

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

IXe KAMER

A R R E S T

**nr. 248.477 van 6 oktober 2020
in de zaak A. 225.853/IX-9345**

In zake: 1. de VZW SPEEDY
2. de VZW BILZERSE OMROEP ORGANISATIE
3. de VZW OMEGA
4. de VZW ZEN
5. de VZW GEMINI
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
Gerard Davidstraat 46 bus 1
bij wie woonplaats wordt gekozen

Tussenkommende partij:

de NV VLAAMSE RADIO- EN TELEVISIEOMROEPOR-
GANISATIE
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Jeroen Dewispelaere en Jeff Keustermans
kantoor houdend te 1040 Brussel
IJzerlaan 19
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van het beroep

1. Het beroep, ingesteld op 3 augustus 2018, strekt tot de nietig-
verklaring van het besluit van de Vlaamse regering van 1 juni 2018 ‘houdende de
vastlegging van de pakketten van digitale frequenties die zullen worden vrijgege-

ven tijdens een tweede vergelijkende toets voor het verkrijgen van een vergunning voor het aanbieden van een etheromroepnetwerk en de bijhorende zendvergunningen, bestemd voor het aanbod van vrij te ontvangen radioomroepprogramma's' (BS 6 juni 2018).

II. Verloop van de rechtspleging

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

De nv Vlaamse Radio en Televisieomroeporganisatie heeft een verzoekschrift tot tussenkomst ingediend. De tussenkomst is toegestaan bij beschikking van 10 oktober 2018. De tussenkomende partij heeft een memorie ingediend.

Eerste auditeur Alexander Van Steenberghe heeft een verslag opgesteld.

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

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 28 september 2020.

Kamervoorzitter Geert Van Haegendoren heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Christiaan Lesaffer, die verschijnt voor de verzoekende partijen, advocaat Bart Staelens, die verschijnt voor de verwerende partij en advocaat Jeroen Dewispelaere, die tevens *loco* advocaat Jeff Keustermans verschijnt voor de tussenkomende partij, zijn gehoord.

Eerste 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. Achtergrond

3.1. Artikel 133, § 1, van het decreet van 27 maart 2009 ‘betreffende de radio-omroep en televisie’ (hierna: het mediadecreet) bevat een verplichting voor landelijke en regionale radio-omroeporganisaties en voor netwerkradio-omroeporganisaties om uit te zenden via etheromroepnetwerken die bestemd zijn voor het aanbod van vrij te ontvangen radio-omroepprogramma’s. Daarbij zal de uitzending van de radio-omroepen van de landelijke en regionale radio-omroeporganisaties in FM worden stopgezet op een datum te bepalen door de Vlaamse regering (*analoge switch-off*).

Voor de lokale radio-omroeporganisaties geldt deze digitaliseringsverplichting niet.

3.2. Het voorliggend beroep betreft een geschil over het regelgevend kader in de Vlaamse Gemeenschap voor de verdeling van de digitale radiofrequenties DAB+ in de zogenaamde frequentieband III.

3.3. Het digitalefrequentieplan van de Vlaamse regering, vastgesteld bij besluit van de Vlaamse regering van 12 oktober 2007 ‘houdende de vaststelling van het digitaal frequentieplan voor aanbieders van radio- en televisieomroepnetwerken’, bevat vier frequentieblokken voor DAB of DAB+, waarvan er twee (12A en 11A) een volledige Vlaamse dekking kennen; de twee overige frequentieblokken (5A en 5D) hebben samen een Vlaamse dekking:

Frequentieband III	
Theoretisch beoogd gebied	Frequentieblok of frequentiekanaal
Nederlandse taalgebied en het tweetalige gebied Brussel-Hoofdstad	12A
Nederlandse taalgebied en tweetalige gebied Brussel-Hoofdstad	11A
Provincies West- en Oost-Vlaanderen	5A
Provincie Vlaams-Brabant en het tweetalige gebied Brussel-Hoofdstad, de provincies Antwerpen en Limburg	5D
Nederlandse taalgebied en tweetalige gebied Brussel-Hoofdstad	10

Multiplex 11A werd bij beslissing van de Vlaamse regulator voor de media van 22 juni 2009 toegewezen aan nv Norkring. Met multiplex wordt een boeket van omroepprogramma's bedoeld dat uitgezonden wordt via een frequentieblok en ontvangen kan worden over een bepaald grondgebied.

Kanaal 10 werd eveneens aan nv Norkring toegewezen bij beslissing van de Vlaamse regulator voor de media van 22 juni 2009, met het oog op de uitbating van een DVB-T televisieomroepnetwerk.

Multiplex 12A heeft de tussenkomende partij (VRT) als licentiehouder ingevolge een besluit van de Vlaamse regering van 14 maart 2008 'houdende de terbeschikkingstelling van frequenties aan de Vlaamse Radio- en Televisieomroep'.

3.4. In de huidige zaak gaat het om de kanalen 5A en 5D, die door het bestreden besluit worden vrijgegeven "voor het verkrijgen van een vergunning voor het aanbieden van een etheromroepnetwerk en de bijhorende zendvergunningen, bestemd voor het aanbod van vrij te ontvangen radio-omroepprogramma's, en dit overeenkomstig de procedure bepaald in het besluit van de Vlaamse Regering van 18 juli 2008 betreffende de voorwaarden en procedure voor het verkrijgen van een licentie voor het aanbieden van een radio- of televisieomroepnetwerk en de bijbehorende zendvergunningen" (artikel 2 van het bestreden besluit).

Artikel 3 van ditzelfde besluit luidt:

“Het geheel van de frequenties, vermeld in de tabel in bijlage, moet samen worden ingezet voor het aanbieden van omroep toepassingen met landelijke dekking en met gebruik van de DAB+ technologie.”

Met “landelijke” dekking wordt bedoeld: het Nederlandse taalgebied en het tweetalige gebied Brussel-Hoofdstad.

3.5. De verzoekende partijen zijn door de Vlaamse Gemeenschap erkende lokale radio-omroeporganisaties. Zij zenden thans uit via FM en internet.

IV. Tussenkoms

Exceptie

4. De verzoekende partijen werpen op dat het verzoek tot tussenkoms onontvankelijk is:

“5. De VRT meent belang te hebben om tussen te komen omdat (i) het beroep tot nietigverklaring wettigheidskritiek heeft op de toekenning van DAB+-kanaal 12A aan haar wat de staatsomroep zou benadelen en (ii) de annulatie van het bestreden besluit de digitalisering, waaraan zij meewerkt zou afremmen.

6. Dit vermeend belang is evenwel onbestaande.

In haar weerlegging van het tweede middel voert de VRT immers aan dat de toekenning van DAB+-kanaal 12A aan haar een zuiver individuele rechtshandeling is die niet met de exceptie van onwettigheid (art. 159 Grondwet) buiten toepassing kan worden gelaten. Aangenomen dat dit juist is, heeft de VRT dan ook geen belang op dit punt. Het bestreden besluit is ook niet op haar van toepassing.

Dat de vernietiging van het bestreden besluit de inspanningen van de staatsomroep inzake digitalisering zou afremmen, is slechts een niet onderbouwde hypothese. In redelijkheid kan echter gesteld worden dat dit geen enkele impact zal hebben op de VRT. De staatsomroep heeft immers een volledig eigen DAB+-kanaal en haar digitaliseringsproject is hoe dan ook een verplichting die op haar weegt krachtens het mediadecreet en de beheersovereenkomst.”

