



RAAD VAN STATE

afdeling Wetgeving

advies 64.270/VR
van 31 oktober 2018

over

een voorontwerp van decreet van de Vlaamse Gemeenschap
‘houdende instemming met het samenwerkingsakkoord tussen de
Federale Staat, de Vlaamse Gemeenschap, de Franse
Gemeenschap en de Duitstalige Gemeenschap betreffende de
coördinatie van de radiofrequenties voor radio-omroep in de
frequentieband 87,5-108 MHz overeenkomstig artikel 17 van de
wet van 13 juni 2005 betreffende de elektronische
communicatie’

Op 14 september 2018 is de Raad van State, afdeling Wetgeving, door de Vlaamse minister van Cultuur, Media, Jeugd en Brussel verzocht binnen een termijn van dertig dagen, verlengd tot vijfenveertig dagen,^(*) een advies te verstrekken over een voorontwerp van decreet van de Vlaamse Gemeenschap ‘houdende instemming met het samenwerkingsakkoord tussen de Federale Staat, de Vlaamse Gemeenschap, de Franse Gemeenschap en de Duitstalige Gemeenschap betreffende de coördinatie van de radiofrequenties voor radio-omroep in de frequentieband 87,5-108 MHz overeenkomstig artikel 17 van de wet van 13 juni 2005 betreffende de elektronische communicatie’.

Het voorontwerp is door de verenigde kamers onderzocht op 16 oktober 2018. De verenigde kamers waren samengesteld uit Jo BAERT, kamervoorzitter, voorzitter en Martine BAGUET, kamervoorzitter, Jeroen VAN NIEUWENHOVE, Bernard BLERO, Wanda VOGEL en Koen MUYLLE, staatsraden, en Astrid TRUYENS, griffier en Charles-Henri VAN HOVE, toegevoegd griffier.

Het verslag is uitgebracht door Anne VAGMAN, eerste auditeur en Tim CORTHAUT, auditeur.

Het advies, waarvan de tekst hierna volgt, is gegeven op 31 oktober 2018.

*

^(*) Deze verlenging vloeit voort uit artikel 84, § 1, eerste lid, 2°, van de wetten op de Raad van State, gecoördineerd op 12 januari 1973, waarin wordt bepaald dat de termijn van dertig dagen verlengd wordt tot vijfenveertig dagen in het geval waarin het advies gegeven wordt door de verenigde kamers met toepassing van artikel 85bis.

1. Met toepassing van artikel 84, § 3, eerste lid, van de wetten op de Raad van State, gecoördineerd op 12 januari 1973, heeft de afdeling Wetgeving zich toegespitst op het onderzoek van de bevoegdheid van de steller van de handeling, van de rechtsgrond¹, alsmede van de vraag of aan de te vervullen vormvereisten is voldaan.

*

STREKKING VAN HET VOORONTWERP EN VAN HET SAMENWERKINGSAKKOORD

2. Het voorontwerp van decreet van de Vlaamse Gemeenschap dat voor advies wordt voorgelegd, strekt tot instemming, wat de Vlaamse Gemeenschap betreft, met het samenwerkingsakkoord tussen de federale Staat, de Vlaamse Gemeenschap, de Franse Gemeenschap en de Duitstalige Gemeenschap ‘betreffende de coördinatie van de radiofrequenties voor radio-omroep in de frequentieband 87,5-108 MHz overeenkomstig artikel 17 van de wet van 13 juni 2005 betreffende de elektronische communicatie’.

Het samenwerkingsakkoord stelt vooreerst het nationaal plan vast (artikel 2, § 1, van het samenwerkingsakkoord) dat is samengesteld uit de “toewijzingen”² die zijn opgenomen in twee bijlagen bij het samenwerkingsakkoord. Over de toewijzingen opgenomen in bijlage 1 bij het samenwerkingsakkoord kon een technisch akkoord worden bereikt. Die toewijzingen kunnen worden gewijzigd mits de in artikel 3 van het samenwerkingsakkoord bepaalde coördinatieprocedure en de in artikel 4 van het samenwerkingsakkoord bepaalde berekeningsmethoden worden nageleefd (artikel 2, § 2, van het samenwerkingsakkoord). Over de toewijzingen opgenomen in bijlage 2 bij het samenwerkingsakkoord kon geen technisch akkoord worden bereikt. Deze toewijzingen kunnen in beginsel niet worden gewijzigd, behoudens indien het samenwerkingsakkoord zelf zou worden gewijzigd, wat impliceert dat ze worden bevroren (artikel 2, § 3, van het samenwerkingsakkoord).

