

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

IXe KAMER

A R R E S T

**nr. 244.908 van 20 juni 2019
in de zaak A. 224.400/IX-9229**

In zake: de VZW ALFA NOORD
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

Tussenkomen de partij:

de VZW VLAAMS-BRUSSELSE MEDIA
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Patrick Peeters
kantoor houdend te 1000 Brussel
Terhulpsesteenweg 120
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van het beroep

1. Het beroep, ingesteld op 31 januari 2018, strekt tot de nietigverklaring van:

“1. De beslissing van de Vlaamse minister van Cultuur, Media, Jeugd en Brussel van 1 december 2017 houdende aanwijzing van de vzw Vlaams-Brusselse Media als lokale radio-omroeporganisatie in het tweetalige taal-

gebied Brussel-Hoofdstad en houdende terbeschikkingstelling van een frequentie aan de vzw Vlaams-Brusselse Media [...];

2. De beslissing van de Vlaamse minister van Cultuur, Media, Jeugd en Brussel van 12 december 2017 tot erkenning van de vzw Vlaams-Brusselse Media als lokale radio-omroeporganisatie [...].”

II. Verloop van de rechtspleging

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

De vzw Vlaams-Brusselse Media heeft een verzoekschrift tot tussenkomst ingediend. De tussenkomst is toegestaan bij beschikking van 19 maart 2018. De tussenkomende partij heeft een memorie ingediend.

Eerste auditeur Alexander Van Steenberge heeft een verslag opgesteld.

De verzoekende partij, de verwerende partij en de tussenkomende partij hebben een laatste memorie ingediend.

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 advocaat Dorian Pycke, die *loco* advocaat Patrick Peeters verschijnt voor de tussenkomende partij, zijn gehoord.

Eerste auditeur Alexander Van Steenberge heeft 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

3.1. Op 21 april 2017 neemt de Vlaamse regering het 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’.

In bijlage 5 worden twee frequentiepakketten voorbehouden voor lokale radio-omroeporganisaties uit Brussel:

Frequentiepakket 46				
	Lokaliteit	Frequentie (MHz)	Vermogen (Watt)	Directiviteit
1.	Brussel	98.8	3162	D

Frequentiepakket 47				
	Lokaliteit	Frequentie (MHz)	Vermogen (Watt)	Directiviteit
1.	Brussel	106.5	100	D

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

Deze oproep bevat frequentiepakket 47, maar niet frequentiepakket 46.

3.3. Op 1 december 2017 neemt de Vlaamse minister van Cultuur, Media, Jeugd en Brussel het besluit ‘houdende aanwijzing van de vzw Vlaams-

Brusselse Media als lokale radio-omroeporganisatie in het tweetalige taalgebied Brussel-Hoofdstad en houdende terbeschikkingstelling van de frequentie aan de vzw Vlaams-Brusselse Media’.

Met dit besluit wijst de minister de vzw Vlaams-Brusselse Media aan als de lokale radio-omroeporganisatie, bedoeld in artikel 144, tweede lid, van het decreet van 27 maart 2009 ‘betreffende radio-omroep en televisie’ (hierna: het mediadecreet) en stelt hij frequentiepakket 46 aan deze vzw ter beschikking.

Het besluit luidt als volgt:

“Artikel 1. De vzw Vlaams-Brusselse Media, met als ondernemingsnummer 0547.949.238 en met als maatschappelijke zetel Eugène Flageyplein 18, 1050 Brussel, wordt conform artikel 144, tweede lid van het decreet van 27 maart 2009 betreffende radio-omroep en televisie aangewezen als de lokale omroeporganisatie die in het tweetalige gebied Brussel-Hoofdstad specifiek gericht is op de Nederlandstalige Brusselaars en nauw samenwerkt met de regionale televisieomroeporganisatie voor het tweetalige gebied Brussel-Hoofdstad.

Art. 2. Aan de in artikel 1 bedoelde rechtspersoon wordt de frequentie Brussel 98.8 MHz ter beschikking gesteld.

Art. 3. De aanwijzing bedoeld in artikel 1 en de terbeschikkingstelling van de frequentie bedoeld in artikel 2 gaan in op 1 januari 2018 voor een duur van 9 jaar.”

