

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

IXe KAMER

A R R E S T

**nr. 249.249 van 16 december 2020
in de zaak A. 228.293/IX-9565**

In zake: de VZW RADIO MARIA
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Jeroen Dewispelaere en Sandrine Verstraete
kantoor houdend te 1040 Brussel
Ijzerlaan 19
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 B.G.-CONSULTING
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Thomas De Meese en Laura van Kruijsdijk
kantoor houdend te 1000 Brussel
Joseph Stevensstraat 7
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van het beroep

1. Het beroep, ingesteld op 4 juni 2019, strekt tot de nietigverklaring van het ministerieel besluit van 5 april 2019 ‘houdende de erkenning als netwerkradio-omroeporganisatie van B.G. - Consulting, Naamloze vennootschap voor frequentiepakket netwerkradio-omroeporganisatie 4 - ander profiel 2’.

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 nv B.G.-Consulting heeft een verzoekschrift tot tussenkomst ingediend. De tussenkomst is toegestaan bij beschikking van 9 augustus 2019. 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 7 december 2020.

Kamervoorzitter Geert Van Haegendoren heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Jeroen Dewispelaere, die verschijnt voor de verzoekende partij, advocaat Bart Staelens, die verschijnt voor de verwerende partij en advocaat Laura Kempeneers, die *loco* advocaten Thomas De Meese en Laura van Kruijsdijk verschijnt voor de tussenkomende partij, zijn gehoord.

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

Er is toepassing gemaakt van de bepalingen op het gebruik der talen, vervat in titel VI, hoofdstuk II, van de wetten op de Raad van State, gecoördineerd op 12 januari 1973.

III. Feiten

3.1. Op 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’ (“frequentiebesluit 2017”).

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

“Oproep tot kandidaatstelling voor erkenning als netwerkradio-omroeporganisatie of als lokale radio-omroeporganisatie

In uitvoering van artikel 6 en 16 van het besluit van de Vlaamse Regering van 21 april 2017 houdende diverse uitvoeringsbepalingen over de netwerk- en lokale radio-omroeporganisaties en houdende wijziging van diverse besluiten over radio-omroepen, worden via deze oproep de frequentiepakketten bekendgemaakt waarvoor kandidaat netwerkradio-omroeporganisaties en kandidaat lokale radio-omroeporganisaties een dossier tot erkenning kunnen indienen.

Zoals bepaald bij artikel 1 van het besluit van de Vlaamse Regering van 5 mei 2017 houdende de indeling van de frequentiepakketten voor de netwerkradio-omroeporganisaties per type netwerkradio-omroeporganisatie, wordt:

- frequentiepakket 1 gekoppeld met het profiel van de generalistische netwerkradio-omroeporganisatie profiel zoals gedefinieerd in artikel 143/1, lid 1, 1° van het decreet van 27 maart 2009 betreffende radio-omroep en televisie (mediadecreet);
- frequentiepakket 2 gekoppeld met het profiel of de categorie van Vlaamse of Nederlandstalige netwerkradio-omroeporganisatie zoals gedefinieerd in artikel 143/1, lid 1, 2° van het mediadecreet;
- frequentiepakket 3 en 4 gekoppeld met het profiel van de andere netwerkradio-omroeporganisatie zoals gedefinieerd in artikel 143/1, lid 1, 3° van het mediadecreet.

[...]

De erkenningsaanvragen worden ingediend via de Kiosk toepassing van het Departement Cultuur, Jeugd en Media (<https://cjsm.be/kiosk/public/login.cjsm>). Via de website van het departement (<https://cjsm.be/radio-erkenningen>) vindt u alle relevante informatie als ook een handleiding bij het gebruik van deze toepassing ter beschikking wordt gesteld. Kandidaturen die niet via deze toepassing worden ingediend, worden niet aanvaard.

De dossiers dienen ingediend te worden uiterlijk dertig dagen volgend op de dag van publicatie van deze oproep, te weten op woensdag 14 juni 2017.

De lijst van beschikbare frequentiepakketten wordt als bijlage gevoegd bij deze oproep.”

3.3. Bij besluit van 15 september 2017 verleent de Vlaamse minister, bevoegd voor de media, aan B.G.-Consulting een erkenning als netwerkradio-omroeporganisatie voor frequentiepakket netwerkradio-omroeporganisatie 4 – Ander profiel 2. Verzoekster was ook kandidaat voor deze erkenning.

3.4. Bij arrest nr. 242.804 van 25 oktober 2018 vernietigt de Raad van State het frequentiebesluit 2017.

Op 29 maart 2019 neemt de Vlaamse regering een nieuw besluit ‘houdende bepaling van het aantal particuliere landelijke, regionale, netwerk- en lokale radio-omroeporganisaties dat kan worden erkend en houdende de opstelling van het frequentieplan en de vaststelling van de frequentiepakketten die ter beschikking worden gesteld van de particuliere landelijke, regionale, netwerk- en lokale radio-omroeporganisaties’ (“frequentiebesluit 2019”). Dat besluit wordt bekendgemaakt in het Belgisch Staatsblad van 4 april 2019 en treedt diezelfde dag in werking.

3.5. Bij ministerieel besluit van 5 april 2019 wordt het voormeld ministerieel besluit van 15 september 2017 opgeheven omdat het, aldus is te lezen in de considerans van het opheffingsbesluit, “aangewezen is het besluit dat niet meer over de vereiste rechtsgrond beschikt uit de rechtsorde te verwijderen”. Bij arrest nr. 244.905 van 20 juni 2019 wordt het op vordering van een andere teleurgestelde kandidaat alsnog vernietigd. Bij gebrek aan voorwerp wordt het

beroep van verzoekster tegen hetzelfde besluit verworpen door de Raad van State bij arrest nr. 244.927 van 24 juni 2019.

3.6. Bij een ander ministerieel besluit van 5 april 2019 wordt de tussenkomende partij opnieuw erkend als netwerkradio-omroeporganisatie voor frequentiepakket netwerkradio-omroeporganisatie 4 – Ander profiel 2.

Dat is het thans bestreden besluit. Het steunt onder meer op de volgende overwegingen:

“Overwegende dat het besluit van 29 maart 2019 onder meer de frequentiegegevens uit het besluit van 21 april 2017 herneemt en dat er zich geen wijzigingen hebben voorgedaan in de feitelijke frequenties waarvoor de kandidaat-omroepen destijds hebben gekandideerd, waardoor deze kandidaatstellingen zelf aldus overeind blijven;

Overwegende dat de motivering van het vernietigingsarrest nr. 242.804 van 25 oktober 2018 vreemd is aan de beoordeling van een kandidatuur en vreemd is aan de erkenning van kandidaten na de vergelijking van kandidaturen;

Overwegende dat het besluit van de Vlaamse Regering van 29 maart 2019 niet inhoudt dat de ingediende en reeds beoordeelde dossiers van de kandidaat radio-omroeporganisaties op enige wijze hun relevantie zouden verloren hebben; dat aldus het nieuwe frequentiebesluit geen aanleiding geeft tot een wijziging in de ingediende kandidaatstellingsdossiers;

Overwegende dat het vertrouwensbeginsel en het rechtszekerheidsbeginsel impliceren dat een erkende radio-omroep er mag op rekenen dat een individueel besluit hem de daarin vermelde rechten verstrekt; dat de vernietiging van het besluit van de Vlaamse Regering van 21 april 2017 bij het arrest nr. 242.804 van 25 oktober 2018 vreemd is aan het kandidaatsdossier van de radio-omroeporganisatie die een erkenning bekomen heeft; Overwegende dat het besluit van 15 september 2017 houdende de erkenning als netwerkradio-omroeporganisatie van B.G.-Consulting bij besluit van 5 april 2019 is opgeheven;

Overwegende dat het motief voor deze opheffing vreemd is aan de vergelijking van de kandidaatsdossiers; dat de frequentiegegevens hier niet zijn gewijzigd; dat het nieuwe frequentiebesluit op geen enkele wijze zou impliceren dat kandidaatsdossiers enig ander en nieuw element zou moeten bevatten; overwegende dat bijgevolg opnieuw geoordeeld kan worden krachtens de vergelijking van de kandidaatsdossiers die is doorgevoerd onder de vigeur van het vernietigde frequentiebesluit;

Overwegende de beoordeling van de aanvragen op basis van de werkwijze die is opgenomen in de bijlage 1, die bij dit besluit is gevoegd en overwegende dat aan elke aanvraag op basis van de werkwijze een score werd

toegekend op basis van de motivering die is opgenomen in bijlage 2, die bij dit besluit is gevoegd;
Overwegende dat de kandidaat, vermeld in artikel 1, de hoogste totaalscore behaalde.”

De totaalscore van elke kandidaat is in bijlage 2 bij het besluit als volgt vastgesteld:

- de tussenkomenende partij 81,03/100,
- verzoekster 78,15/100,
- derde kandidaat 68,59/100.

IV. Nadere omschrijving van het voorwerp van het beroep

4.1. De tussenkomenende partij werpt op dat het beroep niet ontvankelijk is voor zover het is gericht tegen de impliciete weigering om verzoekster te erkennen.

4.2. Noch uit het verzoekschrift, noch uit haar latere procedurestukken blijkt dat verzoekster aanstuurt op een bijkomende vernietiging van deze impliciete weigering.

Het voorwerp van het beroep is aldus bepaald tot het ministerieel erkenningsbesluit en de exceptie mist feitelijke grond.

V. Ontvankelijkheid van het beroep

5.1. De tussenkomenende partij werpt op dat verzoekster bij haar inleidend verzoekschrift geen enkel stuk neerlegt waaruit blijkt dat zij rechtspersoonlijkheid heeft verworven en dat zij die nog steeds heeft. Bijgevolg toont verzoekster niet aan dat zij over de vereiste procesbekwaamheid beschikt. Bovendien schrijft het algemeen procedurereglement voor dat een verzoekende partij, die een rechtspersoon zou zijn, een afschrift van haar gepubliceerde statuten en van haar gecoördineerde geldende statuten bij haar verzoekschrift dient te voegen. *In casu* is dit niet gebeurd, waardoor het annulatieberoep onontvankelijk is.

5.2. Vastgesteld moet worden dat de zaak op de rol is ingeschreven en dat verzoekster hoe dan ook een afschrift van haar gecoördineerde statuten neergelegd heeft, samen met de memorie van wederantwoord, waarmee zij elk mogelijk verzuim ter zake heeft geregulariseerd. De tussenkomende partij betwist in haar laatste memorie terecht niet de toelaatbaarheid van zo een regularisatie. Er is geen reden om aan de procesbekwaamheid van verzoekster te twijfelen en haar om die reden de toegang tot de rechter te ontfangen.