Tevens wordt de procedure geregeld ingeval een buitenlandse administratie een coördinatieaanvraag indient (artikel 5 van het samenwerkingsakkoord) en ingeval een gemeenschap de bepalingen wil toepassen van de artikelen 4³ en 7 van het akkoord van Genève van 1984⁴ (artikel 6 van het samenwerkingsakkoord).

Het samenwerkingsakkoord treedt in werking “nadat het werd goedgekeurd door de federale Wetgevende Kamers en de Gemeenschappen” (artikel 7 van het samenwerkingsakkoord).

¹ Aangezien het om een voorontwerp van decreet gaat, wordt onder “rechtsgrond” de overeenstemming met de hogere rechtsnormen verstaan.

² Zijnde het “geheel van de technische karakteristieken met betrekking tot het gebruik van een radiofrequentie door een radio-omroepstation”: artikel 1, tweede lid, 2°, van het samenwerkingsakkoord.

³ Met uitzondering van artikel 4.2.3 van dat akkoord.

⁴ Zijnde het “regionaal akkoord betreffende het gebruik van de 87.5-108 MHz-band voor radio-omroep met frequentiemodulatie (Regio 1 en deel van Regio 3), gesloten te Genève op 7 december 1984”: artikel 1, tweede lid, 4°, van het samenwerkingsakkoord.

BEVOEGDHEID

3.1. Artikel 17 van de wet van 13 juni 2005 ‘betreffende de elektronische communicatie’ luidt:

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

In zijn arrest nr. 112/2011 van 23 juni 2011 heeft het Grondwettelijk Hof geoordeeld dat die bepaling de bevoegdheidverdelende regels niet schendt “[r]ekening houdend met wat is vermeld in B.6.1 tot B.6.3”. Die overwegingen luiden als volgt:

“B.6.1. Door ervan af te zien de wijze waarop hij zijn bevoegdheid inzake coördinatie van radiofrequenties uitoefent eenzijdig te bepalen, ten gunste van het sluiten van een samenwerkingsakkoord, waarbij de federale overheid en de gemeenschappen de te volgen procedure in onderling overleg vastleggen, heeft de federale wetgever zich willen conformeren aan het in B.5 vermelde evenredigheidsbeginsel.

B.6.2. De bevoegdheidverdelende regels verzetten zich weliswaar ertegen dat een gewone wet de uitoefening van een federale bevoegdheid en *a fortiori* van een gemeenschapsbevoegdheid ondergeschikt maakt aan het sluiten van een samenwerkingsakkoord. In beginsel staat het dus niet aan de federale wetgever, die zich bij gewone meerderheid uitspreekt, een bepaling zoals de in het geding zijnde bepaling vast te stellen.

Te dezen vermocht de gewone federale wetgever evenwel zo te handelen.

In de eerste plaats is er geen sprake van een wijziging van de bevoegdheidsverdeling tussen de federale Staat en de gemeenschappen, doch uitsluitend van het gebruik van een ander juridisch instrument om te bepalen op welke wijze dergelijke bevoegdheden worden uitgeoefend. De wetgever heeft enkel de verplichtingen geconcretiseerd die voortvloeien uit het evenredigheidsbeginsel, zoals die eerder door het Hof werd vastgelegd in zijn rechtspraak betreffende de radioberichtgeving en dat vereist, zoals in B.5 is uiteengezet, dat ter zake vooraf een samenwerkingsakkoord wordt gesloten. Er dient met andere woorden rekening te worden gehouden met het feit dat de federale wetgever, die zich bij gewone meerderheid uitspreekt, de aangelegenheden waarin een samenwerkingsakkoord vereist is niet *motu proprio* heeft aangewezen – hetgeen klaarblijkelijk in strijd zou zijn met de bevoegdheidverdelende regels – maar zich ertoe heeft beperkt, binnen de perken van zijn bevoegdheid, gevolg te geven aan de vereiste inzake samenwerking die krachtens het beginsel van de evenredigheid is opgelegd bij de uitoefening van de bevoegdheden.

Vervolgens heeft hij rekening gehouden met zijn verplichting om, binnen de perken van zijn bevoegdheid, de in B.3.3 bedoelde richtlijn om te zetten en met de daarin vervatte vereiste om in voorkomend geval erover te waken dat tussen de verschillende bevoegde nationale overheden over onderwerpen van gemeenschappelijk belang een samenwerking plaatsheeft.