Dit besluit zoekt blijkens de aanhef rechtsgrond in artikel 144, tweede lid, artikel 145, 2°, a), laatste zin, en artikel 169, tweede lid, van het mediadecreet. Het steunt onder meer op de volgende overwegingen:

“Overwegende dat het project van de vzw Vlaams-Brusselse Media onder de naam Bruzz tegemoet komt aan de doelstelling van het algemeen belang van de overheid tot invulling voor de Brusselse Vlamingen van een radio-omroep die een belangrijke maatschappelijke, sociale, economische en culturele dimensie heeft voor de beperkte bevolkingsgroep van die Brusselse Vlamingen;

Overwegende dat, in de specifieke context van het tweetalig gebied Brussel-Hoofdstad de lokale radio-omroep voor de Nederlandstalige Brusselaars en de regionale televisieomroep voor de Nederlandstalige Brus-

laars enkel kunnen standhouden en succesvol zijn indien zij hun krachten bundelen;

Overwegende dat de vzw Vlaams-Brusselse Media erkend is als lokale radio-omroeporganisatie en tevens een erkenning heeft als regionale televisieomroeporganisatie heeft in de zin van artikel 169 van het decreet van 27 maart 2009 betreffende radio-omroep en televisie; dat de vzw Vlaams-Brusselse Media als enige samenwerkt en zou kunnen samenwerken met de regionale televisieomroeporganisatie met als verzorgingsgebied het tweetalige taalgebied Brussel-Hoofdstad; dat bijgevolg de vzw Vlaams-Brusselse Media als enige organisatie in aanmerking komt voor de aanwijzing als lokale radio-omroeporganisatie die in het tweetalige gebied Brussel-Hoofdstad specifiek gericht is op de Nederlandstalige Brusselaars en nauw samenwerkt met de regionale televisieomroeporganisatie voor het tweetalige gebied Brussel-Hoofdstad;

Overwegende dat – rekening houdende met de memorie van toelichting die stelt dat andere nieuwe omroeporganisaties omroepdiensten kunnen ontwikkelen en met de machtigingsrichtlijn – in het bovenvermelde frequentiebesluit van 21 april 2017 nog andere frequenties beschikbaar worden gesteld in het tweetalige taalgebied Brussel-Hoofdstad; dat de voorafname van deze frequentie geen afbreuk doet aan de bepaling van de machtigingsrichtlijn omdat, zoals hierboven uiteengezet, deze voorafname ingegeven is door [de] culturele, maatschappelijke, economische en sociale belangen van de Nederlandstalige Brusselaars; dat de toekenning van de frequentie aan vzw Vlaams-Brusselse Media bijgevolg bijdraagt tot de voornoemde doelstellingen van culturele diversiteit en mediapluralisme;

Overwegende de decretale bepaling van artikel 144, lid 2 van het decreet van 27 maart 2009 betreffende radio-omroep en televisie dat aan deze vzw een frequentie of frequenties [...] ter beschikking worden gesteld ter uitvoering van de voornoemde aanwijzing als lokale radio-omroeporganisatie; dat de frequentie Brussel 98.8 MHz, zoals opgenomen in 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 daartoe ter beschikking gesteld kan worden.”

3.4. Met een brief van 12 december 2017 deelt de Vlaamse minister van Cultuur, Media, Jeugd en Brussel aan de tussenkomende partij het volgende mee:

“Verwijzend naar de aanwijzing van een lokale radio-omroeporganisatie die in het tweetalige gebied Brussel-Hoofdstad specifiek gericht is op de Nederlandstalige Brusselaars en nauw samenwerkt met de regionale televisieomroeporganisatie voor het tweetalige gebied Brussel-Hoofdstad kan

ik u hierbij melden dat de vzw Vlaams-Brusselse Media een erkenning verleend wordt voor frequentiepakket 46 Brussel [98.8 FM] cf. het besluit als bijlage.”