Beoordeling

5. Zoals de verzoekende partijen het zelf aangeven in hun exceptie, adstrueren zij het tweede middel onder meer met het argument dat de toekenning van kanaal 12A aan de tussenkommende partij bij besluit van de Vlaamse regering van 14 maart 2008 “manifest onwettig” is en dat de Raad van State er met toepassing van artikel 159 van de Grondwet geen rekening mee mag houden bij de beoordeling van het middel.

6. Indien dit argument in de voorliggende zaak wordt bijgevalen als een met een eventuele nietigverklaring onlosmakelijk verbonden overweging, dan dreigt dit de rechtstoestand van de VRT nadelig aan te tasten. Zij heeft bijgevolg belang erbij om de Raad te overtuigen het argument bij de beoordeling van het tweede middel af te wijzen.

Zij heeft aldus belang om daartoe in de zaak tussen te komen.

Die vaststelling volstaat om de exceptie te verwerpen, zodat niet moet worden onderzocht of ook het tweede argument een legitieme reden is voor de VRT om in de zaak te mogen tussenkomen.

V. Draagwijdte van artikel 3 van het bestreden besluit

7. De partijen geven aan het hiervóór *sub* 3.4 aangehaalde artikel 3 van het bestreden besluit als draagwijdte dat de frequenties, opgegeven in de tabel in bijlage bij het besluit, enkel gebruikt mogen worden voor landelijke uitzendingen van radio-omroeporganisaties. Uit artikel 3 volgt dat de kanalen 5A en 5D niet afzonderlijk mogen worden gecommercialiseerd, maar het artikel staat niet eraan in de weg dat ook erkende lokale radio-omroeporganisaties mogen ambiëren om uit te zenden via die frequenties.

Om die reden hebben de verzoekende partijen afstand gedaan van het eerste middel, dat immers steunt op een andere interpretatie.

8. De Raad valt de voormelde interpretatie bij.

De exceptie die de verwerende partij opwerpt en de aangevoerde middelen worden hierna enkel weergegeven en beoordeeld voor zover ze zijn in te passen in de aangenomen interpretatie van artikel 3 van het bestreden besluit. Voor zover de middelen of de exceptie uitgaan van een andere interpretatie, zijn ze immers rechtens niet relevant.

VI. Ontvankelijkheid van het beroep

Uiteenzetting van de exceptie

9. De verwerende partij werpt als exceptie het gebrek aan belang op.

Artikel 3 van het bestreden besluit schrijft voor dat het geheel van de bedoelde frequenties, dus 5A en 5D, samen moeten worden ingezet voor het aanbieden van omroep toepassingen met landelijke dekking en met gebruik van DAB+ technologie.

De verzoekende partijen zetten volgens de verwerende partij terecht uiteen dat zij zonder bijkomende erkennings- of meldingsplicht het recht hebben om te pogen hun omroeporganisaties ook via ethernetwerk zoals DAB+ door te geven. Wanneer zij reeds over een FM-erkenning beschikken, kunnen zij via een kennisgeving bij de regulator als “andere radio-omroeporganisatie” starten met radio-uitzendingen die via een DAB+ netwerk worden doorgegeven, overeenkomstig het mediadecreet.

De verplichting tot landelijke dekking vereist de kanalen 5A en 5D samen te gebruiken. Dit maakt het de netwerkoperator inderdaad niet mogelijk om deze kavels regionaal of lokaal in te zetten. Maar dit is volgens de verwerende partij een puur beleidsmatige optie. In de kern komt de kritiek er volgens haar op neer dat de verzoekende partijen zouden verkiezen dat zij zich eventueel enkel zouden aanbieden voor één van de kanalen, hetzij 5A, hetzij 5D. Hun belang komt erop neer dat zij streven naar een regeling die goedkopere terbeschikkingstelling van digitale frequenties mogelijk zou maken. Dit is een puur beleidsmatige en financiële kwestie. De verzoekende partijen kunnen natuurlijk beogen dat zij een economisch belang hebben bij een vordering, waar zij goedkopere terbeschikkingstellingen van digitale frequenties beogen, met betrekking tot kleinere gebieden. Maar de Raad kan niet worden gevat om een puur beleidsmatige discussie te voeren.

Beoordeling

10. De beslissing om aanbieders te verplichten de kanalen 5A en 5D samen te gebruiken zodat een landelijke dekking wordt gerealiseerd, mag dan wel een beleidsbeslissing zijn, ze moet niet minder dan elke andere administratieve rechtshandeling worden gerealiseerd overeenkomstig de regels die het recht aan de verwerende partij oplegt.

Samen met de verzoekende partijen kan worden vastgesteld dat de landelijke dekking door beide kanalen 5A en 5D samen te gebruiken, de netwerkoperator beperkt in zijn vrijheid om deze frequenties regionaal of lokaal in te zetten. Er kan daarbij worden aangenomen dat een regionale dekking meer mogelijkheden biedt en interessanter is voor de verzoekende partijen dan de verplichting tot landelijke dekking.

Dit volstaat om het belang van de verzoekende partijen aan te nemen.

De omstandigheid dat de verwerende partij over een ruime appreciatiebevoegdheid zou beschikken, doet hierover niet anders oordelen. Na een gebeurlijke nietigverklaring zou een nieuw besluit met een voor de verzoekende partijen gewenste draagwijdte kunnen worden genomen. Uit de middelen blijkt dat de verzoekende partijen de kritiek op de keuze van de verwerende partij kadere[n] in rechtsregels die de verwerende partij bij het nemen van het bestreden besluit dient na te leven.

11. De exceptie snijdt geen hout. Ze wordt verworpen.

VII. Onderzoek van de middelen

A. Eerste middel

12. De verzoekende partijen doen in hun memorie van wederantwoord afstand van het eerste middel, dat dan ook niet meer onderzocht moet worden.

B. Tweede middel

Uiteenzetting van het middel

13. Het tweede middel is geput uit de schending van artikel 10 van het Europees Verdrag over de rechten van de mens (EVRM) “door als beperking op te leggen dat de vrijgegeven kanalen 5A en 5D verplicht samen gebruikt moeten worden voor omroep toepassingen met landelijke dekking, daarmee uitsluitend dat deze kanalen, afzonderlijk, gebruikt worden voor regionale of lokale dekking”. Dit is volgens de verzoekende partijen een beperking van de vrijheid van meningsuiting die niet evenredig is ten opzichte van het nagestreefde doel, er “is niet voldaan aan de evenredigheidstoets”.

Opleggen dat kanalen 5A en 5D alleen maar samen gebruikt mogen worden voor landelijke dekking “is buiten proportie, gelet op het suboptimaal gebruik van de digitale ether en het feit dat de netwerkoperator hierdoor de (technische en contracts)vrijheid verliest om een bijkomend aanbod op de markt te brengen in functie van de werkelijke vraag en aanbod”.

