

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

IXe KAMER

A R R E S T

**nr. 249.979 van 5 maart 2021
in de zaak A. 228.325/IX-9567**

In zake: de VZW FAMILY RADIO VLAANDEREN
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Christiaan Lesaffer
kantoor houdend te 2000 Antwerpen
Meir 22-24 bus 2
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

de VLAAMSE GEMEENSCHAP
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Bart Staelens
kantoor houdend te 8000 Brugge
Gerard Davidstraat 46 bus 1
bij wie woonplaats wordt gekozen

Tussenkommende partij:

de BV BNL RADIO
(voorheen: de bvba Vrije Brugse Radio Omroep)
woonplaats kiezend te 8000 Brugge
Vlamingstraat 35
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Pieter Calus
kantoor houdend te 8020 Oostkamp
Sint Elooisstraat 46

I. Voorwerp van het beroep

1. Het beroep, ingesteld op 7 juni 2019, strekt tot de nietigverklaring van het ministerieel besluit van 5 april 2019 ‘houdende erkenning als netwerkradio-omroeporganisatie van VBRO (Vrije Brugse Radio-omroep), Besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid voor frequentiepakket 2 – Nederlandstalig en Vlaams profiel’.

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 bvba Vrije Brugse Radio Omroep (thans: de BV BNL Radio) heeft een verzoekschrift tot tussenkomst ingediend. De tussenkomst is toegestaan bij beschikking van 14 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 25 januari 2021.

Kamervoorzitter Geert Van Haegendoren heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Christiaan Lesaffer, die verschijnt voor de verzoekende partij, advocaat Bart Staelens, die verschijnt voor de verwerende partij en advocaat Pieter Calus, die verschijnt voor de tussenkomende partij, zijn gehoord.

Eerste auditeur Alexander Van Steenberge heeft een met dit arrest eensluidend advies gegeven.

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

III. 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 een oproep tot kandidaatstelling voor erkenning als netwerkradio-omroeporganisatie of als lokale radio-omroeporganisatie.

3.3. Bij besluit van 15 september 2017 verleent de Vlaamse minister, bevoegd voor de media, aan de bvba Vrije Brugse Radio Omroep (“VBRO”) een erkenning als netwerkradio-omroeporganisatie voor frequentiepakket netwerkradio-omroeporganisatie 2 - Nederlandstalig en Vlaams profiel. 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 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. 244.906 van 20 juni 2019 wordt het op vordering van verzoekster alsnog vernietigd.

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

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 VBRO 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 im-

pliceren dat kandidaatsdossiers enig ander en nieuw element zouden 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 tussenkomende partij	92,22/100
- bvba Ment Media	88,84/100
- verzoekster	81,17/100.

IV. Onderzoek van de middelen

A. Eerste middel

Standpunt van de partijen

4. In het eerste middel noemt verzoekster het bestreden besluit “onwettig omdat dit [zijn] noodzakelijke rechtsgrond vindt in het besluit van de Vlaamse Regering van 21 april 2017 houdende diverse uitvoeringsbepalingen over radio-omroep en houdende wijziging van diverse besluiten over radio-omroep [...] dat evenwel in toepassing van artikel 159 van de Grondwet buiten toepassing verklaard moet worden, zodat het bestreden besluit geen rechtsgrond meer heeft omdat”:

“- Eerste middelonderdeel, het besluit van de Vlaamse regering van 21 april 2017 – in zijn geheel – in strijd is met artikelen 10 en 11 van de wet van 16 juli 1973 waarbij de bescherming van de ideologische en filosofische strekkingen gewaarborgd wordt en de artikelen 10 en 11 van het decreet van 28 januari 1974 betreffende het Cultuurpact aangezien minstens de basisbeginselen van de procedure voor erkenning bij decreet

moet worden vastgelegd, wat niet gebeurde, en niet bij besluit van de Vlaamse regering, en,

- Tweede middelonderdeel, minstens artikel 4 ervan onwettig is omdat het een weging geeft aan de aanvullende kwalificatiecriteria, terwijl artikel 11 van de Cultuurpactwet/decreet oplegt dat de voorwaarden en procedure van erkenning, dus met inbegrip van de weging van de criteria, bij decreet geregeld dienen te worden.”

In de toelichting bij het middel stelt verzoekster met betrekking tot het *eerste middelonderdeel* dat de artikelen 10 en 11 van de voormelde wet van 16 juli 1973 (“cultuurpactwet”) of het voormelde decreet van 28 januari 1974 (“cultuurpactdecreet”) van toepassing zijn op de erkenningen van particuliere radio-omroepen. Radio-omroep is immers een culturele aangelegenheid zoals bedoeld in artikel 4, 6°, van de bijzondere wet van 8 augustus 1980 ‘tot hervorming der instellingen’. Het gaat hier ook, wat artikel 11 van de cultuurpactwet of het -decreet betreft, om de erkenning (licentie) van instellingen die activiteiten uitoefenen gericht op de gehele Vlaamse Gemeenschap. De vier frequentiepakketten voor netwerkradio-omroeporganisaties bevatten frequenties die de gehele Vlaamse Gemeenschap bestrijken en dit type van radio-omroeporganisatie heeft een “landelijke” finaliteit. De artikelen 143/1 tot 143/3 van het decreet van 27 maart 2009 ‘betreffende radio-omroep en televisie’ (“mediadecreet”) bevatten weliswaar erkenningsvoorwaarden, maar bevatten geen enkele regeling of zelfs maar een kader met basisbeginselen voor de procedure tot het verlenen van erkenningen als netwerkradio-omroeporganisatie. Het enige wat is opgenomen, is de opsomming van de zogenaamde aanvullende kwalificatiecriteria en een delegatie aan de regering om hier een weging aan te koppelen en uit te werken. Dit is evenwel slechts een onderdeel van de procedure, maar onvoldoende als basisbeginsel voor de uitwerking van de eigenlijke procedure door de uitvoerende macht. De artikelen 6 tot 15 van het besluit van de Vlaamse regering van 21 april 2017 ‘houdende diverse uitvoeringsbepalingen over radio-omroep en houdende wijziging van diverse besluiten over radio-omroep’ (“uitvoeringsbesluit”) waarin de procedure tot erkenning als netwerkradio-omroeporganisatie is geregeld, zijn dan ook strijdig met de artikelen 10 en 11 van de cultuurpactwet en moeten met toepassing van artikel 159 van de Grondwet door de Raad, zelfs ambtshalve, buiten

toepassing gelaten worden. Dit heeft tot gevolg dat het bestreden besluit geen voldoende rechtsgrond meer heeft, nu dit is genomen op basis van een onwettige procedure.