IV. Nadere omschrijving van het voorwerp van het beroep

4. De sub 3.4 aangehaalde brief van 12 december 2017 verwijst naar “het besluit als bijlage”, dat echter niet is opgenomen in het administratief dossier. Het is onder meer om die reden thans niet duidelijk of de brief van 12 december 2017 niets méér is dan de kennisgeving van het ministerieel besluit van 1 december 2017, dan wel of die brief opgevat moet worden als een afzonderlijke beslissing betreffende de erkenning van de tussenkomende partij voor frequentiepakket 46. Met andere woorden blijft op dit ogenblik de vraag open of de erkenning samenvalt met de terbeschikkingstelling – zodat het eerste en het tweede voorwerp van het beroep samenvallen – dan wel of die erkenning tot een afzonderlijke besluitvorming heeft geleid. De verwerende partij en de tussenkomende partij houden daar elk een andere zienswijze op na.

Voor de beoordeling, hierna, van de exceptie wegens gebrek aan belang is het antwoord op deze vraag evenwel nog niet nodig.

V. Ontvankelijkheid van het beroep

Exceptie

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

Uit een studieopdracht verleend aan de onderzoeksgroep SMIT van de VUB blijkt dat de tussenkomende partij de enige organisatie is die in aanmerking komt voor aanwijzing als de lokale radio-omroeporganisatie in de zin van artikel 144, tweede lid, van het mediadecreet: “zelfs als, zoals door de verzoekende partij beoogd de oefening zou moeten worden overgedaan, [kan] er

enkel en alleen [...] worden besloten tot de aanwijzing van de vzw Vlaams-Brusselse Media.” Aldus valt niet in te zien welk belang verzoekster bij de betwisting zou kunnen hebben.

Verzoekster zou enkel belang kunnen hebben indien artikel 144, tweede lid, van het mediadecreet niet zou bestaan. Zij betwist niet deze decreetbepaling: noch met een rechtstreeks beroep bij het Grondwettelijk Hof, noch door middel van een verzoek tot prejudiciële vraagstelling in de voorliggende zaak.

Nu verzoekster evenmin kandideerde voor frequentiepakket 47, moet ook om die reden worden vastgesteld dat zij geen belang heeft bij het beroep.

6. Ook de tussenkomenende partij betwist, met verwijzing naar de VUB-studie, om dezelfde reden de ontvankelijkheid van het beroep: zij is zelf de enige geschikte kandidaat en verzoekster zou nooit erkend of aangewezen kunnen worden als lokale radio-omroeporganisatie in het tweetalige gebied Brussel-Hoofdstad.

Beoordeling

7. Artikel 144, tweede lid, van het mediadecreet luidt:

“Met behoud van de andere bepalingen van dit decreet wijst de Vlaamse Regering een lokale radio-omroeporganisatie aan die in het tweetalige gebied Brussel-Hoofdstad specifiek gericht is op de Nederlandstalige Brusselselaars en nauw samenwerkt met de regionale televisieomroeporganisatie voor het tweetalige gebied Brussel-Hoofdstad. De Vlaamse Regering stelt die radio-omroeporganisatie de frequentie of frequenties ter beschikking die ze nodig heeft.”

8. Zoals de verwerende partij terecht opmerkt, heeft verzoekster in het inleidend verzoekschrift artikel 144, tweede lid, van het mediadecreet zelf niet in vraag gesteld.

Ook nadat zij de exceptie krijgt tegengeworpen, waarin de verwerende partij uitdrukkelijk attendeert op een eventuele prejudiciële vraagstelling aan het Grondwettelijk Hof, formuleert verzoekster in de memorie van wederantwoord geen verzoek in die zin.

Zij doet dit wel in haar laatste memorie. Die proceshouding is evenwel, gelet op wat voorafgaat, strijdig met de loyale procesvoering die van een partij mag worden geëist. Het verzoek tot prejudiciële vraagstelling is om die redenen hoe dan ook niet ontvankelijk. Dit betekent – aangezien de Raad van State geen rechtsmacht heeft om eigener beweging de grondwettigheid van het mediadecreet te beoordelen – dat de exceptie wordt onderzocht binnen de grenzen van wat artikel 144, tweede lid, van het mediadecreet voorschrijft of, met de woorden van de verwerende partij in haar laatste memorie, “binnen de matrijzen van art[ikel] 144, 2^e lid van het mediadecreet”.