De verzoekende partijen lichten toe waarom volgens hen niet voldaan is aan de evenredigheidstoets. De vereiste om de kanalen 5A en 5D enkel samen voor landelijke dekking aan te bieden, vindt volgens hen zijn oorsprong in de noodzaak om alle erkende radio-omroeporganisaties die onderworpen zijn aan de plicht tot digitalisering daar de kans toe te bieden. Omwille van de kostenfactor (voor een landelijk netwerk) worden lokale en regionale digitale projecten hierdoor onrealistisch. Uit de feiten blijkt dat het in realiteit echter maar om één netwerkradio-omroeporganisatie gaat (Stadsradio Vlaanderen van bvba BG Consulting) en aldus wordt de enige nog beschikbare DAB+-capaciteit gegijzeld omwille van een beperkt aantal partijen. Een en ander is een gevolg van een suboptimaal gebruik van de digitale ether in de Vlaamse Gemeenschap, waar twee factoren een rol spelen: (i) het suboptimaal gebruik van de digitale ether wat betreft de “staatsomroep” (versta: de tussenkomende partij) omdat de verwerende partij co-existentie van publieke en commerciële omroepen op één multiplex (12A) niet opportuun acht en (ii) het suboptimaal gebruik van de digitale ether wat betreft de aan Norkring toegewezen licentie voor kanaal 10, dat grotendeels ongebruikt is en omgevormd zou kunnen worden tot vier kanalen voor landelijke digitale radio. Bovendien is de terbeschikkingstelling van de frequenties aan de VRT nooit voorwerp geweest van de raadplegingen die Unierechtelijk zijn voorgeschreven, zodat het besluit van de Vlaamse regering van 14 maart 2008 onwettig is en geen dienstig argument kan zijn om aan te tonen dat voldaan is aan de evenredigheidstoets.

14. In de memorie van wederantwoord herhalen de verzoekende partijen dat artikel 3 van het bestreden besluit een beperking vormt op de vrijheid van meningsuiting:

“De beperking van artikel 3 van het bestreden besluit verhindert immers dat de licentiehouders met verzoekende partijen een overeenkomst sluit over capaciteit op enkel kanaal 5A of enkel kanaal 5D, wat technisch gezien perfect mogelijk is, nu beide kanalen elk een regionaal bereik hebben, wanneer ze, zoals momenteel het geval, is geen interesse hebben in landelijke dekking (mede omwille van de (veel) hogere kost.”

Zelfs indien de verwerende partij zich op artikel 10, lid 1, derde zin, EVRM kan beroepen, dient alleszins onderzocht of zij daarbij aan de voorwaarden van artikel 10, lid 2, EVRM voldoet. In het bijzonder dient onderzocht te worden of deze beperking noodzakelijk is in een democratische samenleving op grond van een dwingende sociale noodzaak.

De verzoekende partijen onderstrepen in dat verband dat er vandaag geen leefbaar alternatief is voor DAB+: alle nog vrij te geven kanalen zijn met het bestreden besluit vrijgegeven en het is afwachten of ooit op een volgende regionale conferentie extra capaciteit toegewezen zal worden. De vereiste om de kanalen 5A en 5D enkel samen voor landelijke dekking aan te bieden, vindt luidens de memorie van antwoord zijn oorsprong in de noodzaak om alle erkende radio-omroeporganisaties met een plicht tot digitalisering daar de kans toe te bieden. Gelet op de kostenfactor voor een landelijk netwerk van masten en zenders zijn lokale en regionale digitale projecten financieel-economisch niet realistisch. Die verplichting wordt ook nodig geacht om DAB+ bij het grote publiek te laten doorbreken. Daarvoor zijn de landelijke radio-omroepen en de netwerkradio-omroeporganisaties het best geplaatst. Welnu, niet die beleidsdoelen, maar wel de juridische oplossing die gekozen is om die doelstellingen te bereiken, staat voor de verzoekende partijen ter discussie. De beperking bij artikel 3 van het bestreden besluit staat volgens hen immers niet in verhouding tot dit doel.

Uit de feiten blijkt dat nog maar één of twee netwerkradio-omroeporganisaties moeten digitaliseren. Dit volstaat niet om de enige nog beschikbare DAB+-capaciteit te gijzelen. Er zijn minder verregaande maatregelen denkbaar, zoals een voorrangsregeling voor omroepen met een digitaliseringsplicht. De feiten tonen intussen aan dat het voorrangmodel ook spontaan zal gel-

den. Bij de toekenning van de licentie voor kanalen 5A en 5D hebben alle kandidaten dit voorgesteld en aanvaardde de VRM dit model als redelijk en evenredig. De andere partijen in het geding tonen niet aan dat de voormelde doelstellingen ook niet zouden worden bereikt zonder de beperking in artikel 3 van het bestreden besluit. Vraag en aanbod bepalen dan op welke wijze de kanalen worden ingezet met als corrigerend mechanisme de voorrang van – vandaag – twee radio-omroepen. Dat, zoals de verwerende partij betoogt, de beperking, eens de digitalisering is gerealiseerd, meer ruimte zal vrijmaken op de analoge FM-band is mogelijk juist, maar is naast de kwestie. Er is geen enkele reden waarom ook andere dan landelijke radio-omroepen niet digitaal zouden mogen uitzenden. Bovendien bestaat het risico dat wanneer DAB+ ingeburgerd is, de luisteraar FM links zal laten liggen door het merkbare verschil in luisterkwaliteit. Het theoretisch argument dat lokale radio's, zoals de verzoekende partijen, met de licentiehouders kunnen contracteren, levert geen dienstig argument om de evenredigheid aan te tonen. Het is immers ongeloofwaardig dat een lokale radio aanzienlijke kosten zou maken om een landelijk publiek te bereiken. De reclamemarkt voor deze omroepen is immers lokaal/regionaal. Het bewijs daarvan is dat er vandaag geen enkele lokale omroep via DAB+ uitzendt.

De verzoekende partijen herhalen ten slotte hun argumentatie over het suboptimaal gebruik van de digitale ether in de Vlaamse Gemeenschap als illustratie van het onevenredig beheer van de digitale ethercapaciteit in het bestreden besluit.

15. In hun laatste memorie merken de verzoekende partijen op dat het perfect mogelijk is om binnen kanalen 5A en 5D te werken met kleinere pakketten qua bereik, zoals de praktijk in de Franse Gemeenschap en in Nederland aantoont, waar lokale digitale zendpakketten zijn verdeeld.

Hun vrijheid van meningsuiting in de digitale ether wordt volledig uitgehold zonder perspectief op een digitaal lokaal/regionaal aanbod nu de Vlaamse Gemeenschap al haar digitale ethercapaciteit voor radio-omroep in li-

centie heeft gegeven. Dat de analoge FM-band een leefbaar alternatief biedt voor de lokale radio-omroeporganisaties is op termijn uit bedrijfseconomisch oogpunt onzeker en zij hebben niet de financiële middelen om Norkring te betalen voor landelijke dekking. DAB+-uitzending met een lokaal/regionaal bereik is wel economisch haalbaar.

De verzoekende partijen merken op dat het auditoraatsverslag geen onderzoek onderneemt van de voorwaarde of de beperking ‘voorzien is bij wet’ en zij stellen dat het bestreden besluit voor meerdere interpretaties vatbaar is en niet voldoet aan de voorwaarde van voorzienbaarheid.