Over het *tweede middelonderdeel* betoogt verzoekster dat de weging van de aanvullende kwalificatiecriteria opgenomen is in artikel 4 van het uitvoeringsbesluit. Het gaat hier niet om de uitwerking van door de decreetgever vastgestelde beginselen. Het gaat om het vaststellen zelf van die beginselen. De weging bepaalt immers de waarde van de decretale aanvullende kwalificatiecriteria en hun onderlinge verhouding. De toekenning van die waarde is niet neutraal omdat ze de toepassing van deze criteria bepaalt. Dergelijke keuzes dienen, in het licht van de letter en de geest van de cultuурpactwet, door de decreetgever gemaakt te worden. De weging diende derhalve in het mediadecreet zelf opgenomen te worden. Artikel 4 van het uitvoeringsbesluit is dan ook onwettig, en moet op grond van artikel 159 van de Grondwet buiten toepassing gelaten worden.

5. In de memorie van antwoord werpt de verwerende partij onder meer op dat het hier om de erkenning van puur privaatrechtelijke radio's gaat. De cultuурpactwet is hier niet van toepassing. Zij merkt op dat de afdeling Wetgeving van de Raad van State nooit een opmerking heeft gemaakt over een schending van de cultuурpactwetgeving in het kader van de erkenning van radio-omroepen, noch bij de huidige mediaregelgeving noch bij de vroegere regels.

6. De tussenkommende partij sluit zich aan bij de verwerende partij en werpt insgelijks op dat “de Cultuурpactwet geenszins van toepassing is op voorliggende casus”.

7. In de memorie van wederantwoord handhaaft verzoekster de zienswijze dat “de wijze waarop de overheid een goed dat zij beheert, verdeelt via erkenningen en bij[be]horende zendvergunningen”, geregeld is in de artikelen 10 en 11 van de cultuурpactwet en het -decreet.

Beoordeling

a. het cultuurpactdecreet

8. Artikel 131 van de Grondwet draagt aan de federale wetgever op om de nodige maatregelen te treffen “ter voorkoming van elke discriminatie om ideologische en filosofische redenen”. Het betreft een aan de federale wetgever voorbehouden bevoegdheid.

De federale wetgever heeft zich van die opdracht gekweten in, onder meer, de in het middel aangevoerde cultuurpactwet.

De gemeenschappen kunnen, ter uitvoering van artikel 11, tweede volzin, van de Grondwet, eveneens decreten aannemen die de rechten en vrijheden van de ideologische en filosofische minderheden moeten waarborgen. De federale bevoegdheid ter zake is dus niet exclusief. Het lezen in hun onderlinge samenhang van de zo-even genoemde grondwetsbepalingen impliceert dat de gemeenschappen inzake de bescherming van de ideologische en de filosofische strekkingen over een complementaire bevoegdheid beschikken (zie ook adv.RvS 40.329/3 van 4 juli 2006, *Parl.St.* VI.Parl. 2005-06, nr. 496/2, 6-7).

Met het cultuurpactdecreet, dat grotendeels gelijklopende bepalingen bevat als de cultuurpactwet, heeft de decreetgever zich willen aansluiten bij de tussen de politieke partijen gemaakte afspraken van het cultuurpact. De Raad van State hoeft evenwel voor de huidige zaak niet te onderzoeken of dit decreet regels toevoegt aan de rechtsorde. De artikelen 10 en 11 van het cultuurpactdecreet immers, zijn woordelijk identiek aan de overeenstemmende bepalingen van de cultuurpactwet. Wat hierna wordt overwogen over de aangevoerde cultuurpactwetbepalingen geldt dus niet minder voor de aangevoerde cultuurpactdecreetbepalingen, voor zover ze enige bijkomende juridische waarde zouden hebben.

b. de cultuurpactwet

9. Artikel 10 van de cultuurpactwet bepaalt:

“De regels inzake erkenning en subsidiëring in geld of natura van geregelde culturele activiteiten mogen, naargelang van het geval, slechts worden vastgesteld krachtens een wet, een decreet of een beraadslaging van de vertegenwoordigende vergadering van de overheid.

Bij ontstentenis van dergelijke regels moeten alle toelagen en voordelen het voorwerp zijn van een speciale begrotingspost op naam.”

Artikel 11 van de cultuurpactwet luidt:

“Wanneer het gaat om erkende instellingen die activiteiten uitoefenen gericht op een gehele cultuurgemeenschap, bepaalt het decreet dat de financiële tegemoetkoming van de overheden gelijktijdig omvat:

- de subsidiëring van een kern van personeelsleden;
- de jaarlijkse toekenning van een basistoelage voor de werking;
- de subsidiëring op grond van werkelijk gepresteerde activiteiten.

De voorwaarden en de procedure van erkenning worden naargelang van het geval bij wet of bij decreet vastgelegd.”