De in het geding zijnde bepaling versterkt overigens het mechanisme van coördinatie tussen de federale Staat en de gemeenschappen dat voordien van toepassing was. Zoals in B.1.2 werd onderstreept, werd onder de gelding van de vroegere regelgeving de door de federale Staat vastgestelde coördinatie van de radiofrequenties immers voorafgegaan door een consultatie van de betrokken gemeenschapsoverheden.

Hoewel elke vorm van samenwerking onvermijdelijk een beperking van de autonomie van de betrokken overheden impliceert, heeft bovendien het sluiten van een samenwerkingsovereenkomst die beperkt is tot de voor radio-omroep bestemde radiofrequenties waarvan het gebruik de in B.3.2 vermelde interferenties met zich kan meebrengen, evenmin een uitwisseling, een afstand of een teruggave van bevoegdheden tot gevolg.

B.6.3. Daaruit volgt dat de federale wetgever, door de in het geding zijnde bepaling aan te nemen, de bevoegdheidverdelende regels niet heeft geschonden. Die vaststelling geldt evenwel alleen voor de coördinatie van de voor radio-omroep bestemde radiofrequenties, vermeld in B.3.2.”

In hetzelfde arrest oordeelde het Grondwettelijk Hof nog dat “het evenredigheidsbeginsel, dat eigen is aan elke bevoegdheidsuitoefening[, vereist] dat de gemeenschappen en de federale Staat hun respectieve bevoegdheden in onderlinge samenwerking uitoefenen, teneinde de radiofrequenties te coördineren waarvan het gebruik door een zendtoestel van een radio-omroep kan leiden tot een technische interferentie met de uitzendingen van een operator die valt onder de bevoegdheid van een andere gemeenschap, of met de radiofrequenties die voor andere doeleinden dan de radio-omroep worden gebruikt”.⁵

3.2. Zoals uit het opschrift ervan blijkt, geeft het samenwerkingsakkoord waaraan beoogd wordt instemming te verlenen, uitvoering aan het voormelde artikel 17 van de wet van 13 juni 2005. Het strekt tot de coördinatie van de radiofrequenties voor radio-omroep in de frequentieband 87,5-108 MHz. Uit het aangehaalde arrest van het Grondwettelijk Hof blijkt dat die coördinatie vereist dat de gemeenschappen en de federale overheid hun bevoegdheden, zijnde respectievelijk het vaststellen van de voor de radio-omroep bestemde radiofrequenties en de algemene politie van de radio-elektrische golven, in onderlinge samenwerking uitoefenen, hetgeen in dit geval is gebeurd. Het samenwerkingsakkoord is dan ook in overeenstemming met de bevoegdheidverdelende regels.

VORMVEREISTEN

4.1. Volgens artikel 14, lid 1, van richtlijn 2002/20/EG van het Europees Parlement en de Raad van 7 maart 2002 ‘betreffende de machtiging voor elektronische-communicatienetwerken en -diensten (Machtigingsrichtlijn)’ zien de lidstaten erop toe

“dat de rechten, voorwaarden en procedures inzake algemene machtigingen en gebruiksrechten of rechten om faciliteiten te installeren alleen kunnen worden gewijzigd in objectief met redenen omklede gevallen en op evenredige wijze, in voorkomend geval rekening houdend met de specifieke voorwaarden die van toepassing zijn op de overdraagbare gebruiksrechten voor radiofrequenties. Het voornemen om dergelijke wijzigingen aan te brengen, zal op passende wijze worden bekendgemaakt en de belanghebbende partijen, met inbegrip van gebruikers en consumenten, zullen over een adequate termijn kunnen beschikken om hun standpunt met betrekking tot de voorgestelde

⁵ GwH 23 juni 2011, nr. 112/2011, B.5.

wijzigingen kenbaar te maken; deze termijn bedraagt behoudens uitzonderlijke gevallen ten minste vier weken.”

4.2. Uit de aan de Raad van State voorgelegde stukken blijkt niet dat over het voorgenomen frequentieplan een publieke consultatie heeft plaatsgehad waarbij alle belanghebbende partijen hun standpunt kenbaar konden maken, zodat het vormvereiste opgelegd door de richtlijn niet lijkt te zijn nageleefd.