Zij blijven erbij “dat mogelijk een legitiem doel wordt nagestreefd, maar het ingezette middel (de beperking) daar niet toe in verhouding staat” omdat er minder verregaande beperkingen mogelijk zijn om dat doel te realiseren, zoals bijvoorbeeld een voorrangsregeling voor de omroepen met een digitaliseringsplicht.

Het bestreden besluit is de meest verregaande beperking omdat het de licentiehouders – *in casu* Norkring – niet toelaat gebruiksrechten toe te kennen in functie van de reële vraag en aanbod. Op een VRM-symposium in 2018 over DAB+ heeft Norkring België zelf bevestigd dat zij aan de Vlaamse regering een technisch voorstel heeft gedaan waardoor er negentien verschillende dekkingszones in Vlaanderen voor DAB+ mogelijk zouden worden. In elke zone zou er ruimte zijn voor negen radiozenders, wat zou betekenen dat er meer dan 170 regionale/lokale radio’s op DAB+ hadden kunnen uitzenden. De feiten tonen aan dat er van dertien beschikbare omroepprogramma’s op kanalen 5A en 5D er twee ingenomen worden door analoge radio-omroeporganisaties met een digitaliseringsplicht – de anderen zitten op kanaal 11A – en dat het overige aanbod zuiver digitale bijproducten zijn van bestaande, landelijke analoge spelers.

Beoordeling

16. Het bestreden besluit beperkt het recht van de verzoekende partijen om inlichtingen of denkbeelden door te geven.

Het recht op vrije meningsuiting is evenwel niet absoluut. Artikel 10 EVRM belet niet dat de overheid radio-omroepen mag onderwerpen aan een systeem van vergunningen. Dit systeem is onderworpen aan artikel 10, lid 2, EVRM, wat inhoudt dat de maatregelen van erkenning de verzoekende partijen mogen onderwerpen aan bepaalde formaliteiten, voorwaarden, beperkingen of sancties welke bij wet zijn vastgesteld en die in een democratische samenleving nodig zijn tot bescherming van de in artikel 10, lid 2, EVRM vermelde doelstellingen.

17. In het inleidend verzoekschrift hebben de verzoekende partijen in het tweede middel de aangevoerde schending van artikel 10 EVRM enkel betrokken op één aspect, namelijk de in dat artikel besloten proportionaliteitsvereiste (‘in een democratische samenleving nodig’), opdat een beperking overeenkomstig artikel 10, lid 2, EVRM toegelaten is.

Dat laat begrijpen waarom het auditoraat enkel dit aspect in zijn verslag over het middel heeft besproken. Ook de Raad zal zich hiertoe bepalen.

Door in hun laatste memorie alsnog andere aspecten – ‘voorzien bij wet’ en ‘geoorloofd doel’ – in vraag te stellen, geven zij aan het middel immers laattijdig en op niet ontvankelijke wijze een nieuwe grondslag, waarmee dan ook geen rekening wordt gehouden.

18. Eveneens onontvankelijk is de argumentatie die de verzoekende partijen in hun laatste memorie bouwen op de vaststelling dat zij belangstelling zouden hebben in 5A/5D voor lokale DAB+ uitzendingen omdat lokale FM-radio's zonder lokale dekking via DAB+ ten dode zijn opgeschreven. In het inlei-

dend verzoekschrift hebben zij immers hun argumenten ontwikkeld tegen artikel 3 van het bestreden besluit vanuit het perspectief dat zij belangstelling hebben voor de regionale dekking van hetzij 5A, hetzij 5D – kanalen die volgens hen “uitermate geschikt” zijn “omdat die een regionale dekking hebben” – en vechten zij enkel de uit voormeld artikel 3 volgende verplichting aan om beide kanalen samen uit te baten en voor landelijke dekking te moeten instaan. Zij vechten noch naar voorwerp, noch in hun middelen de impliciete weigering aan om deze of andere beschikbare digitale kanalen uit te rollen voor lokale DAB+ capaciteit. Alle initiële wettigheidskritiek is gericht tegen artikel 3 van het besluit voor zover het “landelijke dekking” verplicht voor het geheel van de frequenties. Het middel wordt bijgevolg beoordeeld vanuit de invalshoek dat de verzoekende partijen uit zijn op een vergunning van één van beide kanalen 5A/5D, om op die manier digitale radio-omroep met regionale dekking te kunnen verzorgen. Hun belang bij het middel is daartoe beperkt. Met een latere uitbreiding van de invulling van hun belang wijzigen zij de initiële grenzen van het debat en er wordt geen rekening mee gehouden om de evenredigheid van de opgelegde voorwaarde te beoordelen.

19. De verzoekende partijen zijn erkende lokale radio-omroeporganisaties die met uitzendingen via de FM-frequentie reeds de mogelijkheid hebben om inlichtingen of denkbelden door te geven aan het publiek. Het thans bestreden besluit beperkt die mogelijkheid niet – integendeel, in combinatie met de zogenaamde *switch-off* komt op de FM-band méér ruimte vrij voor lokale radio-omroepen.

20. De lokale radio-omroeporganisaties zijn momenteel niet aan de digitaliseringsplicht onderworpen en zij kunnen bijgevolg in FM blijven uitzenden, maar zij kunnen eveneens overstappen naar uitzendingen via een digitale zendtechniek of via beide technieken. Zij hebben het recht – in tegenstelling tot de landelijke en regionale radio-omroeporganisaties niet de plicht – om hun omroepprogramma’s ook via een ethernetwerk zoals DAB+ door te geven, zonder bijkomende erkennings- of meldingsplicht.

Het uitzendgebied voor lokale radio-omroeporganisaties is voorts in belangrijke mate beperkter dan het gebied gedekt door de frequentiekanalen 5A of 5D afzonderlijk, dat immers telkens meerdere provincies omvat.

Ook een regionale dekking voor lokale radio-omroeporganisaties, zoals door de verzoekende partijen voorgestaan, zal hen tot significant hogere financiële inspanningen dwingen.

De verplichting tot landelijke dekking heeft bijgevolg weinig impact op de mogelijkheden van de lokale radio-omroeporganisaties om inlichtingen of denkbeelden door te geven aan het publiek, in vergelijking met de regionale dekking die zij met de gevraagde nietigverklaring nastreven.

21. De maatregel die de verzoekende partijen op de korrel nemen is ingegeven door het feit dat uitzendingen via DAB+ in Vlaanderen nog in een beginstadium verkeren, zeker in vergelijking met FM-uitzendingen. De verwerende partij beoogt de uitrol van DAB+ aan te moedigen door een combinatie van maatregelen: artikel 133, § 1, van het mediadecreet dat de landelijke en regionale radio-omroeporganisaties alsook de netwerkradio-omroeporganisaties verplicht om via etheromroepennetwerken uit te zenden, de analoge *switch-off* van hun omroepactiviteiten, de thans besproken verplichting tot landelijke dekking voor de kanalen 5A/5D, de mogelijkheid – zonder verplichting – voor de lokale radio-omroeporganisaties om via DAB+ uit te zenden. Met die maatregelen neemt de verwerende partij ook het marktaandeel van de omroeporganisaties in overweging en het feit dat lokale omroeporganisaties over minder financiële mogelijkheden beschikken en dus minder bereid zullen zijn om in DAB+ te investeren zolang de kosten nog hoog zijn. De landelijke en regionale radio-omroeporganisaties en de netwerkradio-omroeporganisaties, met een ruimer publiek, meer middelen voor de beschikbaarstelling van kwalitatief hoogstaande inhoud en meer financiële mogelijkheden om het opstartrisico te dragen, moeten met andere woorden het pad effenen voor het luisterbereik van DAB+.