10. De artikelen 10 en 11 van de cultuurpactwet moeten in hun geheel en in hun onderlinge samenhang worden beschouwd. Aan het tweede lid van artikel 11 komt geen autonome betekenis toe: de erkenning waarvan sprake in dat tweede lid betreft niet eender welke erkenning in culturele aangelegenheden maar welbepaald de “erkende instellingen”, bedoeld in artikel 11, eerste lid. Aldus blijkt dat het de erkenning betreft (in het Frans: “agr  ation”) waartoe de overheid overgaat met het oog op subsidi  ring.

Verzoekster is kandidaat om een licentie te bemachtigen voor het gebruik van een radiofrequentie. De verwerende partij heeft er niet voor geopteerd die licenties te verkopen aan de hoogste bidder, toe te kennen in volgorde van ontvangst van de aanvragen of te verloten onder de gegadigden, maar heeft gekozen voor de zogenaamde *beauty contest* (schoonheidswedstrijd), waarbij de voorstellen van de kandidaten worden beoordeeld en vergeleken en waarbij de licentie aan de beste kandidaat wordt toegewezen. Verzoekster beweert ook niet

dat zij aanspraak maakt op een subsidie voor een kern van haar personeelsleden en een basistoelage voor haar jaarlijkse werking, aangevuld met subsidies voor haar werkelijk gepresteerde activiteiten.

De toewijzing van het gebruik van een radiofrequentie is met andere woorden, spijs het gebruik van de term ‘erkenning’, geen erkenning met het oog op subsidiëring zoals bedoeld in artikel 11 van de cultuurpactwet.

11. Evenmin houdt het toekennen van een gebruiksrecht voor een radiofrequentie en de exploitatie ervan verband met wat in artikel 10 van de cultuurpactwet de erkenning en subsidiëring in geld of natura van “geregelde culturele activiteiten” wordt genoemd (in het Frans: “activités culturelles régulières”), namelijk “activiteiten die noch toevallig, noch voortdurend plaats vinden” (toelichting, *Parl.St.* Kamer 1972-73, nr. 633/1, 6). Daarenboven regelt ook deze bepaling de erkenning (“agrégation”) met het oog op subsidiëring (Verslag, *Parl.St.* Kamer 1972-73, nr. 633/2, 4: “L’agrégation est établie en fonction de l’octroi de subsides”).

12. Op de voorliggende procedure zijn de artikelen 10 en 11 van de cultuurpactwet, die de waarborgen bevatten op vlak van de subsidiëring van bepaalde culturele verenigingen of activiteiten, bijgevolg niet van toepassing.

Het middel, dat van het tegendeel uitgaat, faalt naar recht.

B. Tweede middel

Uiteenzetting van het middel

13. Verzoekster voert in het tweede middel de schending aan van “het zorgvuldigheidsbeginsel als algemeen beginsel van behoorlijk bestuur en de materiële motiveringsplicht, alsook het gelijkheids- en transparantiebeginsel”, omdat de erkenning is gegeven aan VBRO, “zonder eerst een nieuwe oproep te hebben gelanceerd voor het indienen van nieuwe kandidaturen, terwijl de op

5 april 2019 gekende feiten en het feitenverloop dat als enig zorgvuldige oplossing dicteerden”.

Verzoekster merkt op dat de Vlaamse decreetgever voor de toekenning van gebruiksrechten op FM-frequenties uit de beschikbare modellen koos voor het model van een vergelijkende toets van de aanvraagdossiers (*beauty contest*). De beoordeling heeft betrekking op concrete aanvraagdossiers. De scores, het resultaat en de diverse aanvraagdossiers zijn dus onlosmakelijk verbonden. Het logische gevolg daarvan is, dat de erkende omroepen zich later aan hun aanvraagdossier en profiel moeten houden en niet van hun aanvraagdossier kunnen afwijken op een wijze dat daardoor de eerdere beoordeling van hun aanvraag zinledig wordt, doordat in realiteit een ander radioproject wordt gerealiseerd.

Het zorgvuldigheidsbeginsel legt op dat de verwerende partij met kennis van zaken en na een gedegen onderzoek en analyse beslissingen neemt. De verwerende partij dient rekening te houden met de informatie en stukken waarvan zij kennis nam na de initiële erkenning op 15 september 2017, “met name die haar meegedeeld in de zaak met rolnummer G/A.223.869/IX-9190”. Voortschrijdend inzicht omwille van nieuwe feiten of feiten die bij de eerste beslissing niet bekend waren, kan leiden tot een andere beslissing.

De verwerende partij wist dat de beoordeling die zij van de aanvraag van de tussenkomen partij maakte in 2017 onjuist, minstens onvolledig was “gezien de feiten en de informatie” die zij later in de procedure A. 223.869 voor de Raad van State had vernomen.

Weliswaar is er volgens verzoekster geen regel van positief recht die de verwerende partij verplicht om eerst een nieuwe oproep te publiceren, maar dit niet doen is onzorgvuldig. Anno 2019 zijn de aanvraagdossiers achterhaald door het tijds- en feitenverloop. Dit is zeker zo voor het dossier van VBRO, maar ook voor de andere kandidaten: “op een voorziene bedrijfsuitbating van negen jaar (duur van de erkenning) zijn er intussen al bijna twee jaar verstre-

ken zodat de diverse commerciële, financiële en technische aannames niet meer actueel zijn en deze ook niet meer opnieuw op een zinvolle wijze kunnen beoordeeld worden (bv. het subcriterium timing van de uitrol van het zendernetwerk: de tijdslijn die elke kandidaat opgaf, was op 5 april 2019 volledig achterhaald en niet realiseerbaar meer)”. Het bestreden besluit schendt op die manier ook het gelijkheids- en transparantiebeginsel, nu de twee andere kandidaten niet de mogelijkheid hadden om hun aanvraagdossiers aan te passen, terwijl het bestreden besluit ten aanzien van de tussenkomende partij “minstens impliciet rekening hield met wijzigingen en verschillen [ten opzichte van] de aanvraag uit 2017 door deze niet in de beoordeling te betrekken”.