9. In de exceptie wordt aan verzoekster tegengeworpen dat zij niet past in één van die matrijzen, namelijk beantwoorden aan de in het mediadecreet voor aanwijzing opgelegde voorwaarde nauw samen te werken met de regionale televisieomroeporganisatie voor het tweetalige gebied Brussel-Hoofdstad.

In de considerans van het bestreden aanwijzingsbesluit heet het dat de tussenkommende partij “als enige samenwerkt en zou kunnen samenwerken met de regionale televisieomroeporganisatie met als verzorgingsgebied het tweetalige taalgebied Brussel-Hoofdstad”.

10. Noch die considerans, noch enig ander stuk van het administratief dossier leert dat de verwerende partij die vaststelling steunt op een voorafgaand vergelijkend onderzoek. Integendeel, in haar memorie van antwoord geeft zij zelf het tegendeel toe: zij merkt op dat verzoekster met huidig beroep nastreeft dat die oefening “opnieuw” wordt gemaakt. Maar dit “opnieuw” vat zij niet zo op dat zij zelf die oefening een tweede keer “opnieuw” zou maken, maar wel dat zij die oefening “opnieuw” zou maken nadat ze ondertussen is besteld bij de VUB.

Die studie dateert van ná het bestreden aanwijzingsbesluit en kan dus nooit mede als motief aan de basis hebben gelegen van de besluitvorming die tot de aanwijzing van de tussenkomen­de partij heeft geleid.

11. Dat de aan te wijzen radio-omroeporganisatie “nauw samenwerkt” met de regionale televisieomroeporganisatie in de zin van het mediadecreet kan naar het oordeel van de Raad enkel zien op de samenwerking zoals die tot stand zal komen ná de erkenning.

Daarmee is niet gesteld dat ervaring die volgt uit bestaande samenwerking zonder belang is: ze kan in een vergelijking tussen kandidaten wel degelijk betekenisvol zijn, alleen is in de huidige zaak nergens sprake van zo een vergelijking, noch van de criteria die relevant zijn voor die vergelijking. Of voor die vergelijking vooraf een oproep aan de gegadigden moest gebeuren, zoals verzoekster betoogt, staat los van die vaststelling dat voor de aanwijzing geen enkele vergelijking is gedaan en houdt verband met de grond van de zaak.

12. De Raad van State gaat dan ook met verzoekster mee, waar zij stelt dat uit artikel 144, tweede lid, van het mediadecreet niet kan worden afgeleid dat de “nauwe samenwerking” een voorafgaande voorwaarde is voor aanwijzing; dat het onjuist is dat de tussenkomen­de partij *a priori* als enige in aanmerking zou komen en dat de daarvoor erkende lokale radio-omroeporganisatie ook een nauwe samenwerking kan aangaan met de regionale televisiezender voor Brussel.

De VUB-studie – wat voor betekenis er voorts in rechte ook aan te geven is – ziet het niet anders, waar te lezen is op bladzijde 22:

“Andere organisaties zouden uiteraard een samenwerking kunnen opzetten, maar de jarenlange ervaring en samenwerking die Vlaams-Brusselse Media kan voorleggen kan hier niet genegeerd worden [...]”

Mochten de onderzoekers overigens gemeend hebben dat de nauwe samenwerking wél een voorafgaande voorwaarde vormt, dan zouden zij geen studie van 26 bladzijden nodig hebben om te achterhalen welke organisatie

als enige in aanmerking komt. Het is net omdat zij – terecht – niet die aanname als uitgangspunt stellen, dat zij allerhande zelf gekozen criteria toepassen op de organisaties die volgens hen in aanmerking komen, om in een voorlaatste stap te eindigen bij vier organisaties – waaronder nog steeds verzoekster – en ten slotte in een laatste stap enkel bij de tussenkomende partij.

Met andere woorden, de auteurs van de VUB-studie verkiezen zelf de tussenkomende partij op grond van haar jarenlange ervaring en haar reeds bestaande samenwerking met de regionale televisiezender, maar zij erkennen dat ook andere organisaties – versta dus onder meer verzoekster – een “samenwerking kunnen opzetten”, “uiteraard” zelfs.