5.3. De exceptie wordt verworpen.

VI. Onderzoek van de middelen

A. Vooraf

6. Verzoekster voert in het verzoekschrift vier middelen aan. Het derde middel is als enige gericht tegen de erkenningsprocedure en de beoordelingsmethode als zodanig. Als dit middel moet worden bijgevalen, zal de verweerende partij haar aanpak in zijn geheel moeten heroverwegen en aanpassen. Het past dus om het derde middel te onderzoeken vóór de andere drie middelen, waarin wettigheidskritiek wordt geleverd die toegespitst is op de wijze waarop de dossiers van de kandidaten *in concreto* zijn onderzocht en welbepaalde elementen ervan zijn beoordeeld.

B. Derde middel

Uiteenzetting van het middel

7. Het derde middel is geput uit de schending van het gelijkheidsbeginsel “zoals dit voortvloeit uit de artikelen 10 en 11 van de Grondwet en de artikelen 49 en 56 van VWEU”, de “transparantieplichting” en het zorgvuldigheidsbeginsel, “in zoverre [...] na de indiening van de aanvragen van erkenning, nieuwe (sub)criteria werden ingevoerd in aanvulling van de kwalificatiecri-

teria voorzien in artikel 143/2, § 2, van het Mediadecreet en artikel 4 van het Uitvoeringsbesluit (eerste onderdeel) en in zoverre dit aan deze kwalificatiecriteria en (sub)criteria bepaalde wegingscoëfficiënten heeft toegekend die niet vooraf voorzien waren in artikel 4 van het Uitvoeringsbesluit (tweede onderdeel)”.

Verzoekster geeft aan dat het beginsel van gelijke behandeling een transparantieverplichting impliceert, wat inhoudt dat kandidaten zich in een gelijke positie moeten bevinden, “zowel in de fase van de voorbereiding van hun offertes, als bij de beoordeling van deze offertes door de overheid”. In dit kader rust een zorgvuldigheidsplicht op de overheid. Met toepassing van de rechtspraak van het Hof van Justitie vereist de transparantieverplichting volgens verzoekster “dat alle elementen die door de overheid in aanmerking worden genomen alsook het relatieve belang van deze elementen vanaf het begin bij de potentiële kandidaten bekend zijn”. Deze elementen kunnen immers de voorbereiding van de erkenningsdossiers beïnvloeden en kunnen discriminerend werken jegens bepaalde kandidaten. Bijgevolg mag de overheid bij de beoordeling van de aanvragen tot erkenning geen (sub)criteria toepassen die niet op voorhand ter kennis van de kandidaten werden gebracht.

De overheid mag volgens verzoekster bovendien geen wegingscoëfficiënten toepassen die niet vooraf ter kennis van de kandidaten werden gebracht, zodat de kandidaten bij het opstellen van hun dossier objectief kunnen vaststellen welk gewicht de criteria ten opzichte van elkaar hebben.

In het *eerste middelonderdeel* laakt verzoekster dan “de toepassing van nieuwe (sub)criteria”. Uit bijlage 1 van het bestreden besluit blijkt volgens haar dat subcriteria gebruikt worden met een eigen weging, die niet zijn opgenomen in het decreet van 27 maart 2009 ‘betreffende radio-omroep en televisie’ (“mediadecreet”), noch in het besluit van de Vlaamse regering van 21 april 2017 ‘houdende diverse uitvoeringsbepalingen over de netwerk- en lokale radio-omroeporganisaties en houdende wijziging van diverse besluiten over radio-omroep’ (“uitvoeringsbesluit”). Ze waren dus niet kenbaar noch voorzienbaar op

het ogenblik van de indiening van de aanvragen. Er worden maar liefst 113 vragen gebruikt. Ze hebben betrekking “op nieuwe elementen die helemaal niet voorzien waren in artikel 143/2, § 2, van het Mediadecreet of in artikel 4 van het Uitvoeringsbesluit”.

Zo bepaalt bijlage 1 bij het bestreden besluit dat bij de toetsing van het eerste aanvullend kwalificatiecriterium betreffende de invulling van het programma-aanbod en het zendschema, nagegaan moet worden of er marktstudies waren opgesteld door een extern agentschap. Aangezien dit niet vereist is door het mediadecreet en het uitvoeringsbesluit heeft verzoekster geen dergelijke marktstudie in haar aanvraag opgenomen. Zij verloor hierdoor twee punten.

Met betrekking tot media-ervaring – het tweede aanvullend kwalificatiecriterium – wordt nagegaan of het hoofd van de netwerkradio-omroeporganisatie meer dan tien jaar ervaring heeft. Verzoekster verloor opnieuw twee punten. Artikel 4, eerste lid, 2°, a), van het uitvoeringsbesluit spreekt slechts over relevante ervaring van ten minste vijf jaar in de auditieve mediasector of in een crossmediale mediaonderneming.

Op het vlak van technische zendinfrastructuur staat in bijlage 2 dat verzoekster een uitgebreid overzicht geeft van haar uitrusting, maar dat “duiding over de gemaakte keuzes” ontbreekt. Ook dit betreft een (sub)criterium waarop Radio Maria redelijkerwijs niet kon anticiperen.

Uit de beschikbare evaluatietabel van de erkenningsdossiers blijkt overigens dat de verwerende partij “nog een heel aantal andere (sub)criteria” heeft toegevoegd. Zo diende bij de beschrijving van het zendschema uitdrukkelijk melding te worden gemaakt van de betrokken presentatoren, werd de diversiteit van het aanbod gemeten aan de hand van de aanwezigheid van een “top xxx programma” en een sportprogramma, werd ook rekening gehouden met de complementariteit van de verschillende “managementervaringen” van het hoofd van de kandidaat omroeporganisatie en werd bij de beoordeling van de

technische (zend)infrastructuur ook rekening gehouden met de uitdrukkelijke melding van apparatuur van een bepaald type en de uitdrukkelijke melding van de vaste partner voor het onderhoud.

Indien de verwerende partij niettemin van oordeel zou zijn dat deze elementen pertinent waren bij de beoordeling, diende zij die alleszins op voorhand te hebben vermeld. Enkel zo zouden alle kandidaten zich – zowel in de fase van de voorbereiding van hun offertes, als bij de beoordeling van deze offertes door de overheid – in een gelijke positie hebben bevonden.

In het *tweede middelonderdeel* betoogt verzoekster dat artikel 4, tweede lid, van het uitvoeringsbesluit in wegingscoëfficiënten voorziet. Het bestreden besluit voegt bijkomende wegingscoëfficiënten toe. Wat het criterium ‘Format’ betreft, wordt aan het derde element vier punten toegekend en aan de eerste twee elementen acht punten, alhoewel de drie elementen “op het eerste zicht als gelijkwaardig in aanmerking dienen te worden genomen”. Wat het criterium ‘inhoud, mix en diversiteit van de programma’s of het aanbod’ betreft, tellen de mix en de diversiteit van het aanbod maar voor respectievelijk drie en zeven punten en inhoud voor vijftien punten. De toepassing van deze bijkomende wegingscoëfficiënten, waarbij aan sommige subcriteria twee tot drie maal meer belang werd gegeven dan aan andere subcriteria, heeft uiteraard een belangrijke impact gehad.

8.1. Verzoekster stelt in haar repliek omtrent het eerste middelonderdeel dat het gelijkheidsbeginsel, de transparantieplichting en het zorgvuldigheidsbeginsel, zoals die onder andere voortvloeien uit de artikelen 49 en 56 VWEU, van toepassing zijn bij toewijzing van schaarse goederen.

Verzoekster handhaaft haar zienswijze dat de beoordeling niet is gebeurd aan de hand van de vooropgestelde kwalificatiecriteria, maar wel aan de hand van nieuwe (sub)criteria.

De stelling dat het aan elke kandidaat toevalt om zelf de nodige elementen aan te reiken om de geloofwaardigheid van het project te bewijzen, gaat volgens verzoekster helemaal niet op. Zij merkt op dat een schending van het gelijkheidsbeginsel niet kan worden uitgesloten omwille van het loutere feit dat alle kandidaten dezelfde informatie zouden hebben gekregen en aan de hand van dezelfde (sub)criteria werden beoordeeld. Door het naderhand toevoegen van nieuwe (sub)criteria kon de verwerende partij desgewenst immers bepaalde kandidaten bevoordelen ten opzichte van andere, wat volgens verzoekster ook blijkt uit het feit dat Radio Maria op die manier effectief punten heeft verloren. Uit het administratief dossier blijkt daarenboven nergens dat de gedetailleerde vragenlijst aan de hand waarvan de beoordeling uiteindelijk is gebeurd, werd vastgesteld vóór de opening van de ingediende erkenningsdossiers.

Er kan volgens verzoekster geen redelijke twijfel over bestaan dat nieuwe (sub)criteria zijn toegevoegd. De elementen die zij in haar aanvraag aanvoert, bleken niet overeen te stemmen met de naderhand toegevoegde vereiste om een marktstudie toe te voegen. Verzoekster onderstreept dat de nieuwe (sub)criteria niet hebben bijgedragen tot een redelijke beoordeling van de betrokken erkenningsdossiers. Door het naderhand toevoegen van (sub)criteria kon de verwerende partij desgewenst bepaalde kandidaten bevoordelen. De beoordelingsmethode om de erkenningsdossiers *in concreto* te beoordelen, kan in beginsel niet na de opening van deze dossiers worden vastgesteld, dit om elk risico op favoritisme uit te sluiten.

8.2. Omtrent het tweede middelonderdeel merkt verzoekster nog op dat de beoordelingsmarge van de verwerende partij niet impliceert dat zij naderhand naar eigen goeddunken bijkomende wegingscoëfficiënten kan toekennen aan bepaalde (sub)criteria. Zij kan met deze wegingscoëfficiënten eveneens bepaalde kandidaten bevoordelen.

9. In haar laatste memorie merkt verzoekster op dat “niet ernstig kan worden betwist dat [de] rechtspraak [inzake overheidsopdrachten] in deze

zaak [...] per analogie dient te worden toegepast”. Zij wijst erop, voorts, dat zowel de machtigingsrichtlijn (richtlijn 2002/20/EG van het Europees Parlement en de Raad van 7 maart 2002 ‘betreffende de machtiging voor elektronische-communicatienetwerken en -diensten’) als de kaderrichtlijn (richtlijn 2002/21/EG van het Europees parlement en de Raad van 7 maart 2002 ‘inzake een gemeenschappelijk regelgevingskader voor elektronische-communicatienetwerken en -diensten’) vermelden dat wanneer rechten worden toegekend op radiofrequenties, dit dient te gebeuren aan de hand van objectieve en transparante criteria. De Europese regelgever geeft op deze manier te kennen dat transparantie cruciaal is bij een verdeling van schaarse goederen, zoals radiofrequenties, teneinde onder meer een ongelijke behandeling van de gegadigden te vermijden en te vermijden dat criteria worden gemoduleerd op maat van het profiel van wie als winnaar uit de bus dient te vallen.