14. In de memorie van wederantwoord herhaalt verzoekster dat “[de] onjuistheden, de gewijzigde feitelijke context en het verloop van de tijd” op zich voldoende elementen zijn die de verwerende partij “ertoe hadden moeten brengen om zich de vraag te stellen of de zgn. voorbereidende handelingen (met name de beoordeling) nog wel relevant waren”. Het herstellen van de rechtsgrond van de erkenning – het formeel motief van het bestreden besluit – heeft niets te maken met die gewijzigde feitelijke context met betrekking tot de inhoud van de aanvraagdossiers.

Beoordeling

15. Aan de Raad van State is geen “transparantiebeginsel” bekend als algemeen beginsel van behoorlijk bestuur.

Het middel, dat van een tegengestelde opvatting uitgaat, faalt in die mate naar recht.

16. Verzoekster stelt dat het niet zorgvuldig is om geen nieuwe oproep te publiceren.

17. Zoals verzoekster terecht stelt, “is er geen regel van positief recht die verwerende partij [...] verplichtte om eerst een nieuwe oproep te publiceren”. Uit de toepasselijke regelgeving volgt immers niet dat in het geval een individueel erkenningsbesluit wordt vernietigd, een nieuwe oproep in het Belgisch Staatsblad moet gebeuren.

Verzoekster is geen “nieuwe” kandidaat voor het in geding zijnde frequentiepakket. Zij heeft haar belangstelling reeds kenbaar gemaakt na de bekendmaking met oproep aan kandidaten in het Belgisch Staatsblad op 16 mei 2017 en zij heeft toen een ontvankelijk dossier ingediend. Verzoekster heeft bijgevolg geen belang bij een nieuwe oproep, die slechts voor méér concurrentie kan zorgen.

18. De vraag die verzoekster met het middel bijgevolg in wezen aan de orde stelt is, of de verwerende partij zonder meer mocht voortgaan op de reeds ingediende dossiers dan wel of zij de kandidaten moest toelaten – of verplichten – om hun dossier te actualiseren. Die vraag hangt samen met het in het middel aangevoerde beginsel van de zorgvuldigheidsplicht.

19. De nietigverklaring van het frequentiebesluit 2017 en het vervangen ervan door het frequentiebesluit 2019 verplicht het bestuur om met laatstgenoemd besluit rekening te houden als rechtsgrond wanneer zij een nieuwe erkenning verleent voor frequentiepakket 2, nadat haar vroegere erkenningsbesluit vernietigd is door de Raad van State.

Verzoekster betwist overigens niet dat dit is gebeurd. Voor het in geding zijnde frequentiepakket wordt alvast niet beweerd dat, vergeleken met het frequentiebesluit 2017, in het frequentiebesluit 2019 enige gegevens werden gewijzigd.

20. Die nieuwe rechtsgrond betekent echter niet dat alle voorbereidende handelingen *ipso facto* onwettig zijn en overgedaan moeten worden.

Wel kan er vanwege het tijdsverloop sinds het nemen van de vernietigde beslissing reden zijn om de overheid verplicht te achten om hoe dan ook eerst de feitelijke gegevens van de zaak te herzien en aan te vullen, alvorens een nieuwe beslissing te nemen.

21. Tussen het eerste erkenningsbesluit van 15 september 2017 en het thans bestreden erkenningsbesluit van 5 april 2019 verstreken minder dan achttien maanden. Dit tijdsverloop toont niet uit zichzelf en spontaan aan, wat de reeds ingediende dossiers betreft, dat het bestuur er niet meer goed kon op vertrouwen.

Het ligt dan op de weg van verzoekster om aan te tonen dat de toentertijd toegekende scores hun relevantie hebben verloren, zodat een reden voor bijkomend onderzoek voorhanden is én dat zij bij zo een herziening belang heeft.

22. Verzoekster ziet die reden allereerst in het loutere feit dat van de initiële erkenning de nietigverklaring is gevorderd bij de Raad van State en dat de verwerende partij in die procedure “feiten en informatie” heeft vernomen.

Wat die “feiten en informatie” dan wel zijn, laat verzoekster in het midden.

Vastgesteld moet worden dat de Raad zich in de procedure bekend onder rolnummer A. 223.869 niet heeft uitgesproken over enig middel dat op “feiten en informatie” betrekking heeft, zodat de verwerende partij – die uiteraard de aantijgingen van verzoekster in die procedure niet bijviel – zich niet verplicht moest voelen om *ipso facto* de dossiers opnieuw te onderzoeken.

Verzoekster gaat in dit middel ook met geen woord dieper in op de vermeend “nieuwe feiten”. Dat zij in haar laatste memorie refereert aan de

toelichting die zij gaf bij haar vierde middel is laattijdig. Overigens mag zij van de Raad niet verwachten dat hij de puzzelstukken van een verzoekschrift herlegt om er een nieuwe puzzel van te maken: wat verzoekster uiteenzet als toelichting bij het vierde middel dient tot adstructie van de in dat middel aangevoerde vernietigingsgrond en niet om de in het tweede middel aangevoerde vernietigingsgrond te onderbouwen.

Door de enkele verwijzing naar een vroeger gevoerde procedure overtuigt verzoekster bijgevolg niet dat de op de verwerende partij rustende zorgvuldigheidsplicht haar ertoe dwingt om de dossiers aan een nieuw onderzoek te onderwerpen.

23. Verzoekster stelt voorts dat ingevolge het tijdsverloop “de diverse commerciële, financiële en technische aannames niet meer actueel zijn en deze ook niet meer opnieuw op een zinvolle wijze kunnen beoordeeld worden”.

Dit is niet meer dan een bewering, die verzoekster niet concreteert tenzij met één opmerking over de “timing van de uitrol”.

Net dit voorbeeld is echter niet dienstig: aangezien de tussenkommende partij de erkenning in 2017 heeft gekregen, heeft zij sedertdien als enige het netwerk kunnen uitrollen, wat haar bij een nieuwe vergelijking net tot voordeel zou strekken ten opzichte van verzoekster die uiteraard nog niets heeft kunnen uitrollen.