De lokale radio-omroeporganisaties, zoals de verzoekende partijen, worden niet geconfronteerd met een verplichting om via DAB+ uit te zenden, noch is er in het mediadecreet sprake van een afschaffing van hun FM-uitzendingen. Evenwel hebben zij nu reeds de mogelijkheid om via DAB+ uitzendingen te verzorgen met de verplichting weliswaar om landelijk uit te zenden. Hierdoor zullen spelers die twijfelen tussen regionale en landelijke dekking toch voor het laatste moeten kiezen, wat het aanbod voor de luisteraar groter maakt.

De verplichting tot landelijke dekking kan als een maatregel worden aangezien die de doorbraak van DAB+ bespoedigt.

22. Anders dan wat de verzoekende partijen betogen, dient deze landelijke dekking niet, of toch niet enkel om de overblijvende netwerkradio-omroeporganisaties die nog moeten digitaliseren, te faciliteren om via DAB+ uit te zenden. Uit de nota aan de Vlaamse regering (VR 2018 2704 DOC.0411/1) blijkt wel dat de regering zich na de consultatieronde uitdrukkelijk over de weerslag van het ontworpen besluit op de lokale radio's heeft gebogen, maar dit argument is er alvast niet te lezen:

“De vraag naar en de noodzaak om capaciteit te gaan voorzien die ook lokale radio's in staat stellen om uit te zenden op DAB+ is niet nieuw; op lange(re) termijn is het niet alleen nuttig, maar ook noodzakelijk om een analyse te maken over de switch-on van lokale radio's op DAB+ en de switch-over te maken van analoge FM radio naar digitale radio. Alleen moet dit alles deel uitmaken van een gefaseerd proces:

- om van DAB+ een succes te maken is er voor geopteerd om de erkenningen van de landelijke radio-omroepen enkel voor een beperkt aantal jaar te verlengen en deze verlenging gepaard te laten gaan met het verplicht gaan uitzenden in DAB+. Door de grote/grootste omroepen te verplichten in te zetten op DAB+ kan je pas een kritische massa van de bevolking gaan bereiken die de overschakeling maakt. Daarnaast is het de intentie van de Vlaamse Regering om ook de netwerkradio's te gaan verplichten via DAB+ te gaan uitzenden via een voorontwerp van decreet tot aanpassing van het mediadecreet dat reeds een eerste maal principieel werd goedgekeurd door de Vlaamse Regering [...].

- Voor de vrijgave van DAB+ spectrum voor lokale radio's is het enerzijds zoeken naar de capaciteit – het beschikbare spectrum is nu eenmaal niet onuitputtelijk – en anderzijds ook de impact van de hertekening van het lokaal radiolandschap zoals dit de afgelopen maanden heeft plaatsge-

vonden, af te wachten. Eenmaal de leefbaarheid bewezen is van deze nieuwe lokale radio-omroeporganisaties en eenmaal een kritische massa gebruikers gekozen heeft voor digitale radio (desgevallend onder de vorm van DAB+), kan ook voor lokale radio's een doorstart worden genomen. In tegenstelling ook tot de landelijke radio-omroeporganisaties hebben de lokale radio-omroepen niet een beperkte verlenging gekregen van hun erkenning, maar werden nieuwe erkenningen uitgereikt voor de volle periode van 9 jaar.

-In de marge van dit alles stelt zich bovendien de vraag of het digitaal radioluisteren op andere manieren dan via broadcast FM of DAB+, namelijk via streaming, via apps en via internet-gebaseerde toepassingen, niet de bovenhand zal nemen op langere termijn. In die filosofie is ook in het mediadecreet ingeschreven dat er tweejaarlijks een meting komt naar digitaal radioluisteren, waarvan DAB+ één van de vormen uitmaakt.

De Vlaamse Regering zal verder op langere termijn zoeken naar oplossingen om capaciteit voor DAB+ voor lokale radio-omroep vrij te maken of te vinden. Momenteel is de urgentie van dergelijke capaciteit onvoldoende aangetoond. In afwachting kan via voorliggend besluit m.b.t. het vrijkomen/vrijgeven van capaciteit van de 5A en 5D verder uitvoering gegeven worden aan de beleidsintentie om de DAB+ penetratie te doen stijgen.”

Het argument dat een voorrangsregeling voor de omroepen met een digitaliseringsplicht een minder verregaande beperking is, gaat uit van de veronderstelling dat die digitaliseringsplicht ten grondslag ligt aan de thans bestreden verplichting tot landelijke dekking. Beide verplichtingen zijn echter aparte onderdelen van de strategie van de verwerende partij om de sprong naar digitale etheruitzendingen te faciliteren – “om de DAB+ penetratie te doen stijgen”. De verplichting tot landelijke dekking is niet zozeer ingegeven omdat de “overblijvende” omroeporganisaties met digitaliseringsplicht ingevolge de schaarste van de frequenties voorgetrokken moeten worden. De verwerende partij wijst ten overvloede erop dat zelfs naast de twee netwerkradio-omroeporganisaties die verplicht zijn om via DAB+ uit te zenden, er nog elf kanalen beschikbaar zijn.

23. Het verwijt dat Norkring de toegewezen DVB-T frequentie (kanaal 10) *de facto* niet (optimaal) gebruikt kan de onwettigheid van het thans bestreden besluit niet aantonen. Tegen eventueel misbruik (of onbruik) van die licentie bestaan andere rechtsmiddelen en lopen overigens de geëigende procedures bij de Vlaamse regulator voor de Media, die Norkring daarom ondertussen al tweemaal veroordeeld heeft.

24. De bestreden maatregel is, gelet op wat voorafgaat, niet onevenredig, maar maakt een geoorloofde afweging tussen het algemeen belang dat met de transitie naar digitale omroep is gebaat en de potentiële weerslag op de verschillende spelers.

De verzoekende partijen tonen niet aan dat de in het bestreden besluit opgelegde landelijke dekking, vergeleken met de door hen nagestreefde regionale dekking, een beleidskeuze is die op onevenredige wijze afbreuk doet aan hun vrijheid van meningsuiting.

Om tot dit besluit te komen heeft de Raad zich niet moeten uitspreken over het besluit van de Vlaamse regering van 14 maart 2008 ‘houdende terbeschikkingstelling van frequenties aan de Vlaamse Radio- en Televisieomroep’ en dus evenmin over de vermeende onwettigheid van.

25. Het tweede middel is ongegrond.

C. Derde middel

Uiteenzetting van het middel

26. In het derde middel betogen de verzoekende partijen dat het bestreden besluit “in strijd [is] met [...] artikel 7.1, b), en 14, lid 1, van de Machtigingsrichtlijn en artikel 6 van de Kaderrichtlijn doordat geen afdoende vorm van openbare raadpleging voor de inwerkingtreding ervan is gebeurd”.