4.3. De Raad van State, afdeling Wetgeving, heeft er in het verleden al op gewezen dat een regelgevend kader voor de organisatie van die raadpleging lijkt te ontbreken,⁶ wat vragen doet rijzen over de voorzienbaarheid van de raadplegingen en de voorwaarden waaronder dergelijke consultaties worden georganiseerd. Dat probleem stelt zich evenzeer voor het samenwerkingsakkoord. Niettemin zou kunnen worden aanvaard dat de consultatie door de verschillende partijen bij het samenwerkingsakkoord gezamenlijk wordt georganiseerd, op voorwaarde dat aan de kwalitatieve eisen van de richtlijn wordt voldaan.

ALGEMENE OPMERKINGEN

5.1. Zoals blijkt uit artikel 2, §§ 2 en 3, van het samenwerkingsakkoord waaraan beoogd wordt instemming te verlenen, werd over de toewijzingen opgenomen in bijlage 1 een technisch akkoord bereikt, terwijl dat niet het geval is voor de toewijzingen opgenomen in bijlage 2, die “zijn (...) bevroren”. Ten aanzien van die tweede categorie wordt verwacht dat “problemen met interferentie [zullen] blijven bestaan”.⁷

Aldus doet het samenwerkingsakkoord een verschil in behandeling ontstaan tussen, enerzijds, de gebruikers van frequenties die het voorwerp uitmaken van toewijzingen opgenomen in bijlage 1 en, anderzijds, gebruikers van frequenties die het voorwerp uitmaken van toewijzingen opgenomen in bijlage 2: terwijl de eerste categorie gebruik zal kunnen maken van frequenties die in beginsel geen storingen veroorzaken of ondergaan, is dat niet gewaarborgd ten aanzien van de tweede categorie.

Er moet worden nagegaan of dat verschil in behandeling bestaanbaar is met het grondwettelijke beginsel van gelijkheid en niet-discriminatie.

⁶ Adv.RvS 59.290/3 van 25 mei 2016 over een voorontwerp dat heeft geleid tot het decreet van de Vlaamse Gemeenschap van 14 oktober 2016 ‘houdende wijziging van het decreet van 27 maart 2009 betreffende radio-omroep en televisie en het decreet van 25 april 2014 betreffende de rustpensioenen, toegekend aan de vastbenoemde personeelsleden van de Vlaamse Radio- en Televisieomroeporganisatie en betreffende de overlevingspensioenen, toegekend aan de rechtverkrijgenden van die personeelsleden’, opmerkingen 5.1 tot 5.5, *Parl.St.* VI.Parl. 2015-16, nr. 829/1, 46-49; adv.RvS 60.142/3 van 20 oktober 2016 over een voorontwerp dat heeft geleid tot het decreet van de Vlaamse Gemeenschap van 23 december 2016 ‘houdende wijziging van diverse bepalingen van het decreet van 27 maart 2009 betreffende radio-omroep en televisie, wat betreft de radio-omroeporganisaties’, opmerking 3, *Parl.St.* VI.Parl. 2016-17, nr. 983/1, 51-54; adv.RvS 61.050/3 van 28 maart 2017 over een ontwerp dat heeft geleid tot 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’, opmerking 5.

⁷ Zie het advies van de Strategische Adviesraad voor Cultuur, Jeugd, Sport en Media van 30 augustus 2018.

5.2. Te dien aanzien moet vooreerst worden opgemerkt dat dit verschil in behandeling berust op een objectief criterium. De frequenties die het voorwerp uitmaken van toewijzingen opgenomen in bijlage 2, zijn een beperkte groep van frequenties waarvoor geen technisch akkoord kon worden bereikt, zodat de kans op storingen reëel is. Over de frequenties die het voorwerp uitmaken van toewijzingen opgenomen in bijlage 1 kon daarentegen wel een technisch akkoord worden bereikt, zodat ze in beginsel storingvrij kunnen worden toegewezen.

5.3. Het verschil in behandeling is tevens evenredig met het door de partijen bij het samenwerkingsakkoord nagestreefde doel, namelijk om tot een globale overeenkomst te komen, waarbij alle frequenties worden toegewezen, zodat er een volwaardig nationaal plan is waarmee aan de internationale verplichtingen kan worden voldaan.

De gevolgen van het “bevriezen” van de in bijlage 2 bij het samenwerkingsakkoord opgenomen toewijzingen zijn immers eerder beperkt. De frequenties in kwestie worden wel degelijk toegewezen en kunnen worden gebruikt, zij het zonder garantie dat er geen interferentie zal zijn.