24. Verzoekster slaagt bijgevolg niet erin, het middel zodanig te onderbouwen dat zij staat dat inderdaad nieuwe feiten voorlagen die de verwerende partij niet met goed fatsoen voorbij mocht zien alvorens opnieuw te beslissen over de voorliggende aanvraagdossiers.

25. Verzoekster toont bijgevolg niet aan dat de in het middel aangevoerde beginselen geschonden zijn.

26. Het middel is ongegrond.

C. Derde middel

Uiteenzetting van het middel

27. Het derde middel is geput uit de schending van “het zorgvuldigheidsbeginsel, de artikelen 2 en 3 van de wet van 29 juli 1991 betreffende de formele motivering van bestuurshandelingen, minstens de materiële motiveringsplicht en artikel 142/2 [versta: 143/2], § 2, tweede lid, van het mediadecreet en artikel 4 van het [uitvoeringsbesluit]”, omdat:

“- Eerste middelonderdeel, aan de decretaal bepaalde aanvullende kwalificatiecriteria niet op voorhand bekendgemaakte noch voorzienbare subcriteria worden toegevoegd met een eigen weging, en zonder vóór opening van de kandidaturen vastgestelde beoordelingsmethode en,
- Tweede onderdeel, er geen vergelijking van de aanvragen heeft plaatsgevonden door de bevoegde minister noch enige motivering daarover in zijn besluit werd opgenomen, nu zijn administratie elk dossier slechts geïsoleerd heeft bekeken.”

Verzoekster maakt een analogie met het domein van de overheidsopdrachten. De aanvullende kwalificatiecriteria “zijn eigenlijk gunningscriteria”. Een analogie is dan ook gepast. Aldus analoog redenerend, stelt verzoekster dat de criteria in principe vooraf bekendgemaakt moeten worden en dat de beoordelingsmethode vastgesteld moet zijn vóór de kennisname van de aanvragen.

Zij betoogt met betrekking tot het *eerste middelonderdeel* dat niet voorzienbare noch op voorhand bekendgemaakte subcriteria zijn toegepast. Er zijn zes bij decreet bepaalde aanvullende kwalificatiecriteria. Bij artikel 4 van het uitvoeringsbesluit wordt hieraan per criterium een weging toegekend en worden subcriteria gedefinieerd met een eigen weging. In bijlage 1 van het bestreden besluit wordt echter “een reeks ‘vragen’ en ‘subvragen’ – m.a.w. verdere subcri-

teria” gebruikt met een eigen weging die niet zijn opgenomen in het mediadecreet noch in het uitvoeringsbesluit en die dus niet kenbaar noch voorzienbaar waren op het ogenblik van de indiening van de aanvragen. De “(sub)vragen” met hun weging, indien op voorhand bekendgemaakt, hadden de kandidaten een richtlijn kunnen geven over de invulling van het betrokken criterium.

Verzoekster wijst erop dat een bijkomende weging is toegevoegd aan de onderverdeling van het eerste criterium, subcriterium a), ‘format’ die niet op voorhand bekendgemaakt is. Aan het “subcriterium” zendschema is daarbij door de administratie maar een relatief lage weging gegeven (4/20) daar waar logischerwijs aangenomen mag worden dat het zendschema een cruciaal element is in het programma-aanbod van een radio-omroep en daarom ook expliciet in het mediadecreet is opgenomen als één van de twee onderdelen van dit hoofdcriterium.

Ook wat het onderdeel ‘inhoud, mix en diversiteit’ betreft, voegt het bestreden besluit een bijkomende weging toe van de nadere onderverdeling die niet op voorhand bekendgemaakt werd, noch voorzienbaar was. Zes van de 25 punten worden bij dit onderdeel voorts toegekend aan de hand van “algemene vragen” waarvan de specifieke relevantie voor het subcriterium ‘mix en diversiteit’ ontbreekt en wat meer een tweede quoteringslijst lijkt te zijn van het onderdeel ‘format’. Bovendien blijkt niet uit bijlage 2 van de bestreden beslissing wat de invloed hiervan is op de aldaar weergegeven totaalscores per subcriterium van het eerste criterium.

De beoordelingsmethode werd evenmin op voorhand bekendgemaakt en uit het bestreden besluit blijkt niet dat deze al vastgesteld was vóór kennis werd genomen van de kandidaten en hun aanvragen.

Met betrekking tot het *tweede middelonderdeel* stelt verzoekster dat de bevoegdheid om beslissingen te nemen over erkenningsaanvragen bij delegatie is toegekend aan de minister die bevoegd is voor het mediabeleid. Dat

de beoordeling van de criteria gebeurt door de administratie ter voorbereiding van een beslissing door de minister noemt zij legitiem. *In casu* moet echter opgemerkt worden dat bijlage 2 van het bestreden besluit geen afdoende motivering kan vormen voor een erkenningsbeslissing omdat de administratie een essentieel element van de beoordeling níét uitvoerde. In bijlage 1 is te lezen dat de dossiers losstaand worden behandeld en dat geen vergelijking wordt gemaakt met de andere concurrerende dossiers in het pakket. Het viel met andere woorden nog steeds aan de bevoegde minister toe om op grond van bijlage 2 over te gaan tot een daadwerkelijke vergelijking van de betrokken aanvraagdossiers en formeel en materieel afdoende te motiveren welke kandidaat in vergelijking tot de andere het best scoort op grond van de decretale criteria. Dit vraagt een onderlinge afweging van de dossiers en niet een afzonderlijke optelsom per kandidaat van (sub)scores. Dit gebeurde niet in het bestreden besluit, wat onzorgvuldig is en een formeel en alleszins een materieel motiveringsgebrek uitmaakt.