Het “meest flagrante voorbeeld” dat verzoekster nogmaals in de verf wil zetten, betreft “het criterium van de sportprogrammatie”. Het is volstrekt onbegrijpelijk dat netwerkradio-omroeporganisaties die kandideren voor een ander profiel bijkomende punten krijgen toebedeeld voor het uitzenden van sportprogramma’s. Dit is immers totaal irrelevant voor de correcte beoordeling van de specificiteit van een betrokken profiel. In het meest extreme geval zou dit namelijk leiden tot de totaal absurde situatie dat iemand die ambieert radio te maken voor mensen die niet geïnteresseerd zijn in sport gedwongen wordt te voorzien in sportprogrammatie.

Beoordeling

a. ontvankelijkheid van het middel

10. Anders dan de verwerende partij en de tussenkomende partij het zien, heeft verzoekster belang bij dit middel. Daarbij is het zelfs niet van tel dat het puntenverschil tussen verzoekster en de tussenkomende partij slechts 2,88 punten bedraagt. Zoals hiervóór al is opgemerkt – reden waarom het derde mid-

del eerst onderzocht wordt – zou de gegrondheid van dit middel ertoe leiden dat de aanpak zelf van de beoordeling heroverwogen moet worden en dat de huidige “vragen” die verzoekster als “subcriteria” bestempelt mogelijk als geheel de schop op gaan. Een nietigverklaring op grond van het derde middel kan de wedstrijd dus volledig openwerpen en verzoekster heeft dan net zoals alle andere kandidaten een kans om ze te winnen.

b. de aangevoerde en toepasselijke rechtsregels

11. Een nationale regeling in een materie die op het niveau van de Europese Unie volledig is geharmoniseerd, moet niet aan de bepalingen van het primaire recht maar aan die van deze harmonisatiemaatregel worden getoetst.

Voorts is de toekenning van gebruiksrechten voor radiofrequenties niet onderworpen aan de unierechtelijke regels inzake de overheidsopdrachten, maar wel onder meer aan de machtigingsrichtlijn en de kaderrichtlijn die verzoekster behoorlijk laattijdig pas in haar laatste memorie voor het eerst ter sprake brengt.

12. Aan de Raad van State is noch een internrechtelijk, noch een Unierechtelijk “transparantiebeginsel” bekend als algemeen, eenvormig rechtsbeginsel dat het overheidsoptreden bepaalt.

Voor zover verzoekster in haar toelichting bij het middel verwijst naar de overheidsopdrachtenregelgeving en daarop gesteunde rechtspraak om deze bij analogie toegepast te willen zien worden op de voorliggende zaak, gaat zij ten onrechte uit van het bestaan van een dergelijk rechtsbeginsel.

Meer specifiek wat verzoekster dwars zit – het beweerd gebruik van subcriteria en de draagwijdte van de informatieplicht – is dit inzake overheidsopdrachten unierechtelijk anders en veel strikter georganiseerd. Verwezen kan worden, bij wijze van voorbeeld, naar richtlijn 2014/24/EU van het Europees

Parlement en de Raad van 26 februari 2014 ‘betreffende het plaatsen van overheidsopdrachten en tot intrekking van richtlijn 2004/18/EG’, inzonderheid voor aankondigingen van opdrachten artikel 49 in zoverre dit verwijst naar bijlage V, deel C onder 18, en voor gunningscriteria artikel 67.

13. Dat er geen transparantiebeginsel is in de zin van een rechtsbeginsel met een in alle rechtsdomeinen uniforme invulling, betekent echter niet dat er in hoofde van het bestuur geen transparantieverplichtingen bestaan bij het nemen van de thans bestreden beslissing; integendeel wordt deze eis opgenomen in de machtigingsrichtlijn en de kaderrichtlijn en vormt de verplichting voor de overheid om transparant te handelen bij de toekenning van schaarse goederen ook een afgeleide van het gelijkheidsbeginsel.

De op het bestuur rustende transparantieverplichtingen en hun draagwijdte hangen echter af van de context en van de toepasselijke regels.

14. Verzoekster zet niet afzonderlijk uiteen hoe het zorgvuldigheidsbeginsel *op zich* geschonden is. In zoverre valt haar toelichting bij het middel en de boordeling ervan samen met die van de andere aangevoerde beginselen.

c. gegrondheid

15. Artikel 143/2, § 2, van het mediadecreet draagt de Vlaamse regering op om “aanvullende kwalificatiecriteria” vast te stellen en aan elk van die criteria een weging toe te kennen. Die aanvullende kwalificatiecriteria moeten voor de kandidaten ‘andere profielen of muziekaanbod’ – dat zijn de radio-omroeporganisaties, vermeld in artikel 143/1, eerste lid, 3°, van het mediadecreet – betrekking hebben op 1° de concrete invulling van het programma-aanbod en het zendschema; 2° de media-ervaring; 3° het financiële plan; 4° het businessplan; 5° de technische (zend)infrastructuur; 6° de invulling van de voorwaarde, vermeld in artikel 143/2, § 1, 2°, c), van het mediadecreet, namelijk “een aanzienlijk deel van het aanbod uit[zenden] via de invulling van het specifieke gekozen

profiel of muziekaanbod. Een deel van dit muziekaanbod bestaat uit Vlaamse muziekproducties”.

16. Verzoekster bestrijdt niet dat aan deze bepaling uitvoering is gegeven bij artikel 4 van het uitvoeringsbesluit en zij stelt de wettigheid van deze bepaling niet in vraag.

Dit artikel luidt:

“De aanvullende kwalificatiecriteria voor de netwerkradio-omroeporganisaties, vermeld in artikel 143/1, eerste lid, 2° en 3°, van het decreet van 27 maart 2009, waaraan de aanvragen tot erkenning inhoudelijk en kwalitatief worden getoetst, zijn:

1° voor de concrete invulling van het programma-aanbod en het zendschema:

a) het format van de radio-omroeporganisatie, namelijk:

- de omschrijving van het specifieke programma-aanbod, het specifieke profiel of de specifieke doelgroep tot wie de radio-omroeporganisatie zich richt;

- de motivering van de credibiliteit en de aantoonbare publieke waarde van het vooropgestelde project; de aantoonbare publieke waarde is de omschrijving van wat het concept van de omroep kan betekenen als meerwaarde voor de samenleving;

- het zendschema;

b) de inhoud, de mix en de diversiteit van de programma's of het aanbod;

2° voor de media-ervaring:

a) voor het hoofd van de netwerkradio-omroeporganisatie, een relevante ervaring van ten minste vijf jaar in de auditieve mediasector of in een crossmediale mediaonderneming;

b) voor het team van medewerkers, een mix van technische, commerciële, administratieve en radio-eigen competenties;

3° voor het financiële plan:

a) een geprojecteerde balans van de twee eerstvolgende exploitatiejaren;

b) de specificatie van de herkomst van de financiële middelen in eigen vermogen en vreemd vermogen, die het mogelijk maken het businessplan en de geplande investeringen uit te voeren;

4° voor het businessplan:

a) de strategische visie en de doelstellingen op langere termijn voor de verdere ontwikkeling van de netwerkradio-omroeporganisatie;

b) de samenhang tussen deze visie en de activiteiten die uitgebouwd worden voor deze verdere ontwikkeling, met vermelding van de manier waarop, met welke acties en middelen, in het bijzonder de gedane en voorgenomen investeringen, de omschrijving van de beoogde doelgroep, het ge-

raamde marktaandeel en de verhouding ervan met de adverteerders- en luisteraarsmarkt;

5° voor de technische (zend)infrastructuur:

a) de voorziene gedetailleerde technische uitrusting, infrastructuur, transmissie, vestiging en uitbouw van het zenderpark;

b) de concrete timing voor de uitrol van de technische investeringen;

6° a) voor de radio-omroeporganisatie, vermeld in artikel 143/1, eerste lid, 2°, van het decreet van 27 maart 2009, het deel van het aanbod via de invulling van het Nederlandstalige en Vlaamse profiel of muziekaanbod boven het verplichte deel zoals bepaald in artikel 2 van dit besluit,

b) voor de radio-omroeporganisatie, vermeld in artikel 143/1, eerste lid, 3°, van het voormelde decreet, het deel van het aanbod via de invulling van het specifieke gekozen profiel of muziekaanbod en het deel Vlaamse muziekproducties in dat aanbod.

De aanvullende kwalificatiecriteria, vermeld in het eerste lid, worden op de volgende wijze gewogen:

1° 45% voor het criterium, vermeld in het eerste lid, 1°, met een weging van 20% op onderdeel a) en 25% op onderdeel b);

2° 10% voor het criterium, vermeld in het eerste lid, 2°, met een weging van 7% op onderdeel a) en 3% op onderdeel b);

3° 10% voor het criterium, vermeld in het eerste lid, 3°, met een weging van 3% op onderdeel a) en 7% op onderdeel b);

4° 10% voor het criterium, vermeld in het eerste lid, 4°, met een weging van 3% op onderdeel a) en 7% op onderdeel b);

5° 15% voor het criterium, vermeld in het eerste lid, 5°, met een weging van 5% op onderdeel a) en 10% op onderdeel b);

6° 10% voor het criterium, vermeld in het eerste lid, 6° punt a) of punt b), naar gelang van het soort netwerkradio-omroeporganisatie waarvoor men een dossier indient.”

17. Artikel 143/2 van het mediadecreet noch artikel 4 van het uitvoeringsbesluit bevat een voorschrift met betrekking tot de beoordelingsmethode die de verwerende partij moet volgen, maar somt enkel de beoordelingscriteria op en legt een bepaalde weging ervan vast. Blijkens artikel 13, tweede lid, van het uitvoeringsbesluit erkent de minister de netwerkradio-omroeporganisaties.

Dit betekent dat het aan de minister wordt overgelaten om zijn aanpak te bepalen bij de beoordeling en de waardering van de dossiers. Hij beschikt daarbij over de beleidsruimte om naar eigen inzicht een passende werkwijze aan te nemen die volgens hem het best geschikt is om de meest aantrekkelijke kandidaat voor toewijzing van de erkenning te kiezen en over een beoordelingsruimte om het aanbod van elke kandidaat in te schatten. Wel moet hij de criteria

toepassen zoals ze redelijkerwijze kunnen worden begrepen en alle kandidaten op gelijke wijze aan de opgelegde beoordelingsmaatstaf onderwerpen.