Zij merken op dat er geen juridisch kader is uitgewerkt om de Unierechtelijk voorgeschreven raadpleging te organiseren. De administratie volgt een regeling *ad hoc* die enkel terug te vinden is op de website van het departement Cultuur, Jeugd en Media.

Er werd een feitelijke raadpleging georganiseerd via die aanpak. De bekendmaking ervan moest echter gebeuren in het Belgisch Staatsblad, in het Nederlands en het Frans. De voorzienbaarheid van de raadplegingen is door de enkele publicatie op een website van een administratie “quasi nihil”, zeker voor mogelijke respondenten in de Franse en Duitstalige gemeenschappen als voor niet-Belgische geïnteresseerden. Er bestaat ook geen decretale rechtsgrond voor.

In voorkomend geval moet aan het Europees Hof van Justitie een prejudiciële vraag worden gesteld.

Beoordeling

27. Uit de toelichting die de verzoekende partijen geven bij het middel blijkt dat de verwerende partij een consultatie heeft georganiseerd en dat zij op de hoogte waren van de timing en de voorwaarden.

Slechts voor het eerst in de memorie van wederantwoord stellen zij dat zij niet deelnamen aan die raadpleging. Toelichting hierbij geven zij niet.

Zij voeren aldus niet aan, minstens werken zij niet uit, dat die raadpleging – en de wijze waarop ze is bekendgemaakt en georganiseerd – henzelf niet afdoende de kans heeft gegeven om zich als belanghebbende partijen kenbaar te maken en zich uit te spreken over de voorgenomen beperking van de gebruiksrechten voor radiofrequenties, zoals hen is gewaarborgd door de in het middel aangevoerde richtlijnbevestigingen.

Dat zij dan om hen moverende redenen verkozen hebben om niet aan de raadpleging deel te nemen kan aan de verwerende partij niet worden verweten. Louter ten overvloede kan overigens worden vastgesteld dat anderen tijdens die raadpleging opmerkingen hebben geformuleerd die inhoudelijk over-

eenkomen met de huidige grieven van de verzoekende partijen, zodat de verwe-
rende partij hiervan hoe dan ook op de hoogte was en ermee rekening heeft kun-
nen houden, niettegenstaande de inactiviteit van de verzoekende partijen.

28. De verzoekende partijen tonen bijgevolg niet aan dat zij nadeel
hebben geleden bij de beweerde onwettigheden en dat zij belang hebben bij het
middel.

Zij werpen tevergeefs op geen belang te moeten aantonen om-
dat het middel van openbare orde is. Gesteld dat dit laatste het geval is –
waarover de Raad zich niet uitspreekt – dan nog moet overeenkomstig artikel 14,
§ 1, tweede lid, RvS-Wet blijken dat de aangevoerde onregelmatigheid een in-
vloed kon uitoefenen op de draagwijdte van de genomen beslissing, hen een
waarborg heeft ontnomen of als gevolg heeft de bevoegdheid van de steller van
de handeling te beïnvloeden. Zij tonen dit niet aan, noch blijkt dit spontaan.

29. Het derde middel is niet ontvankelijk.

D. Vierde middel

Uiteenzetting van het middel

30. Luidens het vierde middel schendt het bestreden besluit “artikel
7.1, a), en 7.3 van de Machtigingsrichtlijn en artikel 4.2 van de richtlijn
2002/77/EG van de Commissie van 16 september 2002 betreffende de mededin-
ging op de markten voor elektronischecomunicatie-netwerken en -diensten [...] doordat de beperking van het gebruik van kanalen 5A en 5D onvoldoende reke-
ning houdt met de noodzaak de voordelen voor de gebruikers te maximaliseren en
de ontwikkeling van de mededinging niet bevordert en dit geen evenredig selec-
tiecriterium is doordat enkel een gecombineerd gebruik van beide kanalen toege-
laten is met het oog op landelijke dekking”.

In de toelichting bij het middel wijzen zij erop dat het Hof van Justitie uit de in het middel aangevoerde richtlijnbevestigingen afleidt dat de gebruiksrechten voor radiofrequenties toegewezen moeten worden op basis van proportionele criteria, wat inhoudt “dat die criteria geschikt moeten zijn voor de verwezenlijking van de daarmee nagestreefde doelstelling en dat [ze] niet verder gaan dan nodig is om dat doel te bereiken”.

Voorts stellen de verzoekende partijen dat de verplichting in artikel 3 van het bestreden besluit niet toelaat om in functie van vraag en aanbod de kanalen 5A en 5D uit te baten. De netwerkoperator mag een “excedent” niet aanwenden voor regionale of lokale dekking. Dat er een overschot kan zijn, noemen zij plausibel, nu al minstens één van de erkende netwerkradio-omroeporganisaties (S-Radio) blijkbaar niet operationeel zal worden. Het evenredigheidsbeginsel in de kader- en machtigingsrichtlijn verplicht volgens hen om minder restrictieve maatregelen te nemen wanneer dat mogelijk is: in plaats van bepaalde partijen juridisch of feitelijk uit te sluiten moet de voorkeur gegeven worden aan maatregelen of regels die zonder dergelijke uitsluiting toch het nagestreefde doel kunnen verwezenlijken. Het doel van de beperking in artikel 3 had ook bereikt kunnen worden, bijvoorbeeld, door aan de netwerkoperator op te leggen dat hij verplicht toegang of voorrang moet verlenen aan de erkende radio-omroepen op wie een plicht tot digitalisering rust. Ondergeschikt vragen de verzoekende partijen hierover een prejudiciële vraag te stellen aan het Hof van Justitie.

31. In de memorie van wederantwoord stellen de verzoekende partijen dat zij de juridische uitwerking bestrijden die de verwerende partij aan haar beleid gaf, met name wat betreft het evenredigheidsbeginsel. Het evenredigheidsbeginsel in de kader- en machtigingsrichtlijn verplicht om minder restrictieve maatregelen te nemen wanneer dat mogelijk is: in plaats van bepaalde partijen juridisch of feitelijk uit te sluiten moet de voorkeur gegeven worden aan maatregelen of regels die zonder dergelijke uitsluiting toch het nagestreefde doel kunnen verwezenlijken. De andere partijen in het geding tonen niet aan dat dit niet moge-