28. In de memorie van wederantwoord merkt verzoekster op met dit middel niet te bestrijden dat het de verwerende partij toegelaten is om een beoordelingsmethode uit te werken. De essentie van het middel is dat bijkomende criteria met een eigen weging werden opgenomen onder het mom van een beoordelingsmethode. Dat de grens overschreden werd tussen het bepalen van een beoordelingsmethode en van (sub)criteria die beoordeeld moeten worden, blijkt ten overvloede uit de rekenbladen die de verwerende partij gebruikte en die nu in het administratief dossier zijn neergelegd. Deze documenten bevestigen dat elk aanvullend kwalificatiecriterium werd opgedeeld in tal van subcriteria die niet in het uitvoeringsbesluit voorkomen en die ook niet voorzienbaar waren voor de kandidaten. In hun blanco versie werden deze documenten aangemaakt door een kabinetsmedewerker van de minister op 6 juni 2017, dus vóór de uiterste indiendatum van de aanvragen, wat de mogelijkheid niet uitsluit dat de tussenkomen­de partij er kennis van had en haar dossier erop afstemde, wat in strijd is met het gelijkheidsbeginsel. De tussenkomen­de partij lijkt daarop te alluderen in haar memorie in tussenkomst.

Voorts betoogt verzoekster dat de gevolgde werkwijze wel resulteert in een finale rangschikking. Dat is volgens haar echter geen vergelijking maar het gevolg van een geïsoleerde beoordeling van elk dossier.

29. In haar laatste memorie onderstreept verzoekster het belang van het zendschema. De uitwerking in bijlage 1 van het bestreden besluit, via een bundel van negentien vragen, verwatert echter het belang van het zendschema: het gaat slechts om vier van de negentien vragen met een quotering van vier op de twintig te verdienen punten voor het subcriterium ‘format’. Dit is disproportioneel, nu de decreetgever duidelijk te kennen gaf dat het zendschema evenwaardig was als criterium als het programma-aanbod. Uitgaande van de omschrijving in het mediadecreet en de uitwerking ervan in het uitvoeringsbesluit mocht verzoekster ervan uitgaan dat het zendschema een essentiële rol zou spelen in de quotering van het *format*.

Zij stelt voorts dat zij dit middelonderdeel in de memorie van wederantwoord heeft uitgebreid met een schending van het gelijkheidsbeginsel, namelijk in zoverre de tussenkomenende partij vooraf op de hoogte was van de vragen.

Verzoekster handhaaft nog dat het eerste subcriterium ‘format’ zwaarder doorweegt dan het uitvoeringsbesluit vooropstelt, ingevolge de zes algemene vragen onder het subcriterium b).

Zij herhaalt dat de verwerende partij niet aantoont dat de beoordelingsmethode (bijlage 1 van het bestreden besluit) niet pas is opgesteld na kennisname van de kandidaturen en dat dus de objectieve schijn bestaat dat de beoordelingsmethode in functie van de concrete kandidaten is opgesteld, minstens uitgewerkt. Dan volgt een ganse uiteenzetting over de Europese richtlijnen inzake media.

Beoordeling

a. ontvankelijkheid

30.1. Volgens de verwerende partij is het middel niet ontvankelijk omdat verzoekster daarmee “een tabula rasa met in se een volstrekt nieuwe regelgeving” beoogt, wat niet meer mogelijk is, “gezien de onder vuur genomen regelgeving die aan de basis ligt van het betwiste individueel besluit, inmiddels heeft geleid tot gevestigde rechtssituaties die hoe dan ook niet meer uit de rechtsorde kunnen verwijderd worden”.

30.2. Deze exceptie kan niet slagen. Verzoekster wenst met haar beroep de erkenning van haar concurrent uit de rechtsorde verwijderd te zien. De erkenning van de tussenkomenende partij is hangende dit beroep dus precair. Een nietigverklaring op grond van dit middel verplicht de verwerende partij mogelijk tot nieuwe regelgeving. Zelfs als die regelgeving in voorkomend geval enkel nodig is en geldt voor de toekenning van dit ene frequentiepakket, ontnemt dit niet het belang aan verzoekster.

31. De toewijzing van de licentie voor het gebruik van een radiofrequentie is geen overheidsopdracht. Terecht voert verzoekster in het middel dan ook niet de schending aan van enige bepaling van overheidsopdrachtenregelgeving. De rechtspraak inzake de overheidsopdrachten mag verzoekster tot inspiratie strekken om dit middel te ontwikkelen, maar ze is niet ter zake.

Met wat verzoekster in haar laatste memorie voor het eerst uiteenzet omtrent de Europese mediarichtlijnen wordt geen rekening gehouden; dit is ruim te laat.

b. gegrondheid

32. De formelemotiveringsplicht, zoals opgelegd bij de formelemotiveringswet van 29 juli 1991, verplicht de verwerende partij om inzichtelijk te maken waarom de keuze op de tussenkomende partij viel, maar zij moet geen uitdrukkelijke verantwoording afleggen over elke mogelijke voorbereidende handeling die aan dat eindresultaat is voorafgegaan.

Het volstaat uit oogpunt van die formelemotiveringsplicht, dat verzoekster de redenen kan achterhalen die de verwerende partij tot haar oordeel hebben gebracht, opdat zij zich op het vlak van de motieven ertegen kan verweren met de middelen die het recht haar ter beschikking stelt. De bestreden beslissing met de eraan onderliggende bijlagen, voldoen hieraan ruimschoots. Verzoekster weet uit bijlage 1 welke werkwijze is gevolgd en uit bijlage 2 hoe de kandidaten hebben gescoord en zij kan zich daartegen dus verweren. Van een schending van de formelemotiveringswet is geen sprake.

33. 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 ‘Nederlandstalig en Vlaams profiel of muziekaanbod’ – dat zijn de radio-omroeporganisaties, vermeld in artikel 143/1, eerste lid, 2°, 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 Nederlandstalige en Vlaamse profiel of muziekaanbod”, dat de Vlaamse regering bepaalt.