18. De verwerende partij past in de beoordeling van de aanvraagdossiers de reglementaire criteria en de bijbehorende weging toe. Hierbij mag zij, met inachtneming van de toepasselijke beginselen van behoorlijk bestuur, haar beoordeling structureren aan de hand van een nadere organisatie van de criteria.

Hoe zij daarbij concreet te werk is gegaan, wordt toegelicht in bijlage 1 bij het bestreden besluit.

Gelet op het aantal dossiers dat zowel voor de netwerkradio-omroepen als voor de lokale radio-omroepen op een relatief korte termijn en gelijktijdig onderzocht en beoordeeld moest worden, heeft de verwerende partij blijkens die bijlage 1 de voorbereiding van haar beslissing als volgt toevertrouwd aan “dossierbehandelaars” en “controleurs”:

“In een eerste fase wordt elk dossier in detail gelezen, bestudeerd en krijgt het een definitieve eindbeoordeling.

- Elk dossier wordt beoordeeld door twee dossierbehandelaars die het dossier op alle aanvullende criteria toetsen. De beoordeling gebeurt per criterium. Deze toetsing bestaat uit het scoren van elk item en motiveren van die score.
- Het eindresultaat van deze stap is een totaalscore of de bepaling van de optelsom van de getoetste criteria en een gedragen definitieve gemotiveerde eindbeoordeling van het dossier.
- Dit gebeurt zo voor elk ingediend dossier. Merk op dat er om tot een definitieve gemotiveerde eindbeoordeling te komen dus geen vergelijking wordt gemaakt tussen dossiers maar dat elk dossier individueel wordt afgetoetst en gemotiveerd tegenover de aanvullende criteria. De dossiers worden losstaand behandeld, er wordt geen vergelijking gemaakt met de andere concurrerende dossiers in het pakket.

In een tweede fase wordt de gemotiveerde eindbeoordeling gedetailleerd gelezen door een controleur. De controleur zorgt er in een tweede fase voor dat er geen interpretatieverschillen zijn in de strengheid van de score en de motivering.

- Wat op positieve of negatieve wijze wordt beoordeeld bij één dossier dient ook te gelden voor alle andere lokale dossiers. De taak van de controleur bestaat erin om de gegeven score en ge-

bruikte motivatie van de verschillende individuele dossiers te dubbelchecken. Elk van de dossiers moet immers dezelfde toetsing tegenover de kwalificatiecriteria krijgen en geen van de dossiers in het pakket mag hierin strenger of milder beoordeeld zijn geworden.

- Na deze controle overleggen de verschillende controleurs met de dossierbehandelaars over mogelijke gevonden verschillen in interpretaties van score en/of motivering. Indien nodig verduidelijken de dossierbehandelaars de score en de motivering verder of wordt het eindoordeel aangepast.”

Die medewerkers kregen voor hun onderzoek de volgende richtlijn mee:

“Daarbij wordt als richtlijn gehanteerd dat de gehele beoordeling in lijn dient te zijn met de in de wetgeving opgesomde aanvullende kwalificatiecriteria. De wetgever geeft verdere verduidelijking van de criteria in het besluit en in het verslag aan de regering. Ook het onderling gewicht van de criteria wordt in het besluit vastgelegd. Deze verduidelijking en onderlinge verhouding van de criteria hebben de wijze bepaald waarop de dossierbehandelaars de dossiers inhoudelijk en kwalitatief toetsen.”

Als leidraad bij hun onderzoek heeft de verwerende partij de dossierbehandelaars opgedragen om gebruik te maken van “bundels van vragen” bij elk criterium.

Zij gaat haar beoordelingsvrijheid niet te buiten, door de aanvragen aan elk van de aanvullende kwalificatiecriteria “inhoudelijk en kwalitatief te toetsen” door middel van zulke bundels van vraagstellingen, op voorwaarde dat die effectief met het bedoelde criterium in verband staan. Deze vragen helpen immers de dossierbehandelaars en controleurs om het onderzoek van de dossiers te structureren. Dit dient bovendien de gelijkvormige beoordeling van de dossiers.

Deze werkwijze zou slechts onregelmatig zijn, indien de verwerende partij onder het mom van een dergelijke vraagstelling aan de opgelegde criteria zou toevoegen.

De bewijslast ligt echter bij verzoekster om aan te tonen dat die beoordelingselementen niet pertinent zijn of om een andere manier onregelmatig gekozen of toegepast of, erger nog, dat ze werden gemanipuleerd.

De loutere bewering van verzoekster dat “bij de inhoudelijke en kwalitatieve toetsing van de aanvullende kwalificatiecriteria telkenmale gebruik werd gemaakt van een aantal nieuwe (sub)criteria” volstaat niet om de onwettigheid van het bestreden besluit aan te tonen.

Wil verzoekster de onwettigheid van de vraagstellingen als onwettige “subcriteria” doen vaststellen, dan moet zij aantonen dat deze redelijkerwijze niet onder de decretale en reglementaire criteria kunnen worden begrepen, waardoor ze als arbitrair voorkomen.

19.1. Verzoekster heeft in de toelichting bij het middel welbepaalde kritiek geformuleerd op sommige vraagstellingen, die volgens haar betrekking hebben op nieuwe elementen die niet voorzienbaar waren en dus te kwalificeren zouden zijn als onwettige (sub)criteria.

19.2. Die punctuele kritiek, zo kon verzoekster lezen, is als volgt onderzocht en verworpen in het auditorsverslag:

“6.1. De verzoekende partij verwijst naar de vragen ‘is er een markstudie gedaan door een extern agentschap?’ en ‘Wordt het voorgestelde concept gelegitimeerd via markstudies?’. Hoewel er in artikel 143/2, § 2, Mediadecreet en artikel 4 [van het uitvoeringsbesluit] niet wordt gesproken over markstudie, blijkt uit artikel 4, 1°, a) dat de aanvrager een omschrijving moet geven van het specifieke programma-aanbod, het specifieke profiel of de specifieke doelgroep alsook de credibiliteit en de aantoonbare publieke waarde van het vooropgestelde project moet weergeven. Het is in het licht van deze vereiste niet onverwachts dat de verwerende partij positief oordeelt indien er een marktstudie opgesteld door een extern agentschap voorligt. Dit kan worden aangemerkt als een meer objectieve benadering van o.m. de specifieke doelgroep.

De verzoekende partij stelt dat de nieuwe (sub)criteria niet hebben bijgedragen aan een redelijke beoordeling van de erkenningsdossiers, nu de externe marktstudie van de tussenkommende partij niet aantoont dat zij kiest

voor een ander profiel en over de verzoekende partij gesteld wordt dat zij ‘een unicum in het Vlaamse radiolandschap’ is. Het voorleggen van de marktstudie stelt de verwerende partij niet vrij om te onderzoeken of het profiel van de radiozender onder een ander profiel valt. [...]

6.2. Wat de media-ervaring betreft van het hoofd van de netwerkradio-omroeporganisatie, spreekt artikel 4, 2°, a) [van het uitvoeringsbesluit] over ‘een relevante ervaring van ten minste vijf jaar in de auditieve mediasector of in een crossmediale mediaonderneming’. In Bijlage 1 van het bestreden besluit worden hieromtrent verschillende vragen gesteld, met name of het hoofd minimum 5 jaar ervaring heeft en of het hoofd meer dan 10 jaar ervaring heeft. Aangezien het [uitvoeringsbesluit] over ten minste vijf jaar ervaring spreekt, kan de verwerende partij noodzakelijkerwijze vragen of het hoofd 10 jaar ervaring heeft. Het is eerder evident dan de persoon met ruimere ervaring ook een hogere score krijgt.

6.3. Wat de technische (zend)infrastructuur betreft, spreekt artikel 4, 5°, a) [van het uitvoeringsbesluit] over ‘de voorziene gedetailleerde technische uitrusting, infrastructuur, transmissie, vestiging en uitbouw van het zendpark’. In bijlage 2 van het bestreden besluit wordt bij de beoordeling van de aanvraag van de verzoekende partij het volgende gesteld: ‘Radio Maria geeft een uitgebreid overzicht van het voorziene materiaal zowel de studio’s als de zendlocaties. We missen wel wat duiding over gemaakte keuzes, zowel op vlak van hardware als van software.’ [...] De verzoekende partij spreekt over een (sub)criterium dat niet eerder voorzien was. De verwerende partij voert in wezen louter aan dat zij meer uitleg van de verzoekende partij had verwacht. Het gaat dan ook niet om een nieuw (sub)criterium.”

In haar laatste memorie weerspreekt verzoekster die vaststellingen en beoordeling niet.

19.3. De Raad ziet, na eigen onderzoek van de stukken, geen reden om anders te oordelen. Om de aangehaalde redenen, die de Raad tot de zijne maakt, kan de kritiek van verzoekster op de door haar op de korrel genomen vraagstellingen niet ervan overtuigen dat aan de reglementaire kwalificatiecriteria is toegevoegd.

19.4. Verzoekster stelt daarnaast en ten slotte dat “nog een heel aantal andere (sub)criteria” zijn toegevoegd. Zij somt er weliswaar enkele op, maar laat na deze in haar verzoekschrift nader uit te werken waardoor er geen rekening mee mag worden gehouden bij de bespreking van het middel. Verzoekster mag niet van de Raad van State verwachten dat hij in haar plaats het middel aanvult.

Het is immers niet de opdracht van de Raad van State, als rechter van de wettigheid, om met een eigen methodologie de beoordeling van de aanvraagdossiers over te doen en ze zelf te toetsen aan de criteria om vervolgens zijn zienswijze in de plaats te stellen van die van de verwerende partij. Gegevens die verzoekster in de toelichting bij het middel niet aanvecht of adstrueert, genieten het vermoeden van wettigheid waarover elke overheidshandeling beschikt.

In haar laatste memorie onderneemt verzoekster wel een poging tot verduidelijking met betrekking tot één van die vraagstellingen, namelijk omtrent sportprogramma's, maar dat is laattijdig en dus evenmin ontvankelijk. Overigens krijgt verzoekster 20,75/25 punten voor 'inhoud, mix en diversiteit van de programma's', zelfs al worden door haar geen sportprogramma's vermeld, terwijl de tussenkomen partij die wel sportnieuws brengt "via vaste rubrieken of speciale uitzendingen" slechts 19,25/25 punten krijgt. De derde kandidaat scoort hiervoor slechts 17/25. De diversiteit van verzoekster wordt blijkbaar op andere vlakken gewaardeerd, minstens toont verzoekster het tegendeel niet aan.

20. In de voorliggende zaak kan niet worden betwist dat eenieder die belangstelling heeft voor de licentie kan kandideren, dat zijn voorstel op een objectieve wijze wordt vergeleken met dat van de andere kandidaten en dat wordt medegedeeld waarom het voorstel van een andere kandidaat wordt gekozen.