lijk is. Dat het aan de licentiehouders niet toegelaten is om de kanalen 5A en 5D afzonderlijk te commercialiseren, houdt een objectieve beperking in, niet alleen in het licht van artikel 10 EVRM (tweede middel), maar ook in het licht van de machtigingsrichtlijn die moet beantwoorden aan de eis van evenredigheid. Dit is evident een beperking van de mededinging. *In casu* had het doel van de beperking in artikel 3 ook bereikt kunnen worden door aan de netwerkoperator op te leggen dat hij verplicht toegang of voorrang moet verlenen aan de erkende radio-omroepen op wie een plicht tot digitalisering rust. De beleidsdoelen op zich staan niet ter discussie met dit beroep, maar wel de evenredigheid van de opgelegde beperking. Dat het bestreden besluit het de verzoekende partijen mogelijk maakt om digitaal landelijk uit te zenden, is naast de kwestie, omdat het beroep er juist toe strekt te bereiken dat de kanalen 5A en 5D ook elk afzonderlijk kunnen gebruikt worden. Dat de verwerende partij het digitaal spectrum efficiënt moet beheren, zoals zij terecht opmerkt, betekent juist dat zij een evenredige maatregel moet nemen. De beperking in artikel 3 van het bestreden besluit zal juist meer aanleiding geven tot inefficiënt spectrumbeheer dan wanneer de kanalen 5A en 5D ook afzonderlijk gebruikt mogen worden. Er zijn immers nog maar twee Vlaamse radio-omroepen met een digitaliseringsplicht, zodat er van de dertien landelijke frequenties op 5A en 5D nog elf overblijven. Volstrekt onduidelijk en onzeker is het of er vandaag vraag is om deze kanalen landelijk te benutten. De afwezigheid van de opgelegde beperking laat de licentiehouders toe om in functie van de werkelijke vraag en aanbod de capaciteit te verdelen op basis van het door de VRM aanvaarde model van *first come, first serve*, waarbij een voorrangrecht geldt voor de Vlaamse radio-omroepen met een digitaliseringsplicht. Het is onaanneemelijk dat indien er geen beperking tot landelijke dekking wordt opgelegd, de omroepen op wie een digitaliseringsplicht rust, uit de boot zouden vallen. De verzoekende partijen wensen niet opgesloten te worden in de FM-band en wensen als lokale radio ook digitaal te kunnen uitzenden in een zendgebied dat niet landelijk is. Ook de praktijk in de Franse Gemeenschap toont aan dat DAB+-kavels op provinciaal en zelfs lokaal niveau kunnen worden aangeboden.

32. In hun laatste memorie stellen de verzoekende partijen “[n]iet in te zien [...] waarom het Hof van Justitie niet bevoegd zou zijn om [de voorgestelde] vraag te beantwoorden die de interpretatie van regels van Unierecht betreft die toepasselijk zijn op dit geschil”. Deze vraagstelling houdt volgens hen geen beoordeling in van het bestreden besluit, maar wel een interpretatie van de betreffende Unierechtregels.

Beoordeling

33. Artikel 7.1, a), en 7.3 van de machtigingsrichtlijn (voluit: richtlijn 2002/20/EG van het Europees Parlement en de Raad van 7 maart 2002 ‘betreffende de machtiging voor elektronische-communicatienetwerken en -diensten’) bepaalt:

“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,

[...]

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 de kaderrichtlijn en aan de eisen van artikel 9 van die richtlijn.”

Artikel 4.2 van richtlijn 2002/77/EG van de Commissie van 16 september 2002 ‘betreffende de mededinging op de markten voor elektronische-communicatienetwerken en -diensten’ (hierna: mededingingsrichtlijn) luidt:

“Zonder afbreuk te doen aan de specifieke criteria en procedures zoals goedgekeurd door de lidstaten voor de verlening van machtigingen voor het gebruik van radiofrequenties aan aanbieders van diensten in verband met de inhoud op televisie of radio met het oog op de verwezenlijking van doelstellingen van algemeen belang in overeenstemming met het Unierecht:

[...]

2. dient de toewijzing van radiofrequenties voor elektronischecommunicatiediensten te geschieden op basis van objectieve, doorzichtige, niet-discriminerende en evenredige criteria.”

34. 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 internrecht, hetzij wanneer de omzetting niet in overeenstemming is met deze richtlijn.

Gelet op het feit dat, eensdeels en zoals hierna zal blijken, het Hof van Justitie reeds een nuttige uitleg heeft gegeven aan deze richtlijnbepalingen en, anderdeels, een internrechtelijke rechtshandeling hoe dan ook unierechtconform moet worden uitgelegd, wordt het middel hierna besproken zonder te onderzoeken of het middel dat rechtstreeks en uitsluitend steunt op de schending van richtlijnbepalingen ontvankelijk is. Immers is hierover tussen partijen nog geen debat gevoerd en heeft het auditoraat die vraag niet onderzocht en is een heropening van het debat proceseconomisch niet aangewezen, aangezien hierna blijkt dat het middel hoe dan ook niet kan slagen.

35.1. De verzoekende partijen wensen, weliswaar ondergeschikt, dat aan het Hof van Justitie de volgende vraag zou worden voorgelegd:

“Verzetten artikel 7.1, a), en 7.3 van de Machtigingsrichtlijn en artikel 4.2 van de richtlijn 2002/77/EG van de Commissie van 16 september 2002 betreffende de mededinging op de markten voor elektronischecommunicatienetwerken en -diensten [...] zich tegen een regeling waarbij bij de vrijgave van kanalen voor DAB+ aan de netwerkoperator een beperking wordt opgelegd die inhoudt dat hij de toegewezen kanalen enkel samen mag aanwenden voor omroepdiensten met een landelijke dekking, daar waar deze kanalen op zich genomen slechts een regionale dekking bieden en de reeds eerder vrijgegeven kanalen voor DAB+ ruimschoots volstaan om alle radio-omroeporganisaties op wie een decretale plicht rust om ook digitaal via de ether uit te zenden, maar deze niet geheel vrij beschikbaar zijn door (de toepassing van) eerdere overheidsbesluiten m.b.t. deze eerder vrijgegeven kanalen voor DAB+ die bovendien niet aan een openbare

raadpleging krachtens de Kader- en Machtigingsrichtlijn werden onderworpen?”

35.2. De formulering van deze vraag komt erop neer dat de verzoevende partijen het willen overlaten aan het Hof van Justitie om te oordelen over de rechtsgeldigheid van het bestreden besluit. Het staat echter niet aan het Hof om zich in het kader van een prejudiciële procedure krachtens artikel 267 VWEU uit te spreken over de vraag of nationale bepalingen met het recht van de Unie in overeenstemming of verenigbaar zijn. Voor de beslechting van het bij hem aanhangige geding dient de nationale rechter – *in casu* de Raad van State – zelf te beoordelen of de nationale bepalingen en handelingen in overeenstemming en verenigbaar zijn met het Unierecht.

Bovendien vermengen de verzoekende partijen de vraagstelling nog met feitelijke veronderstellingen, inzonderheid over de consultatieronde en de eerder vrijgegeven kanalen, die in de huidige procedure niet zijn beslecht en waarover het Hof zich nog minder mag of kan uitspreken.

35.3. De in het middel en in de geopperde vraagstelling aangevoerde richtlijnbevestigingen hebben reeds een uitlegging gekregen door het Hof van Justitie. In de arresten *Europa Way srl en Persidera SpA* (C-560/15) en *Persidera SpA* (C-112/16) van 26 juli 2017, die de verzoekende partijen ook zelf aanhalen in hun geschriften, heeft het Hof aangegeven dat de eis om gebruiksrechten voor radiofrequenties toe te wijzen op basis van, onder meer, proportionele criteria inhoudt “dat die criteria geschikt moeten zijn voor de verwezenlijking van de daarmee nagestreefde doelstelling en dat zij niet verder gaan dan nodig is om dat doel te bereiken”.

