) de investeringen in de materiële en personele middelen, noodzakelijk voor de organisatie van de radio-uitzendingen overeenkomstig de inhoud van de verleende radio-erkenning, zullen onmiddellijk moeten worden afgeschreven c.q. afgeboekt als definitief verloren kosten en/of uitgaven; en
- d) de onmiddellijke beëindiging of opzegging van de arbeids-/consultancy-overeenkomsten die door Tussenkomende Partij met medewerkers werden afgesloten met het oog op het organiseren van de radio-uitzendingen in toepassing van de verleende erkenning [...].”

Het betreft volgens de tussenkomende partij “alleszins de beëindigings- dan wel verbrekingsvergoedingen betreffende volgende door [haar gesloten] overeenkomsten”:

- “a) Overeenkomst van Tussenkomende Partij met Norkring België nv d.d. 2 oktober 2018, met als voorwerp ‘Digital Audio Broadcasting in Flanders and Brussels’;
- b) Overeenkomst van Tussenkomende Partij met Digital Media Facilities nv, afgesloten op 1 maart 2018 met als voorwerp d[ie]nsten inzake huisvesting en ICT;
- c) Huurovereenkomst van Tussenkomende Partij met nv Allaert Classics nv d.d. 21 september 2018 met als voorwerp de huur van een ruimte;
- d) Overeenkomst met betrekking tot de exclusieve verkoop van nationale publiciteit ruimte van Tussenkomende Partij met IP Belgium nv d.d. 15 september 2018 met als voorwerp de verkoop van publiciteitsruimte op exclusieve basis;
- e) Overeenkomst van Tussenkomende Partij met de bv naar Nederlands recht Broadcast Newco Two d.d. 25 juli 2018 met als voorwerp zender-netwerkkaparaatuur;
- f) Contract van Tussenkomende Partij met de nv Belgisch Pers-Telegraafagentschap (Belga) d.d. 2 juli 2018 met als voorwerp de overname van audiodiensten van Belga.”

Het totaalbedrag van deze verbrekingsvergoedingen kan volgens de tussenkomende partij actueel geraamd worden op ruim 2.110.000,00 euro. Dit bedrag moet worden verhoogd met een verbrekingsvergoeding verschuldigd aan de ondersteunende facilitaire dienstverlening. Daarnaast heeft de tussenkomende partij bij haar aandeelhouders een substantieel bedrag ontleend onder meer om de opstartkosten van de zender te financieren en waarvan bij stopzetting van de radioactiviteiten het ontleende bedrag onmiddellijk opeisbaar is. Het totaalbedrag van de investeringen van de tussenkomende partij dat al werd gerealiseerd in uitvoering van het financieel plan, bedraagt actueel 329.000,00 euro. Dit bedrag moet worden verhoogd met de advertentiebestedingen bij lancering van de zender met een brutowaarde van 1.600.000,00 euro hoofdzakelijk gerealiseerd via ruilbudgetten aangegaan met verbonden ondernemingen van de tussenkomende partij.

Beoordeling

14. De verwerende partij en de tussenkomende partij beogen aldus te vermijden dat de tussenkomende partij na een nietigverklaring haar activiteiten als netwerkradio-omroeporganisatie zou moeten stopzetten.

De verwerende partij en de tussenkomende partij gaan er – al dan niet terecht – van uit dat de bekendmaking *casu quo* de inwerkingtreding van het nieuwe frequentiebesluit volstaat om dit te verhelpen.

De tussenkomende partij vreest niet enkel de stopzetting van de uitzendingen, maar ook de financiële schade die zij daarbij riskeert door lopende overeenkomsten te moeten stopzetten.

15. Sinds het neerleggen van haar verzoek tot handhaving van de gevolgen heeft de verwerende partij echter niet stilgezeten.

Het “nieuwe reglementaire frequentiebesluit” is ondertussen gepubliceerd, in het Belgisch Staatsblad van 4 april 2019. Het is op dezelfde dag in werking getreden.

Met een brief van 9 april 2019 is vervolgens een nieuw erkenningsbesluit aan de tussenkomende partij ter kennis gebracht.

16. Voor een beoordeling van hun verzoeken, volstaat thans dan ook de feitelijke vaststelling dat de tussenkomende partij bij ministerieel besluit van 5 april 2019 opnieuw is erkend en haar activiteiten dus kan voortzetten op grond van die erkenning en de daaraan gekoppelde zendvergunning.

De verwerende partij heeft met dit nieuwe erkenningsbesluit zelf reeds het gevreesde gevolg van de nietigverklaring vermeden.

Er is hoe dan ook geen reden meer om nog te bevelen dat de tussenkomende partij haar rechten “verder kan genieten”, “voor de toekomst”, op grond van de bestreden erkenning, aangezien zij thans over een nieuwe erkenning beschikt.

17. De tussenkomende partij vraagt ook de handhaving van de gevolgen “voor het verleden”. Zij werkt dit verzoek echter niet nader uit – voor zover zij al iets becijfert, gaat het om nadelige gevolgen voor de toekomst ingevolge de stopzetting van contracten of het wegvallen van inkomsten. Op de terechtzitting brengt zij de gevraagde handhaving van de gevolgen “voor het verleden” ook in verband met mogelijke vorderingen tot schadevergoeding van verzoekster. Het volstaat vast te stellen dat dit vreemd is aan de argumentatie in het verzoek om “voor de toekomst” de vernietigde erkenning te mogen genieten en dat in haar verzoek met betrekking tot het “verleden” geen enkele concrete redenering of bewijsvoering is uiteengezet in verband met schadevergoedingen – gesteld al dat verzoekster inderdaad schade heeft geleden die zij op de tussenko-

mende partij wil en kan verhalen. Deze argumentatie is bijgevolg hoe dan ook laattijdig en niet in te passen in haar verzoekschrift.

VIII. Verzoek toepassing artikel 35/1 en artikel 36, § 1, RvS-Wet

18. Verzoekster vraagt de Raad van State te zeggen voor recht dat de verwerende partij een nieuwe oproep moet doen tot indiening van kandidaturen voor de in geding zijnde erkenning.

19. Artikel 93, derde lid, van het algemeen procedurereglement verleent aan de verzoekende partij de mogelijkheid om “[b]innen de vijftien dagen na de kennisgeving van het in lid 1 bedoelde verslag, [...] bij gemotiveerd verzoekschrift [te] vragen om artikel 35/1, artikel 36, § 1, eerste lid, eerste zin, of artikel 36, § 1, derde lid, van de gecoördineerde wetten, toe te passen”.

Het verzoek, geformuleerd in het stuk met opmerkingen over de verzoeken tot handhaving van de gevolgen, is laattijdig en bijgevolg niet ontvankelijk.

BESLISSING

1. De Raad van State vernietigt het ministerieel besluit van 15 september 2017 ‘houdende de erkenning als netwerkradio-omroeporganisatie van SBS Media Belgium, Naamloze vennootschap voor frequentiepakket netwerkradio-omroeporganisatie 1 – Generalistisch Profiel’.

2. De verwerende partij wordt verwezen in de kosten van de vordering tot schorsing en van het beroep tot nietigverklaring, begroot op een rolrecht van 400 euro en een rechtsplegingsvergoeding van 700 euro, die verschuldigd is aan de verzoekende partij.

De tussenkomende partij wordt verwezen in de kosten van de tussenkomst, begroot op 150 euro.

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van 20 juni 2019, 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