Voorts moet worden vastgesteld dat ter uitvoering van het mediadecreet bij besluit van de Vlaamse regering – het uitvoeringsbesluit – de selectiecriteria ("aanvullende kwalificatiecriteria") en hun relatieve belang (de weging) zijn vastgesteld, dat de mogelijkheid om zich vóór een bepaalde datum kandidaat te stellen bekendgemaakt is in het Belgisch Staatsblad op de wijze zoals aangehaald *sub* 3.2 hiervóór en dat aanvullende informatie en een handleiding te vinden waren op de website van de verwerende partij, zodat met de woorden van verzoekster allen zich in een gelijke positie bevonden "in de fase van de voorbereiding".

Vervolgens moet worden vastgesteld dat de toewijzing formeel is gemotiveerd op grond van een inhoudelijke toets aan de voormelde criteria en dat ze is meegedeeld aan de begunstigde en aan alle andere kandidaten.

Elke benadeelde partij vermag ten slotte een beroep in te stellen bij de Raad van State die op zijn beurt, desgevraagd, kan beoordelen of de toewijzing is gedaan overeenkomstig het recht – inzonderheid door erop toe te zien dat de beginselen van gelijke behandeling en non-discriminatie niet zijn geschonden – en die in het kader van die beoordeling de onpartijdigheid van de gevolgde toewijzingsprocedure kan toetsen. Een teleurgestelde kandidaat is inzonderheid in de gelegenheid om aan te tonen dat de “subcriteria” niet in te passen zijn onder één van de criteria in het reglementair vastgelegd kader, of dat de toepassing van de criteria niet op gelijke wijze is gebeurd dan wel op een wijze die partijdigheid of een discriminerende werking aantoont.

Verzoekster is in staat de pertinentie van de gekozen criteria aan de rechter voor te leggen evenals de concrete toepassing ervan op de ingediende dossiers. Verzoekster toont in het inleidend verzoekschrift niet aan dat zij verschalkt is geweest, omdat de criteria of de onderscheiden elementen ervan zo diffuus of subjectief zouden zijn dat ze het indienen van een behoorlijk gestoofd aanvraagdossier en een eerlijke en geloofwaardige competitie onmogelijk maken.

Alles samen genomen voldoet dit naar het oordeel van de Raad van State aan de passende mate van openbaarheid die de transparantieplichting in de machtigingsrichtlijn en de kaderrichtlijn aan de overheid oplegt bij het verlenen van gebruiksrechten voor radiofrequenties.

21. Om dezelfde redenen als hiervóór uiteengezet over de beoordelingsmethode, behoort ook de werkwijze om tot de berekening van de scores te komen, tot de beoordelingsvrijheid van de overheid, zij het dat die vrijheid beperkt wordt door de toepasselijke beginselen van behoorlijk bestuur en door de

wegingsfactoren die zijn vastgesteld in artikel 4, tweede lid, van het uitvoeringsbesluit.

Zoals hiervóór gesteld, mag de verwerende partij de beoordeling structureren aan de hand van een nadere onderverdeling van de aanvullende kwalificatiecriteria. Dit houdt dan ook in dat er een score kan worden gegeven op deze onderverdeling.

Geen enkele rechtsbepaling of beginsel verplicht de overheid ertoe om haar werkwijze om de scores aldus te berekenen, vooraf te preciseren of bekend te maken.

Anders dan verzoekster volhoudt tot in haar laatste memorie, volstaat het loutere feit dat de verwerende partij wegingscoëfficiënten toepast ook niet om de schending van de aangevoerde beginselen aan te tonen. Ook op dit punt ligt het op de weg van verzoekster om te overtuigen dat de wegingscoëfficiënten, zoals die *in concreto* toegepast zijn, dermate disproportioneel zijn dat ze niet in de discretionaire bevoegdheid van de verwerende partij zijn in te passen.

22.1. De punctuele kritiek van verzoekster is in het auditorsverslag als volgt onderzocht en verworpen (voetnoot weggelaten):

“7.1. Het eerste aangevoerd wegingscoëfficiënt heeft betrekking op het aanvullend kwalificatiecriterium 1° ‘voor de concrete invulling van het programma-aanbod en het zendschema’, a) het format van de radio-omroeporganisatie op 20 punten, in het [uitvoeringsbesluit], onderverdeeld als volgt:

- de omschrijving van het specifieke programma-aanbod, het specifieke profiel of de specifieke doelgroep tot wie de radio-omroeporganisatie zich richt;
- de motivering van de credibiliteit en de aantoonbare publieke waarde van het vooropgestelde project; de aantoonbare publieke waarde is de omschrijving van wat het concept van de omroep kan betekenen als meerwaarde voor de samenleving;
- het zendschema;

In bijlage 1 van het bestreden besluit wordt criterium 1°, a), verder onderverdeeld in vragen, met daarbij een weging per vraag. Daaruit blijkt dat het zendschema op 4 punten staat. Volgens de verzoekende partij vormt

het zendschema een cruciaal element in het programma-aanbod. Evenwel kan de weging toegekend aan het zendschema van 4 punten, met 8 punten voor de twee andere criteria, niet als dermate disproportioneel worden aanzien. Deze weging komt niet als arbitrair voor. [...]

7.2. Het tweede aangevoerd subcriterium heeft betrekking op het aanvullend kwalificatiecriterium 1° ‘voor de concrete invulling van het programma-aanbod en het zendschema’, b) de inhoud, de mix en de diversiteit van de programma’s of het aanbod. Dit staat op 25 punten.

In bijlage 1 van het bestreden besluit wordt criterium 1°, b), verder onderverdeeld in vragen. De bijkomende weging die wordt toegekend aan de verdere onderverdeling van het subcriterium, vertoont geen arbitrair karakter, minstens toont de verzoekende partij dit niet aan.”

Ook deze analyse wordt in haar laatste memorie door verzoekster niet weersproken, daar zij het erop houdt de gegrondheid van het tweede middelonderdeel slechts af te leiden uit het “loutere feit” dat bijkomende wegingscoëfficiënten zijn angewend.

22.2. Zoals hiervóór is gebleken, kan de Raad die zienswijze van verzoekster niet bijvallen. Wel bijval geniet de aangehaalde bespreking in het auditorsverslag, die de Raad de zijne maakt.

23. Uit wat voorafgaat blijkt dat geen van de in het middel aangevoerde bepalingen en beginselen vereist dat de beoordelingsmethode vooraf zo strikt wordt vastgelegd én meegedeeld, zoals verzoekster het zou willen. Evenmin heeft verzoekster kunnen aantonen dat bij de beoordeling criteria en wegingscoëfficiënten zijn gehanteerd die niet redelijkerwijze in verband staan met de reglementaire kwalificatiecriteria.

Het middel is in beide onderdelen ongegrond.

C. Eerste middel

Standpunt van de partijen

24. In het eerste middel voert verzoekster de schending aan van artikel 143/2, § 1, 1° en 2°, c), en § 2, tweede lid, 1° en 7°, van het mediadecreet, artikel 4, eerste lid, 1° en 6°, b), van het uitvoeringsbesluit en artikel 1, 3°, van het besluit van de Vlaamse regering van 5 mei 2017 ‘houdende de indeling van de frequentiepakketten voor de netwerkradio-omroeporganisaties per type netwerkradio-omroeporganisatie’.

Het bestreden besluit dat specifiek betrekking heeft op de toekenning van frequentiepakket 4 dat is voorbehouden voor een netwerkradio-omroeporganisatie met een ander profiel schendt deze bepalingen omdat de aanvragen van B.G.-Consulting en van Radio Club FM, in weerwil van het generalistische profiel van deze radio-omroeporganisaties die niet op een specifieke doelgroep zijn gericht, niettemin in overweging werden genomen “of in elk geval niet op een passende manier werd[en] gesanctioneerd”.

Verzoekster licht toe dat de decreetgever heeft willen inzetten op drie verschillende ‘profielen’. Deze profielen zijn niet onderling inwisselbaar. Het generalistisch profiel richt zich tot de volledige bevolking van een zendgebied, terwijl de andere profielen gericht zijn op specifieke doelgroepen. Dit essentiële onderscheid blijkt ook uit de parlementaire bespreking van het mediadecreet. Het invullen van het vooropgestelde profiel is één van de fundamentele erkenningsvoorwaarden. Een kandidaat voor één bepaald profiel sluit *de facto* de keuze *c.q.* erkenning uit voor een ander profiel.

Niettemin blijkt dat de tussenkomende partij naast haar aanvraag voor pakket 4, een gelijkaardige aanvraag heeft ingediend voor frequentiepakket 1. Hieruit blijkt bovendien dat de aanvraag van de tussenkomende partij beantwoordt aan het generalistisch profiel en niet aan het andere profiel. Het

zendschema dat in de beide aanvragen werd voorgesteld bevat dezelfde programma's. De uiteindelijke ambitie van de tussenkomende partij is om een commercieel alternatief te zijn voor Radio 2. De tussenkomende partij wil radio maken voor "Alle Vlamingen". Ook de administratie is blijkens bijlage 2 bij het bestreden besluit tot de bevinding gekomen dat de tussenkomende partij inhoudelijk identieke dossiers heeft ingediend die aansluiten bij het generalistisch profiel. Dezelfde vaststellingen gelden eveneens voor Radio Club FM. De aanvragen van de tussenkomende partij en van Radio Club FM dienden dan ook te worden afgewezen, minstens moesten ze op bepaalde criteria een nulscore krijgen.

25. De verwerende partij antwoordt dat ook verzoekster voor meerdere pakketten heeft gekandideerd. Er is geen verbod om voor meerdere pakketten te kandideren. Overeenkomstig artikel 9 van het uitvoeringsbesluit mogen vier dossiers tot erkenning worden ingediend. Er kan zowel voor een ander profiel als voor een generalistisch profiel een aanvraag worden ingediend. De kandidatuur voor het ander profiel zal op de eigen merites moeten worden gecontroleerd. Elementen die minder worden gewaardeerd, leiden tot een verminderde puntentoekenning. Dit was zo bij de omschrijving als alternatief voor Radio 2: dit is de verwerende partij niet ontgaan en zij heeft daarmee rekening gehouden. Dit geldt voor alle opmerkingen, ook over het muziekprofiel.

Verzoekster gaat verkeerdelijk uit van de premisse dat wie kandidaat is voor verschillende profielen, per definitie telkens hetzelfde dossier indient. De tussenkomende partij heeft geen identieke aanvragen ingediend. Op verschillende bladzijden van de aanvraag 'ander profiel' blijkt dat de tussenkomende partij zich richt tot een ouder luisterpubliek dan bij het andere, generalistisch profiel. Uiteraard zal het onderscheid niet spectaculair zijn, aangezien het om dezelfde kandidaat gaat.

