RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

VOORZITTER VAN DE IXe KAMER

A R R E S T

nr. 254.238 van 7 juli 2022
in de zaak A. 235.866/IX-10.018

In zake: de NV STUDIO 100
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Dirk De Keuster en Uschi Steurs
kantoor houdend te 2980 Sint-Antonius Zoersel
Handelslei 60
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
Stockhouderskasteel
bij wie woonplaats wordt gekozen
eveneens bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Frederik Vandendriessche, Leen De Vuyst en Saul Janssens
kantoor houdend te 1000 Brussel
Loksumstraat 25

Tussenkomende partij:

de NV DPG MEDIA
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Christiaan Lesaffer
kantoor houdend te 2000 Antwerpen
Meir 22-24
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van de vordering

1. De vordering, ingesteld op 11 maart 2022, strekt tot de schorsing van de tenuitvoerlegging van het ministerieel besluit van 9 februari 2022 ‘tot

erkenning van DPG Media nv als landelijke radio-omroeporganisatie voor het landelijk radio-omroepprogramma ‘Joe’’.

II. Verloop van de rechtspleging

2. De verwerende partij heeft een nota ingediend.

Met een verzoekschrift van 13 april 2022 heeft de nv DPG Media gevraagd om in het administratief kort geding te mogen tussenkomen.

Eerste auditeur Alexander Van Steenberge heeft een verslag opgesteld.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 20 juni 2022.

Kamervoorzitter Geert Van Haegendoren heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Dirk De Keuster, die verschijnt voor de verzoekende partij, advocaten Bart Staelens en Leen De Vuyst, die verschijnen voor de verwerende partij en advocaat Christiaan Lesaffer, die 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. Het bestreden besluit

3. Bij het thans bestreden besluit erkent de Vlaamse minister voor Media de nv DPG Media als landelijke radio-omroeporganisatie met toepassing van artikel 132 van het decreet van 27 maart 2009 ‘betreffende radio-omroep en televisie’ voor het radio-omroepprogramma ‘Joe’ (artikel 1) en wordt aan deze omroeporganisatie het landelijke frequentiepakket 1 toegekend (artikel 2).

IV. Tussenkomst

4. De nv DPG Media blijkt voordeel te halen uit de bestreden beslissing en heeft er belang bij dat de vordering wordt afgewezen. Bijgevolg moet haar verzoek worden ingewilligd.

V. Ontvankelijkheid van het beroep

5. Vooralsnog bestaat er geen noodzaak om over de door de verwerende partij en de tussenkomende partij opgeworpen ontvankelijkheidsexcepties uitspraak te doen. Een onderzoek van en een uitspraak over die excepties zouden alleen nodig zijn indien de grondvoorwaarden voor het toewijzen van de vordering tot schorsing vervuld zijn. Dat is, zoals hierna zal blijken, niet het geval.

VI. Schorsingsvoorwaarden

6. Krachtens artikel 17, § 1, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State kan de schorsing van de tenuitvoerlegging slechts worden bevolen onder de dubbele voorwaarde dat de zaak te spoedeisend is voor een behandeling ervan in een beroep tot nietigverklaring en indien minstens één ernstig middel wordt aangevoerd dat de nietigverklaring van de akte of het reglement *prima facie* kan verantwoorden.

VII. Spoedeisendheid

7. Volgens verzoekster is de spoedeisendheid aanwezig. Haar uiteenzetting is te lezen in de nummers 53 tot 59 van het inleidend verzoekschrift.

8. Met wat verzoekster schrijft onder nummer 53 kan volledig worden ingestemd:

> "Het is vaste rechtspraak van uw Raad dat het toekomt aan een verzoekende partij die beweert dat de zaak te spoedeisend is om aan de hand van de concrete feiten die zij in haar vordering aanvoert de urgentie aan te tonen. Dit houdt in dat het aan deze partij toevalt om aan haar zaak eigen, specifieke gegevens bij te brengen die in concreto aantonen waarom de nadelige gevolgen die een tenuitvoerlegging van het bestreden besluit voor haar persoonlijk veroorzaakt, niet gedragen kunnen worden gedurende de gewone doorlooptijd van de annulatieprocedure en waarom de afloop van deze procedure bijgevolg niet kan worden afgewacht."