34. Verzoekster bestrijdt niet dat aan deze bepaling uitvoering is gegeven bij artikel 4 van het uitvoeringsbesluit.

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 zend-schema:

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 geraamde 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.”

35. 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.

36. 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 moet worden, heeft de verwerende partij blijkens bijlage 1 bij het bestreden besluit 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 netwerkdossiers over de pakketten heen (voor zover het criterium van toepassing is op de betreffende pakketten). De taak van de controleur bestaat erin om de gegeven score en gebruikte motivatie van de verschillende individuele dossiers te gaan 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 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 op een andere manier onregelmatig gekozen of toegepast of, erger nog, dat ze werden gemanipuleerd.

De loutere bewering van verzoekster dat “een reeks ‘vragen’ en ‘subvragen’ – m.a.w. verdere subcriteria – gebruikt [worden] met eigen weging die niet zijn opgenomen in het mediadecreet noch in het uitvoeringsbesluit en dus

die niet kenbaar noch voorzienbaar waren op het ogenblik van de indiening van de aanvragen” volstaat niet om de onwettigheid van het bestreden besluit aan te tonen.

Wil verzoekster de onwettigheid van de nadere 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.

37. 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, zolang het relatieve gewicht van de criteria dat in het uitvoeringsbesluit is vastgesteld, wordt gerespecteerd.

Anders dan verzoekster betoogt, volstaat het loutere feit dat de verwerende partij wegingscoëfficiënten toepast dan ook niet om de schending van de aangevoerde bepalingen en 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.

38.1. Verzoekster heeft in haar toelichting bij het middel enkel specifieke kritiek geformuleerd bij een aantal aspecten van de beoordeling van het eerste aanvullend kwalificatiecriterium ‘de concrete invulling van het program-

ma-aanbod en het zendschema', dat in het uitvoeringsbesluit aldus nader is opgedeeld:

- “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.”

Dit criterium krijgt in het uitvoeringsbesluit een weging van 45%, “met een weging van 20% op onderdeel a) en 25% op onderdeel b)”.

38.2. Bijlage 1 van het bestreden besluit leert dat het zendschema vier punten kan opleveren voor het onderdeel ‘format’ dat in totaal op twintig punten staat, terwijl de omschrijving van het programma-aanbod en profiel, respectievelijk de motivering van de credibiliteit en aantoonbare publieke waarde elk 8/20 kan opleveren.

Verzoekster toont niet aan dat deze verhouding in de puntenverdeling onredelijk is. Het profiel van de zender is een wezenlijk element van de aanvraag die in het mediadecreet op het niveau van de basisvoorwaarden staat en een fundamentele erkenningsvoorwaarde vormt, die niet zomaar te herleiden is tot een toetsing aan de aanvullende kwalificatiecriteria. Om die reden ook, mag een erkende netwerkradio-omroeporganisatie naderhand wel haar zendschema aanpassen, maar niet afwijken van de concrete invulling van haar programma-aanbod (zie artikel 143/3 van het mediadecreet). Het komt bijgevolg niet als onredelijk voor, als de verwerende partij voor het beoordelen van het criterium ‘format’ meer belang hecht aan de omschrijving van het programma-aanbod en het profiel en aan de geloofwaardigheid van dit aanbod, dan aan de concrete uitzendingen en de programmanamen of de vermelding van de presentatoren of, met de woorden van verzoekster, “wat wordt wanneer uitgezonden”.

38.3. Voorts heeft verzoekster kritiek bij de beoordeling van het tweede onderdeel ‘de inhoud, de mix en de diversiteit van de programma’s of het aanbod’ van dit eerste aanvullend kwalificatiecriterium.

Volgens verzoekster zijn de “algemene vragen” die bij dit onderdeel werden onderzocht een doorslag van hetgeen beoordeeld werd bij het eerste onderdeel ‘format’. Die algemene vragen luiden:

“Worden alle programma’s duidelijk omschreven?

- Hebben de verschillende programma’s een uitgesproken identiteit tegenover elkaar?
- Passen de programma’s in het algemene zenderprofiel?
- Vindt elk aspect van het zenderprofiel zijn weerslag in de programmering?
- Is er specifieke aandacht voor een specifieke doelgroep in de programmering?
- Past de muziek in het algemene zenderprofiel?”

Daarnaast volgen voor elk netwerkpakket een aan dat profiel aangepaste vraagstelling over de inhoud, bijvoorbeeld voor het hier in geding zijnde profiel netwerkpakket 2:

“• Maakt de zender gebruik van zijn unique selling point (is er differentiatie ten aanzien van het totale radiolandschap en hoe specifiek vult de zender het Vlaams en Nederlandstalig profiel in?)?

- Is er – naast muziek – aandacht (in items of programma’s) voor andere Vlaamse en Nederlandstalige cultuuruitingen in literatuur en poëzie?
- Is er – naast muziek – aandacht (in items of programma’s) voor andere Vlaamse en Nederlandstalige cultuuruitingen in podiumkunsten (theater – dans – cabaret – comedy)?
- Is er – naast muziek – aandacht (in items of programma’s) voor andere Vlaamse en Nederlandstalige cultuuruitingen in andere segmenten (evenementen – volkscultuur)?
- Worden er specifieke programma’s gewijd aan verschillende Vlaamse en Nederlandstalige artiesten?
- Worden er Vlaamse of Nederlandstalige artiesten gepromoot?
- Is de invulling die wordt gegeven aan de inhoud algemeen inhoudelijk geloofwaardig?”