26. Verzoekster repliceert dat zij niet betwist dat eenzelfde kandidaat meerdere erkenningsdossiers kon indienen. Zij betwist wel dat eenzelfde erkenningsdossier mag worden ingediend zowel voor het generalistisch profiel

als voor een ander profiel, zoals de tussenkomende partij heeft gedaan. Het loutere feit dat de tussenkomende partij in haar dossier voor frequentiepakket 4 een aantal bijkomende verwijzingen toevoegt naar de 50-plussers en zich hierbij voorstelt als een “classic format” doet hieraan geen afbreuk. Het gaat integendeel om een “generalistisch” *classic hits format*. De tussenkomende partij stelt hetzelfde project voor, maar heeft daar in beide dossiers enkel andere leeftijden opgeplakt, wat niet geloofwaardig is. Ook de verwijzing naar de leeftijd van de medewerkers is volstrekt irrelevant; dezelfde medewerkers werden immers ook voorgesteld in het kader van haar kandidatuur voor frequentiepakket 1.

27. De tussenkomende partij sluit zich aan bij het standpunt van de verwerende partij. De kandidatuur voor een generalistisch profiel belet niet dat zij ook een dossier indient voor een ander profiel. Haar kandidatuur voor een generalistisch profiel stemt niet overeen met haar kandidatuur voor een ander profiel. Voor het generalistisch profiel werd een “concrete invulling van het programma-aanbod voor informatie door een eigen nieuwsdienst” gevraagd. Wat haar dossier voor een ander profiel betreft, bestaat het onderdeel muziek vooral uit pop- en rockmuziek uit de jaren '50 tot '80 en het informatief onderdeel uit een doorgedreven verankering op basis van informatie, maar vooral live-uitzendingen met praatprogramma's op provinciaal en stedelijk niveau. Het aanbod richt zich op “de actieve 50 plusser” en minstens 30% van het muziekaanbod is Vlaams. Het is duidelijk dat de aangenomen kandidatuur van de tussenkomende partij voor het ‘ander profiel’ geen generalistisch profiel betreft. De tussenkomende partij legt voorts uit hoe de aangeboden programma's, spijs eenzelfde benaming in beide aanvragen, toch telkens verschillend zijn ingevuld met extra aandacht voor *oldies/classic hits* in het “ander profiel”.

28. De verwerende partij benadrukt in haar laatste memorie dat het mediadecreet en het uitvoeringsbesluit niet tot in detail uitwerken wat een generalistisch profiel of een ander profiel is. Het komt de kandidaten toe om vanuit hun visie een aanbod te formuleren en de overheid heeft een discretionaire bevoegdheid om dit aanbod te beoordelen. Er bestaat “een zekere fluïditeit” als er sprake

is van de verschillende profielen. De “intensiteit van de specificiteit” wordt getoetst als onderdeel van de aanvullende kwalificatiecriteria. Het mag niet worden uitgesloten dat een “ander profiel” gericht is op een behoorlijk groot segment van de markt. Het valt het bestuur toe, erover te waken dat kanalen niet worden gereduceerd tot een aanbod waarin zo goed als niemand geïnteresseerd is. Ook dit alles wordt onderzocht bij de elementen ‘format’, ‘inhoudmix’ en ‘diversiteit’ en, voor wat de netwerkpakketten 3 en 4 betreft, inzonderheid ook bij de aanvullende vragen over hun inhoud. Bij de beoordeling van het aanbod van de tussenkomende partij is rekening gehouden met een zekere overlap en dit heeft zich vertaald in de quoterings. De tussenkomende partij richt zich tot een publiek dat houdt van leuke hits uit het verleden en met informatie op provinciaal en stedelijk niveau. Dat is een “ander profiel”, wat niet belet dat leuke hits uit het verleden ook gesmaakt kunnen worden door een breder publiek.

29. In haar laatste memorie betoogt de tussenkomende partij de redenering te kunnen volgen dat gelet op de inhoud van artikel 143/2, § 1, 1°, en 2°, c, tweede lid, van het mediadecreet, het profiel van de netwerkradio-omroeporganisatie een erkenningsvoorwaarde vormt. Hiermee is evenwel helemaal nog niet gezegd dat haar aanvraag voor frequentiepakket 4 niet zou getuigen van een ander profiel, laat staan dat de verwerende partij in haar beoordeling van oordeel zou zijn geweest dat de aanvraag getuigt van een generalistisch profiel.

De verwerende partij beschikt over een ruime appreciatiemarge om te bepalen wat onder een ander profiel begrepen kan worden. Bovendien is de eigenlijke invulling van het profiel ook een aanvullend kwalificatiecriterium. Dit brengt in wezen met zich mee dat er geen sprake is van een zogenaamde hakbijl in de reglementering om een onderscheid te maken tussen een generalistisch profiel en een ander profiel. De reglementering is erop gericht om kandidaturen te toetsen, waarbij aan meer specifieke andere profielen met een specifiekere doelgroep meer punten kunnen worden toegekend dan aan een misschien wat minder specifiek geformuleerd ander profiel. In de mate dat in bijlage 2 bij de bestreden

beslissing hier en daar de term ‘generalistisch’ voorkomt in de beoordeling van de aanvraag van B.G.-Consulting, vormt dit dan ook geen probleem.

Bovendien klopt het niet dat de aanvraag van de tussenkomende partij een generalistisch profiel heeft. In haar in bijlage 2 opgenomen beoordeling erkent de verwerende partij de elementen die getuigen van een ander profiel. Zo verwijst de verwerende partij naar het *classic hits format*, ook al wordt dit wat ongelukkig bestempeld als een “generalistisch classic hits format”, maar hiermee beperkt B.G.-Consulting zich wel degelijk tot een bepaald segment in de muziek. Bovendien wordt in de geciteerde beoordeling ook aangehaald dat de doelgroep niet consequent benoemd wordt. Dit gegeven wijst erop dat er sprake is van een specifieke doelgroep, ondanks het feit dat er wat hiaten zijn in de benoeming ervan. In de evaluatietabel erkent de verwerende partij met betrekking tot haar aanvraag dat zij “een doelgericht format naar 50-plussers” brengt, “een product dat nog niet of onvoldoende op de Vlaamse markt is”.

30. Verzoekster dupliceert dat de verwerende partij in haar laatste memorie de gehele decretale regeling herschrijft. Door te blijven hameren op het feit dat specificiteit een zeer fluïde begrip is, dat een breed spectrum aan profielen omvat, komt de verwerende partij zelfs tot het besluit dat in feite elke radio-omroeporganisatie een specifiek profiel heeft. Deze argumentatie is “grotesk en totaal onaanvaardbaar”. De Vlaamse decreetgever heeft immers werk gemaakt van het uitwerken van drie duidelijk verschillende categorieën netwerkradio-omroeporganisaties. Achteraf kan de verwerende partij niet in deze procedure argumenteren dat eigenlijk iedere radio-omroeporganisatie een specifiek profiel heeft en dat generalistische profielen eigenlijk niet zouden bestaan, enkel profielen met een lagere graad aan specificiteit.

Beoordeling

31. In de mate waarin verzoekster het middel betreft op de aanvraag van de derde kandidaat, is het middel niet ontvankelijk. Het bestreden be-

sluit wijziging de rechtstoestand van de derde kandidaat niet. Het verleent enkel een erkenning aan de tussenkomende partij en de scores die aan de derde kandidaat zijn toegekend, zelfs al zouden ze onwettig zijn, tonen niet de onwettigheid aan van de erkenning van de tussenkomende partij.

32. Artikel 143/1, eerste lid, van het mediadecreet bepaalt de profielen van de netwerkradio-omroeporganisaties:

“De netwerkradio-omroeporganisaties hebben tot taak binnen het aan hen toegewezen verzorgingsgebied een programma-aanbod te brengen dat is opgebouwd uit luistertijd rond een van de volgende thema’s, profielen of aanbod:

1° een generalistisch profiel of muziekaanbod, met inbegrip van het brengen van journaals en informatie;

2° een Nederlandstalig en Vlaams profiel of muziekaanbod;

3° andere profielen of muziekaanbod.”

Artikel 143/2, van het mediadecreet bepaalt dan de erkenningsvoorwaarden voor netwerkradio-omroeporganisaties. Artikel 143/2, § 1, inleidende zin en 1°, geeft aan dat, “[o]m erkend te worden en te blijven”, de netwerkradio-omroeporganisaties “moeten [...] voldoen aan [...] de voorwaarden, vermeld in artikel [...] 143/1”.

Artikel 143/3, § 1, van het mediadecreet rekent artikel 143/1 tot de “basisvoorwaarden [...] in overeenstemming waarmee de Vlaamse regering de erkenning heeft uitgereikt” en waaraan de netwerkradio-omroeporganisaties zich voor de volledige duur van de erkenning moeten houden.

Over de verschillende profielen van de netwerkradio-omroeporganisaties preciseert de parlementaire voorbereiding het volgende:

- memorie van toelichting, *Parl.St.* Vl.Parl. 2016-17, nr. 983/1, 18:

“In het nieuwe artikel 143/1 wordt de opdracht, de scope en het profiel van de netwerkradio’s gedefinieerd. Netwerkradio’s situeren zich tussen de landelijke/regionale radio’s enerzijds en de lokale radio’s anderzijds. Zij zullen – conform de conceptnota en verder uit te werken in de uitvoe-

ringsbesluiten – kunnen beschikken over een pakket van frequenties en via dit pakket wordt één (identiek) omroepprogramma verspreid, met uitzondering van de ontkoppeling van reclame (zie hoger). Netwerkradio's richten zich tot een bepaalde doelgroep via een bepaald muziekaanbod of een bepaald thema. Het profiel of muziekaanbod kan generalistisch zijn, Vlaams/Nederlandstalig of een eigen specifiek gedefinieerd en gekozen profiel.

Het generalistische profiel omvat een concept waarbij de omroep zich richt tot de volledige bevolking van een zendgebied. Van deze omroep wordt verwacht – net zoals bij de landelijke omroepen – dat zij ook journaals en informatie brengen.

Een Nederlandstalig of Vlaams profiel of muziekaanbod: het Nederlandstalige en Vlaamse muziekaanbod slaat op een concept waarbij aandacht moet zijn voor Vlaamse en Nederlandstalige muziek in de uitzendingen van de radio-omroep. Het Vlaamse of Nederlandstalige profiel slaat dan bijvoorbeeld op de radio-uitzendingen van theatershows en sketches door Vlaamse of Nederlandstalige artiesten of cabaretiers. Het Vlaamse profiel blijkt ook uit programma's over Vlaamstalige of Nederlandstalige artiesten.