In de uiteenzetting die daarop volgt, faalt verzoekster evenwel in die bewijslast.

9. Eerst beschrijft verzoekster haar ondernemingsactiviteiten en zet zij uiteen waarom het aanbieden van radio past in haar "strategie van verbreding".

Dat verzoekster een "verbredingsstrategie" nastreeft, vermag haar belang te staven – dat overigens niet in vraag wordt gesteld – maar is vreemd aan een uiteenzetting die gericht moet zijn op de spoedeisendheid.

10. Verzoekster stelt vast dat de nieuwe erkenningen in werking treden op 1 januari 2023 en dat tegen die datum geen uitspraak verwacht mag worden in de annulatieprocedure.

Zelfs als die inschatting correct is, verantwoordt dat nog niet waarom verzoekster onmogelijk de uitspraak ten gronde kan afwachten.

Om de spoedeisendheid aan te tonen, volstaat het immers niet te stellen dat de doorlooptijd van een annulatieprocedure te lang duurt of dat het resultaat van een annulatieprocedure niet kan worden afgewacht. Het moeten afwachten van het normale procedureverloop in het kader van een beroep tot nietigverklaring maakt het onvermijdelijke lot uit van elke beroepindiener en het staat aan verzoekster om aan te tonen dat zij het resultaat van de procedure tot nietigverklaring niet kan afwachten op straffe van zich in een toestand te bevinden met ernstige schadelijke gevolgen.

De omstandigheid dat de nieuwe erkenningen in werking treden op 1 januari 2023 en er tegen die datum nog geen arrest ten gronde zal zijn, volstaat dus niet om de spoedeisendheid aan te tonen.

11. Bij inwilliging van de gevraagde nietigverklaring verwerft verzoekster een nieuwe kans op erkenning.

Dat de huidige erkenningsronde volgens verzoekster “uniek” is en een “enig moment”, is dus naast de kwestie, net zoals de inschatting dat er “nooit meer een erkenningsronde [zal] worden georganiseerd”.

12. Het argument dat een “nieuwe erkenningsronde na een annulatieprocedure” “evenmin een ernstige oplossing” is, kan verzoekster niet met goed fatsoen laten gelden. Immers voert zij in het verzoekschrift voornamelijk wettigheidskritiek aan die de verwerende partij als rechtsherstel precies geen andere keuze zou laten dan een nieuwe erkenningsronde te organiseren, eventueel zelfs pas na wijziging van het regelgevend kader. Dat zou niet anders zijn als die middelen thans in het kader van de schorsingsprocedure ernstig bevonden zouden worden.

13. Verzoekster is een nieuwe kandidaat om radio-omroep te verzorgen. Het bestreden besluit verplicht haar dus niet om bestaande omroepactiviteiten te staken, doch belemmert haar enkel om een nieuwe

radio-omroep op te starten en te exploiteren. De bestreden weigering grijpt op geen enkel ogenblik in op haar huidige bedrijfsvoering. Verzoekster beweert niet dat haar lopende economische activiteiten bedreigd worden indien zij haar verbredingsstrategie niet onmiddellijk kan ontwikkelen of realiseren.

14. Verzoekster wijst op de overgang van analoge radio via FM naar digitale radio via DAB+:

> "De analoge radio via FM wordt gekenmerkt door een schaarste van het radiospectrum; de DAB+ niet. Deze schaarste in het radiospectrum leidt tot een beperkte monopoliesituatie die toelaat om marktaandeel op te bouwen. Dit marktaandeel zal nooit kunnen worden opgebouwd indien Verzoekster moet wachten tot de omslag naar DAB+ volledig is gemaakt en zij via DAB+ zal kunnen uitzenden. Deze mogelijkheid om marktaandeel op te bouwen door uit te zenden via de FM-band is uniek en gaat minstens gedeeltelijk en onherstelbaar verloren indien Verzoekster moet wachten op een uitspaak ten gronde."