In het eerstvermeld arrest heeft het Hof geoordeeld “dat een op betaling gebaseerde toewijzing gerechtvaardigd kan blijken, gelet op de noodzaak om een efficiënt beheer van de radiofrequenties te waarborgen, op de maatschappelijke, sociale en economische waarde ervan – waarmee de lidstaten op grond van artikel 9, lid 1, van de kaderrichtlijn rekening moeten houden – en de spec-

trumschaarste voor die radiofrequenties” en “dat de bepalingen van het NGR [versta: het nieuwe gemeenschappelijke regelgevingskader voor elektronische communicatiediensten, voor elektronische communicatienetwerken alsook voor de bijbehorende faciliteiten en diensten] zich niet verzetten tegen het organiseren van een niet-kosteloze selectieprocedure voor de toewijzing van radiofrequenties, evenwel onder de voorwaarde dat die procedure is gebaseerd op objectieve, transparante, niet-discriminerende en evenredige criteria, en dat zij strookt met de doelstellingen als bedoeld in artikel 8, leden 2 tot en met 4, van de kaderrichtlijn”. Het Hof overwoog voorts:

“72 In de tweede plaats dient te worden opgemerkt dat artikel 7, lid 3, van de machtigingsrichtlijn bepaalt dat wanneer de verlening van gebruiksrechten voor radiofrequenties moet worden beperkt, de lidstaten deze rechten op basis van objectieve, transparante, niet-discriminerende en evenredige selectiecriteria toekennen. Dergelijke selectiecriteria moeten verder naar behoren belang hechten aan de verwezenlijking van de doelstellingen van artikel 8 van de kaderrichtlijn en aan de eisen van artikel 9 van die richtlijn. In dit verband blijkt uit overweging 11 van de machtigingsrichtlijn dat de gebruiksrechten niet mogen worden beperkt tenzij dit onvermijdelijk is in verband met de schaarste van radiofrequenties en de noodzaak om een efficiënt gebruik daarvan te waarborgen.

73 Daaruit volgt dat de bepalingen van het NGR in beginsel toestaan dat het aantal toe te kennen gebruiksrechten voor de radiofrequenties wordt beperkt vanwege schaarste van die radiofrequenties en ten behoeve van een efficiënt beheer ervan. Deze bepalingen stellen die beperking evenwel afhankelijk van de voorwaarde dat deze noodzakelijk en evenredig is, dat zij niet indruist tegen de doelstellingen als bedoeld in artikel 8 van de kaderrichtlijn, waartoe de bevordering van de mededinging in het aanbieden van netwerken behoort, en dat de verlening van gebruiksrechten op objectieve, transparante, niet-discriminerende en evenredige selectiecriteria berust.”

Voor het overige heeft het Hof onderstreept dat het toepassen van die beginselen op het bodemgeschil zaak is van de nationale rechter en niet toevalt aan het Hof: “[h]et is aan de verwijzende rechter om te beoordelen of de selectieprocedure in het hoofdgeding aan deze vereisten voldoet”.

Volgens de advocaat-generaal in haar conclusies van 30 maart 2017 in de beide zaken, brengen de bepalingen van het NGR gemeenschappelijk “tot uitdrukking dat de lidstaten bij de frequentietoewijzing over een zekere han-

delingsvrijheid beschikken, waarvan zij evenwel met inachtneming van de algemene beginselen van non-discriminatie, transparantie en evenredigheid van het recht van de Unie gebruik moeten maken, waarbij zij ook moeten zorgen voor een doelmatig beheer en gebruik van de frequenties en naar behoren rekening moeten houden met de mededinging en het pluralisme van de media”.

35.4. Ook al zijn de vraagpunten niet geheel identiek, acht de Raad van State zich door de uitleggingsgegevens in deze arresten voldoende ingelicht en ziet hij geen noodzaak om het Hof andermaal te ondervragen in deze gelijkaardige zaak.

36. De verzoekende partijen vergissen zich andermaal, door net zoals bij het tweede middel opnieuw als uitgangspunt aan te nemen dat de door hen geviseerde beperking ertoe strekt de omroepen die aan digitaliseringsplicht onderworpen zijn te bevoordelen.

De doelstelling van de verplichting om landelijk uit te zenden is reeds aan bod gekomen bij de beoordeling van het tweede middel, namelijk het maximaliseren en optimaliseren van de transitie van analoge naar digitale radio-uitzendingen. Die doelstelling is legitiem en dient het algemeen belang, wat de verzoekende partijen overigens niet betwisten.

Een landelijke dekking opleggen, in plaats van een regionale dekking, is daartoe een geschikt middel.

Naar het oordeel van de Raad waarborgt de bedoelde verplichting het efficiënt gebruik van de radiofrequenties en houdt ze rekening met de noodzaak om de voordelen voor de gebruikers (inzonderheid de luisteraars als consumenten) te maximaliseren.

37. De “beperking” die de verzoekende partijen aanklagen, wijst geen uitsluitende rechten toe en creëert geen monopolie noch voorziet ze zelfs

maar in een voorrangregeling voor bepaalde marktdeelnemers. De verwerende partij voorziet in een open procedure om de gebruiksrechten te verwerven; het is een procedure waaraan alle marktdeelnemers – zowel bestaande exploitanten als nieuwkomers – en dus ook de verzoekende partijen mogen deelnemen. De begunstigde netwerkoperator kan vervolgens met alle belangstellende omroepen, ook met de verzoekende partijen, onderhandelen om de betrokken frequentiekanalen te gebruiken voor het aanbieden van radio-omroepprogramma's.

38. De Raad spreekt zich niet uit over de vraag of een voorrangrecht voor enkele bestaande marktdeelnemers, zoals de verzoekende partijen opereren, ook toelaatbaar zou zijn in het kader van de vrije mededinging. De verwerende partij mocht evenwel binnen haar beleidsvrijheid beslissen om af te zien van een dergelijke voorrang, die net zou leiden tot een grotere afscherming van de markt dan met het bestreden besluit het geval is.

39. Wat voorafgaat doet de Raad van State besluiten dat de plicht tot landelijke dekking aan de vereisten van de in het middel aangevoerde bepalingen voldoet.

Het middel, voor zover ontvankelijk, is ongegrond.

VIII. Kosten

40. Bij arrest nr. 22/2020 van 13 februari 2020 heeft het Grondwettelijk Hof de woorden “per verzoekende partij” vernietigd in artikel 4, § 4, eerste en derde lid, van de wet van 19 maart 2017 ‘tot oprichting van een Begrotingsfonds voor de juridische tweedelijnsbijstand’, zoals het is ingevoegd bij de wet van 26 april 2017.

Dit betekent dat de bijdrage, bedoeld in voormeld artikel slechts éénmaal is verschuldigd per verzoekschrift, ongeacht het aantal partijen.

Bijgevolg is er aanleiding om de terugbetaling te bevelen van de onterecht betaalde bijdragen.

BESLISSING

1. De Raad van State verwerpt het beroep.

2. De verzoekende partijen worden verwezen in de kosten van het beroep tot nietigverklaring, begroot op een rolrecht van 1000 euro, een bijdrage van 20 euro en een rechtsplegingsvergoeding van 700 euro, die verschuldigd is aan de verwerende partij.

De onterecht betaalde bijdragen ten bedrage van 80 euro dienen te worden terugbetaald.

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

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

Geert Van Haegendoren,	kamervoorzitter,
Bruno Seutin,	staatsraad,
Bert Thys,	staatsraad,
bijgestaan door	
Vera Wauters,	griffier.

De griffier

De voorzitter

Vera Wauters

Geert Van Haegendoren