De derde categorie slaat op het thema en/of muziekgenres die gericht zijn op specifieke doelgroepen. Het kan bijvoorbeeld een radio-omroep zijn die een focus legt op oldies, classic rock, jazz & blues, maar bijvoorbeeld ook sportverslaggeving, cultuurradio enzovoort.”

- toelichting van de bevoegde minister in de commissie, *Parl.St.* Vl.Parl. 2016-17, nr. 983/4, 7-8:

“Het ontwerp van decreet onderscheidt drie soorten netwerkradio's.

Het eerste type heeft een generalistisch profiel of muziekaanbod en brengt ook journaals en informatie. Voor radio's van dit profiel geldt dat ze – net zoals landelijke omroepen – vier journaals per dag moeten brengen. Dergelijke generalistische netwerkradio-omroeporganisaties hebben een vrij groot ontvangstgebied. Ze vormen – zeker als ze overgaan tot digitale etherdistributie en dus landelijke ontvangst zullen hebben – een volwaardig alternatief.

Ten tweede is er de netwerkradio met een Vlaams of Nederlandstalig profiel. [...]

De derde categorie is die van de thema- en/of muziekgenrezenders die gericht zijn op specifieke doelgroepen. Een dergelijke omroep kan bijvoorbeeld de focus leggen op muziekgenres als oldies, classic rock, jazz en blues, maar ook op sportverslaggeving, cultuurberichten enzovoort. Het ontwerp bepaalt niet welk genremuziek, maar wel dat omroepen die kiezen voor een bepaald profiel of muziekaanbod, ruimte moeten laten voor Vlaamse muziekproducties. [...] Die voorwaarden gelden dan als regel waaraan dergelijke oproepen zich na hun erkenning te houden hebben, en vooraf ook als aanvullend criterium in de beoordeling van de erkennings-

aanvraag door de Vlaamse Regering. Het gewicht dat dit criterium meekrijgt, wordt in het uitvoeringsbesluit vastgelegd.”

Artikel 143/2, § 1, 1° en 2°, c, tweede lid, van het mediadecreet bepaalt dat om erkend te worden en te blijven, de netwerkradio-omroeporganisatie die kiest voor “andere profielen of muziekaanbod” “een aanzienlijk deel van het aanbod uit[zendt] via de invulling van het specifieke gekozen profiel of muziekaanbod. Een deel van dit muziekaanbod bestaat uit Vlaamse muziekproducties”.

Uit artikel 143/3, § 2, van het mediadecreet blijkt ten slotte dat de netwerkradio-omroeporganisatie na haar erkenning niet mag afwijken van de concrete invulling van het programma-aanbod. Dit is het gevolg van een door het Vlaams parlement aangenomen amendement dat als volgt is verantwoord (*Parl.St.* Vl.Parl. 2016-17, nr. 983/2, 2-3):

“Een netwerkradio-omroeporganisatie die een erkenning krijgt voor een bepaald omroepprogramma, zij het een generalistisch omroepprogramma, met een Nederlandstalig en Vlaams profiel of muziekaanbod of netwerkradio-omroeporganisatie met een andere profiel en muziekaanbod, zoals bijvoorbeeld een sportzender, een jazzomroep, een oldiesradio enzovoort moet zich houden aan het profiel waarvoor zij gekozen heeft en waarvoor een erkenning werd verkregen. Wie zich niet houdt aan dit profiel, voldoet niet langer aan de basisvoorwaarden en kan dit niet zomaar via een kennisgeving aan de VRM doorvoeren. Om verwarring te vermijden, wordt dan ook in de eerste paragraaf gespecificeerd dat men zich moet houden aan de voorwaarden, bepaald in artikel 143/1 – zijnde de profielomschrijving – en de andere erkenningsvoorwaarden. In de tweede paragraaf wordt dan bepaald dat de te melden wijziging aan de VRM enkel het zendschema omvat en dus niet het programma-aanbod.”

33. Uit al het voorgaande volgt dat het profiel van de netwerkradio-omroeporganisatie een fundamentele erkenningsvoorwaarde vormt, die niet zomaar te herleiden is tot een toetsing aan de aanvullende kwalificatiecriteria.

34. In lijn hiermee is in het verslag aan de leden van de Vlaamse regering bij het uitvoeringsbesluit (*BS* 9 mei 2017) ook te lezen “dat de keuze

voor een bepaald soort oproep en een bepaald frequentiepakket sowieso moet gebaseerd zijn op een bepaald concept, naar een bepaalde doelgroep en bevolkingsgebied en gebaseerd op bepaalde financiële plannen en business cases: dergelijke elementen zijn niet zomaar over te zetten tussen de verschillende soorten omroepen en de verschillende lokaliteiten en/of frequentiepakketten”.

35. Gelet op artikel 1 van het besluit van de Vlaamse regering van 5 mei 2017 ‘houdende de indeling van de frequentiepakketten voor de netwerkradio-omroeporganisaties per type netwerkradio-omroeporganisatie’ wordt het thans in geding zijnde frequentiepakket 4 voorbehouden aan een netwerkradio-omroeporganisatie met “andere profielen of muziekaanbod”.

Volgens verzoekster heeft het aanbod van de tussenkomende partij een generalistisch profiel en is haar erkenning voor een ander profiel onterecht.

36. Het kritische onderscheid tussen de beide profielen bestaat in de doelgroep van de radiozender en het daarop afgestemd programma-aanbod: de netwerkradio met generalistisch profiel richt zich tot de volledige bevolking, de netwerkradio met een ander profiel is gericht op specifieke doelgroepen, waaromtrent in het mediadecreet geen beperking wordt opgelegd (oldies, classic rock, jazz & blues, sport, cultuur, vrouwen, jongeren, enzovoorts).

Aan de verwerende partij is een appreciatiemarge gelaten over wat onder een ander profiel begrepen kan worden. Het valt niet aan de Raad van State toe om zijn opvatting ter zake in de plaats te stellen van die van het bestuur.

Samen met verzoekster moet worden vastgesteld dat de verwerende partij blijkens de bestreden beslissing zelf van oordeel is dat Stadsradio Vlaanderen – de roepnaam van de netwerkradio van de tussenkomende partij – een uitgesproken generalistisch profiel heeft.

Dit blijkt uit de toetsing aan het aanvullend kwalificatiecriterium ‘concrete invulling programma-aanbod en zendschema’ in bijlage 2 bij het bestreden besluit. Uit de beoordeling van het ‘format’ blijkt dat er een probleem is met de profilering van de tussenkomende partij:

“Stadsradio Vlaanderen heeft als uitgangspunt ‘informatie uit het ontvangstgebied te centraliseren en delen met de inwoners van Vlaanderen’ om zo dichterbij de luisteraar te komen en een commercieel alternatief te zijn voor Radio 2, zonder in concurrentie te gaan met de lokale radio’s die nog dichterbij een deel van een stad of gemeente staan. Met deze visie die uitgesproken gericht is op diversiteit en op verbinding maken tussen mensen en een generalistisch classic hits format richt de zender zich op alle Vlamingen. Stadsradio Vlaanderen beschrijft zijn gewenste positie in het radiolandschap door middel van CIM-cijfers. De radio geeft ook een omschrijving van een specifieke programma-aanbod. De doelgroep is niet consequent benoemd.

Stadsradio Vlaanderen geeft slechts in algemene termen wat de netwerk-radio-omroeporganisatie kan betekenen als meerwaarde voor de samenleving. Stadsradio Vlaanderen wil namelijk meer inzetten op de lokale band en ‘nog dichterbij de luisteraar komen dan Radio 2 door ook op regelmatige tijdstippen live uitzendingen te brengen op evenementen. Het programma-aanbod sluit aan bij deze vooropgestelde publieke waarde. Er is geen sterke toetsing met de noden van de doelgroep, mede doordat de doelgroep niet duidelijk afgelijnd is. De credibiliteit van het algemene concept is uitgebreid gemotiveerd aan de hand van de historie van de verschillende huidige lokale stadsradio’s. Daarnaast steunt de radio ook op algemene studies en voorbeelden buiten Vlaanderen zoals Radio 10, Classic 21 ..., maar de concrete link en de weerslag ervan in de operationaliteit van het ingediende dossier wordt onvoldoende concreet gemaakt. Het specifieke andere profiel is niet voldoende toegelicht waardoor het overlap vertoont met een generalistisch profiel.

Stadsradio Vlaanderen geeft een duidelijk gepresenteerd zendschema dat op weekbasis een overzicht van de programma’s op dag en uur bevat. In het zendschema heeft elk omroepprogramma een presentator.”

Bij de bespreking van de inhoud wordt het gekozen muzikaal *format* “generalistisch classic hits” genoemd en wordt gewezen op “tegenspraak tussen het gewenste muziekprofiel (pop & rock) en de betrachting verschillende muziekgenres te willen spelen”. In de rubriek ‘het deel van het aanbod via de invulling van het specifieke gekozen profiel of muzikaanbod en het deel Vlaamse muziekproducties in dat aanbod’ wordt herhaald dat de tussenkomende partij “kiest voor een algemeen profiel met aandacht voor classics” en wordt besloten

“dat dit profiel eerder past bij een generalistische netwerkomroeporganisatie, er zijn geen indicaties dat er bewust wordt gekozen voor een ‘ander’ profiel”.

Hiermee sporen de voorbeelden die verzoekster geeft in haar verzoekschrift, waarbij zij de verregaande gelijkenissen en de eerder cosmetische verschillen aantoont tussen het aanvraagdossier van de tussenkomende partij waarvoor deze erkend is bij het thans bestreden besluit en het aanvraagdossier waarmee de tussenkomende partij meedong voor een erkenning ‘generalistisch profiel’.

37. Kortom, de tussenkomende partij is volgens de beoordeling ervan door de verwerende partij gericht op “de inwoners van Vlaanderen”, een commercieel alternatief voor Radio 2, met een generalistisch *classic hits format*; haar doelgroep “is niet consequent benoemd” en “niet duidelijk afgelijnd”; haar profiel “is niet voldoende toegelicht waardoor het overlap vertoont met een generalistisch profiel”; zij “kiest voor een algemeen profiel”, dat “eerder past bij een generalistische netwerkomroeporganisatie”.

Door deze beoordeling zonder meer als bijlage 2 toe te voegen bij het bestreden besluit, heeft de minister zich deze eigen gemaakt. Uit niets blijkt althans dat hij onderdelen ervan niet onderschrijft.

Aangezien frequentiepakket netwerkradio-omroeporganisatie 4 – Ander profiel 2 voorbehouden is aan een ander profiel, wat een erkenningsvoorwaarde uitmaakt, kan dit frequentiepakket niet worden toegekend aan de tussenkomende partij, nu de verwerende partij van oordeel is dat Stadsradio Vlaanderen een generalistisch profiel heeft.