Luidens artikel 133, § 1, van het decreet van 27 maart 2009 'betreffende radio-omroep en televisie' wordt slechts tot afschaffing van de FM-uitzendingen besloten in functie van onder meer de "evolutie van de groei van het totale digitale radio luisteren" en "de DAB+-progressie". Verzoekster verschaft geen zekerheid over de datum waarop de uitzendingen via FM gestaakt zullen worden, zodat aangenomen moet worden dat op dit ogenblik de vrees om na een eventuele nietigverklaring geen marktaandeel te kunnen opbouwen hypothetisch is. Even hypothetisch is de stelling dat in een latere exclusief digitale omgeving slechts een significant marktaandeel kan worden opgebouwd indien een FM-luisterpubliek kan worden "meegenomen". Daarenboven: hoe later de zogenaamde analoge *switch-off* gebeurt, des te minder zwaar de vrees van verzoekster weegt. Hoe spoediger tot die *switch-off* wordt beslist, des te beperkter is de commerciële waarde van marktaandeel op de FM-band en de periode waarin nog via FM een "loyaal luisterpubliek" kan worden verkregen.

Er mag overigens op worden gewezen dat een schorsing op elk ogenblik van de procedure gevorderd kan worden, indien nieuwe feiten de zaak alsnog spoedeisend maken.

Verzoekster verdisconteert in haar betoog evenmin het gegeven dat zij thans ook over de mogelijkheid beschikt om – al is het dan in mindere mate – luisterpubliek aan te trekken door middel van digitale uitzendingen zoals DAB+ of internetradio, zo zij dat zou wensen.

15. Wat dan nog rest, is een financieel nadeel in geval van een uitgestelde start van de zender. Het is een nadeel dat in het verzoekschrift niet wordt becijferd en waarvan verzoekster zelfs niet beweert dat het een zodanige impact heeft op haar bedrijfsvoering, laat staan op haar voortbestaan, dat spoedig ingrijpen geboden is. Dat laatste valt te begrijpen, gelet op haar ruime portefeuille van activiteiten in de amusements- en evenementensector die verzoekster zelf in de verf zet.

Op de terechtzitting betoogt verzoekster dat het ingeroepen nadeel verband houdt met haar bedrijfsstrategie, veeleer dan met het financiële nadeel. Zij heeft in het inleidend verzoekschrift evenwel enkel over marktaandeel van luisteraars, rendabiliteit en bereiken van het *break-even* punt geschreven. Dat is dus een betoog over een financieel nadeel, dat herstelbaar is. Op geen enkele manier heeft zij uiteengezet, laat staan aangetoond, waarom het niet onmiddellijk verwerven van een erkenning een zodanige impact heeft op haar bedrijfsstrategie, dat zij er de afloop van de annulatieprocedure niet voor kan afwachten.

16. Dat verzoekster opmerkt dat zij zich diligent heeft gedragen, volstaat ten slotte niet om enige spoedeisendheid aan te tonen.

17. Verzoekster overtuigt niet dat zij onmogelijk een uitspraak ten gronde kan afwachten. De voor een schorsing vereiste spoedeisendheid ontbreekt. Die vaststelling volstaat om de vordering te verwerpen.

BESLISSING

1. Het verzoek van de nv DPG Media tot tussenkomst in het administratief kort geding wordt ingewilligd.

2. De Raad van State verwerpt de vordering.

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van zeven juli tweeduizend tweeëntwintig, door de Raad van State, IXe kamer, samengesteld uit:

Geert Van Haegendoren,	kamervoorzitter,

bijgestaan door

Vera Wauters,	griffier.

De griffier	**De voorzitter**
Vera Wauters	**Geert Van Haegendoren**