Het uitgangspunt van de exceptie, dat verzoekster *a priori* onmogelijk voldoet of kan voldoen aan de besproken voorwaarde om voor aanwijzing in aanmerking te komen, wordt dan ook niet bijgevalen. Ten overvloede zij nog opgemerkt dat verzoekster op 14 november 2017 effectief haar belangstelling kenbaar heeft gemaakt voor frequentiepakket 46 en dat zij haar bereidheid heeft verwoord om nauw samen te werken met de regionale televisieomroeporganisatie. Haar kan dus evenmin worden verweten dat zij niet nauw zou willen samenwerken.

13. Eveneens ten overvloede mag nog worden opgemerkt dat ook de parlementaire totstandkoming van artikel 144, tweede lid, van het mediadecreet niet tegenspreekt wat zo-even is vastgesteld. De memorie van toelichting (*Parl.St.* VI.Parl. 2016-17, nr. 983/1, 22) legt enkel uit dat de situatie te Brussel, vooral met betrekking tot de reclamemarkt, zodanig specifiek is “dat een verankering van de lokale radio-omroep niet anders kan dan via een aanwijzing door de Vlaamse Regering zelf”. Er wordt aan herinnerd dat de mogelijkheid tot samenwerking (“een strategische alliantie”) tussen een lokale radio-omroep in Brussel en een regionale televisieomroep in Brussel reeds bij een vroegere aanpassing van het mediadecreet werd ingevoerd. Artikel 144, tweede lid, van het mediadecreet aldus de toelichting:

“[...] gaat verder op die ingeslagen weg door de Vlaamse Regering toe te laten zelf een radio-omroeporganisatie aan te wijzen die samenwerkt met de regionale televisie-omroeporganisatie in het tweetalige gebied Brussel-Hoofdstad, en die mogelijks zelf nog deel uitmaakt van een overkoepe-lende constructie. Omwille van de specificiteit van het tweetalige gebied Brussel-Hoofdstad en de constructie die vanuit de overheid daarvoor wordt opgezet ter ondersteuning van de verschillende media zal de Vlaamse Regering een specifieke omroep aanwijzen die over een speci-fieke frequentie in Brussel kan beschikken.”

14. Er is meer. Zoals verzoekster eveneens terecht opmerkt, heeft de verwerende partij te Brussel twee frequenties beschikbaar gesteld voor lokale radio-omroeporganisaties. Naast de aanwijzing als zender bedoeld in artikel 144, tweede lid, van het mediadecreet, volgt uit de terbeschikkingstelling van frequen-tie 98.8 MHz bij artikel 2 van het bestreden aanwijzingsbesluit echter ook speci-fiek de toewijzing van frequentiepakket 46. Dit betekent – impliciet – dat de verwerende partij ervan uitgaat dat de aangewezen radio-omroeporganisatie die fre-quentie “nodig heeft”, zoals bedoeld in artikel 144, tweede lid, *in fine*, van het mediadecreet.

Verzoekster heeft zelf ook belangstelling voor een erkenning voor dit frequentiepakket. Ook als zij niet zelf de omroeporganisatie is of kan zijn als bedoeld in artikel 144, tweede lid, van het mediadecreet, heeft zij in onderge-schikte orde belang om de toewijzing aan de tussenkomende partij van welbe-paald dit pakket – en niet het andere – aan te vechten.

15. Uit wat voorafgaat volgt dat de exceptie, zoals ze is onderzocht in het auditorsverslag, ongegrond is en dat aanvullend onderzoek nodig is.

Daarbij wordt duidelijkheidshalve opgemerkt dat de exceptie van de tussenkomende partij in het auditorsverslag niet uitputtend is onder-zocht, maar enkel voor zover ze samenvalt met de exceptie van de verwerende partij. Ze is dan ook enkel in die mate thans beantwoord door de Raad.

BESLISSING

1. De Raad van State heropent het debat.

2. Het door de auditeur-generaal aangewezen lid van het auditoraat wordt belast met het verdere onderzoek van de zaak.

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