38. Het eerste middel is in de aangegeven mate gegrond.

D. Tweede en vierde middel

39. In het *tweede middel* voert verzoekster aan dat artikel 143/2, § 1, 2°, a), van het mediadecreet is geschonden “doordat hierin de aanvraag van B.G.-Consulting (stadsradio Vlaanderen) in overweging wordt genomen niettegenstaande het feit dat het maatschappelijke doel van deze rechtspersoon niet bestaat in het verzorgen van radioprogramma’s en het feit dat een lid van haar raad van bestuur destijds ook bestuurder was van andere rechtspersonen die radio-omroeporganisaties beheren”.

In het *vierde middel* voert zij aan dat het bestreden besluit “de motiveringsplicht en het zorgvuldigheidsbeginsel [schendt] in zoverre dit gebaseerd is op motieven waarvan het bestaan niet naar behoren is bewezen en die niet in rechte ter verantwoording van dit besluit in aanmerking kunnen worden genomen [...] en in zoverre dit geen nauwkeurige of afdoende motivering bevat”.

40. Gelet op de gegrondheid van het eerste middel hoeven deze beide middelen niet te worden onderzocht. Ze kunnen, zelfs al waren ze gegrond, niet leiden tot een ruimere nietigverklaring aangezien uit de beoordeling van het eerste middel volgt dat de tussenkomende partij hoe dan ook de erkenning niet had mogen krijgen.

VII. Handhaving van de gevolgen van de nietigverklaring

Verzoek

41. De verwerende partij vraagt om “te voorzien in toepassing van artikel 14ter [RvS-Wet] tot dat er een nieuw besluit is genomen” en minstens zou haar “daartoe een termijn van 4 maand moeten gegund worden”. Zij wijst op het “gevaar [...] dat een frequentie een geruime tijd niet benut wordt”, terwijl uit de Europese richtlijnen voortvloeit dat er een reden moet zijn om een frequentie niet

te benutten. Ook de verwerende partij wenst beleidsmatig dat de frequenties optimaal benut worden. Verzoekster “heeft daar ook geen nadeel bij”.

42. Ook de tussenkomenende partij vraagt om met toepassing van artikel 14^{ter} RvS-Wet de gevolgen van de nietigverklaring te temperen en “om de gevolgen van de bestreden beslissing voorlopig te handhaven totdat er door verwerende partij een nieuwe beslissing genomen werd over de toewijzing van een erkenning voor frequentiepakket nr. 4”.

Zij verantwoordt haar verzoek als volgt:

- het valt niet uit te sluiten dat de verwerende partij na vernietiging van het bestreden besluit alsnog beslist om B.G.-Consulting opnieuw te erkennen als netwerkradio-omroeporganisatie voor frequentiepakket 4;
- ook na vernietiging komt het nog steeds aan de verwerende partij toe om te oordelen of de aanvraag van B.G.-Consulting voor frequentiepakket 4 al dan niet getuigt van een ander profiel; het is niet omdat er in de huidige beoordeling sprake is van een ongelukkige verwoording dat hieruit zomaar mag worden afgeleid dat de verwerende partij van oordeel is dat de aanvraag van B.G.-Consulting voor frequentiepakket 4 getuigt van een generalistisch profiel;
- B.G.-Consulting zou dan van de ene dag op de andere haar contracten met adverteerders niet meer kunnen naleven met schadeclaims tot gevolg;
- de onmiddellijke stopzetting van haar activiteiten leidt tot een onherstelbare vertrouwensbreuk bij het cliënteel van B.G.-Consulting; ook na een latere heropstart zullen deze cliënten definitief zijn afgehaakt.

43. Verzoekster vraagt om het verzoek af te wijzen. Zij wijst erop dat de mogelijkheid om de gevolgen van een vernietigde akte (voorlopig) te handhaven gebonden is aan strikte voorwaarden.

Wat betreft de belangenafweging die de verwerende partij naar voor schuift, merkt zij op dat zowel de Vlaamse Gemeenschap als B.G.-Consulting zeer goed wisten dat vanaf het moment dat het bestreden besluit werd

aangenomen er een spreekwoordelijk zwaard van Damocles boven hun hoofden hing. Zij hadden immers al kennis genomen van alle middelen die verzoekster nu aanvoert naar aanleiding van haar annulatieberoep tegen het initiële erkenningsbesluit. De Vlaamse Gemeenschap en B.G.-Consulting konden dan ook redelijkerwijs voorzien dat het bestreden besluit mogelijk vernietigd zou worden. Dit is een risico dat zij welbewust genomen hebben waardoor zij nu, nu dit risico zich ook daadwerkelijk manifesteert, onmogelijk kunnen beroepen op hun eigen belangen.

Over de “immense schade” die de tussenkomende partij zou lijden door de kosten die gepaard gaan met de onmiddellijke stopzetting van de uitzendrechten, mede door de “onherstelbare vertrouwensbreuk die dat zou teweegbrengen bij [haar] cliënteel” volstaat het volgens verzoekster op te merken dat B.G.-Consulting zelf foutieve of misleidende informatie in haar aanvraagdossier heeft opgenomen om frequentiepakket 4 te verkrijgen.

Beoordeling

44. De mogelijkheid waarover de Raad van State beschikt om de gevolgen van het vernietigde besluit aan te wijzen die voorlopig gehandhaafd worden “kan enkel worden bevolen om uitzonderlijke redenen die een aantasting van het legaliteitsbeginsel rechtvaardigen” en deze beslissing “kan rekening houden met de belangen van derden”, zo leert artikel 14^{ter}, tweede lid, RvS-Wet.

45. De tussenkomende partij voert enkele nadelige gevolgen aan van de plotse stopzetting van haar activiteiten.

Zij noemt die schade “immens” maar laat opvallend na om deze schade naar omvang te becijferen en ze aan de hand van overtuigingsstukken aan te tonen. Zij schiet in zoverre tekort in de bewijslast die op haar rust om de Raad van State te overtuigen van de noodzaak om deze gevraagde “modulering” van het legaliteitsbeginsel te rechtvaardigen.

Dat het bestaande cliënteel definitief zal afhaken bij een tijdelijke onderbreking, is volledig hypothetisch te noemen – zeker toch in het geval van een netwerkradio die zich beroept op een “ander profiel”, met een specifiek muziekaanbod en doelpubliek dat hiervoor niet of weinig aan zijn trekken komt bij de andere radiozenders.

46. Anderzijds is het wel duidelijk dat de onmiddellijke stopzetting van haar activiteiten de tussenkomende partij hoe dan ook plaatst voor een probleem om lopende verbintenissen te honoreren. Ook al zijn die niet nauwkeurig becijferd, mag de Raad met dit gegeven rekening houden bij de beoordeling van het verzoek.

Zoals de verwerende partij voorts opmerkt, zou het publiek tijdelijk geheel verstoken zijn van uitzendingen op het in geding zijnde frequentiepakket. Ook met de belangen van de luisteraars en van de adverteerders mag de Raad rekening houden.

Ten slotte weerspreekt verzoekster niet dat zij geen schade ondervindt van de tijdelijke voortzetting van de zendactiviteiten door de tussenkomende partij voor een duur die in redelijkheid niet ruimer is dan de termijn, nodig om een nieuwe beslissing te nemen, aangezien zij tijdens die periode evident zelf niet over een erkenning en zendvergunning beschikt noch kan beschikken.

47. Zoals hiervóór is opgemerkt, valt het niet aan de Raad van State toe om de aanvragen te beoordelen in de plaats van het bestuur. Binnen de grenzen van de huidige rechtsstrijd en op grond van de stukken waarop de Raad van State daarbij acht mag geven, is uit de bespreking van het eerste middel gebleken dat de tussenkomende partij *rebus sic stantibus* (zoals de zaken nu staan) volgens de verwerende partij niet beantwoordt aan het vereiste “ander profiel” en de erkenning niet mocht krijgen.

Wanneer de Raad van State een overheidsbesluit vernietigt en de overheid vervolgens een nieuw besluit neemt, moet de overheid in principe toepassing maken van het recht dat geldt op het ogenblik van deze nieuwe handeling en rekening houden met de feitelijke omstandigheden zoals die zich voordoen op het moment dat zij het nieuwe besluit neemt. Dit houdt in dat het bestuur niet gebonden is door de eerder vastgestelde scores en een nieuwe feitelijke beoordeling kan maken.

De Raad mag niet vooruitlopen op het rechtsherstel dat zal volgen op de hierna uit te spreken nietigverklaring. De verwerende partij kan na de nietigverklaring de zaak hernemen vanaf het punt waarop het blijkt dat dit arrest is misgelopen. Zij kan ook menen dat er goede redenen zijn om de procedure op een vroeger punt weer op te nemen, of zelfs om een nieuwe oproep te lanceren. In ieder geval moet zij, op straffe anders het gezag van gewijsde van huidig arrest te miskennen, rekening houden met het vernietigingsmotief dat onlosmakelijk verbonden is met de hierna uit te spreken vernietiging.

De houding die de verwerende partij als meest passend zal zien om rechtsherstel te bieden en de redenen die zij daartoe aanneemt, staan desgevallend onder het toezicht van de Raad van State. De Raad kan noch mag echter nu reeds oordelen dat een nieuwe erkenning van de tussenkomen partij nog denkbaar is of, omgekeerd, dat zulks in het geheel uitgesloten is, aangezien de verwerende partij nog over een beleids marge beschikt en de Raad niet op de beslissing van de verwerende partij en haar motieven kan vooruitlopen.

48. De verwerende partij verklaart dat zij vier maanden nodig heeft om een nieuwe beslissing te nemen.

Alle hiervóór vermelde belangen in overweging nemend en tegen elkaar afwegend, oordeelt de Raad dat de bestreden beslissing nog gedurende die termijn haar uitwerking mag behouden.

BESLISSING

1. De Raad van State vernietigt het ministerieel besluit van 5 april 2019 ‘houdende de erkenning als netwerkradio-omroeporganisatie van B.G. - Consulting, Naamloze vennootschap voor frequentiepakket netwerkradio-omroeporganisatie 4 - ander profiel 2’.

2. Het vernietigde besluit blijft uitwerking hebben gedurende vier maanden die ingaan vanaf de dag waarop dit arrest is betekend aan de verwerende partij.

3. De verwerende partij wordt verwezen in de kosten van het beroep tot nietigverklaring, begroot op een rolrecht van 200 euro, een bijdrage van 20 euro en een rechtsplegingsvergoeding van 700 euro, die verschuldigd is aan de verzoekende partij.

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 zestien december 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