Weliswaar kunnen de toewijzingen opgenomen in bijlage 1 worden gewijzigd, mits de in artikel 3 van het samenwerkingsakkoord bepaalde coördinatieprocedure en de in artikel 4 van het samenwerkingsakkoord bepaalde berekeningsmethoden worden nageleefd, terwijl de toewijzingen opgenomen in bijlage 2 niet kunnen worden gewijzigd, behoudens indien het samenwerkingsakkoord zelf wordt gewijzigd. Er moet echter worden opgemerkt dat wanneer in het kader van de in artikel 3 van het samenwerkingsakkoord geregelde coördinatieprocedure een gemeenschap bezwaren formuleert over de coördinatieaanvraag van een andere gemeenschap, en er geen unanieme oplossing wordt bereikt, de coördinatie als geweigerd moet worden beschouwd.⁸ Bijgevolg kunnen ook die frequenties niet eenzijdig worden gewijzigd, ook al zouden er alsnog storingen worden vastgesteld.

5.4. Het zou daarentegen moeilijk te verantwoorden zijn dat het gegeven dat voor een beperkt aantal frequenties geen technisch akkoord werd bereikt, ertoe zou leiden dat alle andere frequenties, waarover wel een technisch akkoord werd bereikt, niet zouden worden toegewezen. Weliswaar zou het bij gebrek aan een technisch akkoord voor de toewijzingen in kwestie ook mogelijk zijn geweest om die frequenties helemaal niet toe te wijzen, maar in dat geval is het nationaal frequentieplan onvolkomen. Bovendien lijkt een frequentie die gebruikt mag worden – zelfs al zal dat in bepaalde gevallen met storingen gepaard gaan – te verkiezen boven een frequentie die volledig onbenut wordt gelaten.

5.5. Onder die omstandigheden lijkt het in opmerking 5.1 vermelde verschil in behandeling bestaanbaar met het grondwettelijke beginsel van gelijkheid en niet-discriminatie.

⁸ Artikel 3, § 5, achtste lid, van het samenwerkingsakkoord.

ONDERZOEK VAN HET SAMENWERKINGSAKKOORD

Artikel 3

6. Naar luid van artikel 3, § 5, vierde lid, 4°, van het samenwerkingsakkoord is de coördinatiecommissie ermee belast “de praktische modaliteiten [lees: de nadere regels] van toepassing op dit akkoord te bepalen”.

De regels en de beginselen die de uitoefening van de normatieve functie beheersen, staan eraan in de weg dat de door de coördinatiecommissie bepaalde nadere regels meer inhouden dan de praktische concretisering van bepalingen die door de daartoe bij of krachtens de Grondwet aangewezen organen tot stand zijn gebracht.

Bijgevolg kan die bepaling slechts worden aanvaard op voorwaarde dat de “praktische modaliteiten van toepassing op dit akkoord” beperkt blijven tot louter interne werkafspraken tussen de partijen.

Artikel 7

7. Naar luid van artikel 7 treedt het samenwerkingsakkoord waaraan beoogd wordt instemming te verlenen, in werking “nadat het werd goedgekeurd door de federale Wetgevende Kamers [lees: de Kamer van volksvertegenwoordigers⁹] en de Gemeenschappen”.

Aldus verwijst die bepaling naar een tijdvak, in plaats van naar een precieze datum van inwerkingtreding. Nochtans vloeit uit artikel 2, § 1, van het samenwerkingsakkoord voort dat op “[d]e dag van inwerkingtreding van dit samenwerkingsakkoord” toewijzingen in het nationaal plan worden vastgesteld. Bijgevolg moet de datum van inwerkingtreding op voldoende rechtszekere wijze worden bepaald.

ONDERZOEK VAN DE TEKST VAN HET VOORONTWERP

8. De datum van het samenwerkingsakkoord (31 augustus 2018) moet worden ingevoegd in het opschrift en in artikel 2 van het voorontwerp.

⁹ De wetten tot goedkeuring van samenwerkingsakkoorden zijn niet langer een verplicht bicamerale, maar wel een monocamerale aangelegenheid: artikel 74 van de Grondwet.

SLOTOPMERKING

9. De bijlagen bij het samenwerkingsakkoord waarmee beoogd wordt instemming te verlenen, kwamen niet voor in de stukken bij deze adviesaanvraag.¹⁰ Dit moet worden verholpen bij de indiening van het voorontwerp in het Parlement van de Vlaamse Gemeenschap.

DE GRIFFIER

DE VOORZITTER

Astrid TRUYENS

Jo BAERT

¹⁰ Maar wel in de stukken bij het voorontwerp van decreet van de Franse Gemeenschap waaromtrent de Raad van State advies 64.285/VR van 31 oktober 2018 heeft gegeven.