De aangehaalde algemene vragen staan alleszins in verband met het aspect ‘inhoud’ waar deze vragen onder vallen. Ze toetsen immers op algemene wijze de inhoud van de programma’s. Dat de scheidslijn met het onderdeel ‘format’ misschien niet altijd duidelijk te maken is, maakt niet dat deze vragen arbitrair zijn. Verzoekster kan niet worden gevolgd, dat het om een tweede quoteringsgang gaat van het *format*, waar blijkens de bundel van vragen niet zoals hier de individuele programma’s worden onderzocht dan wel de omschrijving van het programma-aanbod als geheel.

38.4. Verzoeksters kritiek overtuigt dan ook niet om te besluiten tot een ontoelaatbare aanpassing van de opgelegde kwalificatiecriteria.

39. Noch artikel 143/2 van het mediadecreet, noch artikel 4 van het uitvoeringsbesluit verplicht de overheid ten slotte ertoe om haar beoordelingsmethode, met inbegrip van de werkwijze om de scores aldus te berekenen, vooraf te preciseren of bekend te maken.

In de voorliggende zaak kan niet worden betwist dat eenieder die belangstelling heeft voor de licentie van een netwerkpakket 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 en dat aanvullende informatie en een handleiding te vinden was op de website van de verwerkende partij.

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 toewijzing formeel en materieel deugdelijk is gemotiveerd en 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 vastgesteld 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 gestoffeerd aanvraagdossier en een eerlijke en geloofwaardige competitie onmogelijk maken.

Gelet op deze vaststellingen, samen genomen, toont verzoekster evenmin aan dat het zorgvuldigheidsbeginsel de verwerende partij ertoe zou verplichten om haar werkwijze vooraf vast te stellen of bekend te maken.

40. Uit wat voorafgaat blijkt dat geen van de in het middel aangevoerde bepalingen en beginselen vereist dat de beoordelingsmethode vooraf zo strikt wordt bepaald én meegedeeld, zoals verzoekster het zou willen. Evenmin heeft verzoekster kunnen aantonen dat bij de beoordeling criteria en wegingscoëf-

ficiënten zijn gehanteerd die niet redelijkerwijze in verband staan met de reglementaire kwalificatiecriteria.

41. In haar memorie in tussenkomst schrijft de tussenkomende partij:

“Verzoekster in tussenkomst wenst hier nog aan toe te voegen dat elk van de kandidaten op dezelfde vragen dienden te beantwoorden. Daarenboven konden deze vragen door alle kandidaten perfect worden beantwoord.”

Verzoekster vraagt zich op grond van deze passus af of de tussenkomende partij kennis had van de beoordelingsmethode bij het opstellen van haar dossier en leidt hieruit een schending af van het gelijkheidsbeginsel.

Dat citaat volstaat echter niet als bewijs voor deze aantijging. De Raad neemt er wel akte van dat verzoekster in haar memorie van wederantwoord na kennisname van het administratief dossier wel aanneemt dat de beoordelingsmethode tot op het niveau van de bundels van vraagstellingen op het kabinet van de minister is uitgewerkt vóórdat kennis kon worden genomen van de ingediende aanvraagdossiers. In haar laatste memorie spreekt zij zichzelf dan weer tegen, door te herhalen dat de methode niet vooraf is vastgesteld.

42. Uit artikel 133, § 2, eerste lid, van het mediadecreet *iuncto* artikel 13, tweede lid, van het uitvoeringsbesluit vloeit voort dat het erkenningsbesluit wordt genomen door de Vlaamse minister, bevoegd voor het mediabeleid. De minister draagt dus de verantwoordelijkheid voor de bestreden erkenning.

De ambtelijk gevolgde werkwijze is hiervóór *sub* 36 aangehaald. Verzoekster die beweert dat elk dossier slechts geïsoleerd is bekeken, leest bijlage 1 slechts partieel. Nadat de dossierbehandelaars elk dossier individueel (“losstaand”) hebben getoetst – maar wel reeds alle aan dezelfde criteria – zorgt een controleur in een tweede fase ervoor “dat er geen interpretatieverschillen zijn in de strengheid van de score en de motivering” zodat elk dossier “dezelfde toet-

sing tegenover de kwalificatiecriteria krijg[t]”. Als volgens die methode een rangschikking wordt gemaakt op grond van de toegekende scores, vertaalt die rangschikking de onderlinge vergelijking van de dossiers. Als één kandidaat een hogere eindscore behaalt dan een andere kandidaat, is dit omdat die kandidaat *in globo* beter scoort op de criteria, en is een vergelijking van de aanvragen gebeurd. De minister heeft zich de beoordeling door de administratie en dus de toekenning van de scores blijkens het bestreden besluit eigen gemaakt, zodat die vergelijking aan de minister toegerekend moet worden.

43. Het middel is in beide onderdelen ongegrond.

D. Vierde middel

Uiteenzetting van het middel

44. Het vierde middel is geput uit de schending van het zorgvuldigheidsbeginsel en de materiële motiveringsplicht “doordat een erkenning aan bvba VBRO werd gegeven zonder zorgvuldig onderzoek van haar aanvraag en alleszins zonder rekening te houden met het tijdsverloop en de feiten zoals gekend op 5 april 2019, terwijl sinds 15 september 2017 tal van (nieuwe) feitelijke elementen ter kennis van verwerende partij waren gebracht en die elementen, net zoals het tijdsverloop, van aard zijn om de rangschikking van de kandidaten te wijzigen”.

Samengevat, zo stelt verzoekster, blijkt dat de aanvraag van VBRO op tal van – zelfs cruciale – punten manifeste onjuistheden bevat en zelfs meermaals de medewerking van personen inroept die daar niet eens van op de hoogte waren. Bovendien blijkt dat wat VBRO heeft gerealiseerd sterk afwijkt van het aanvraagdossier zodat niet onredelijk aan te nemen is, zeker in combinatie met de vele onjuistheden in het aanvraagdossier, dat het nooit de intentie van VBRO is geweest om dit daadwerkelijk uit te voeren. Zo de verwerende partij in september 2017 geweten had of moest hebben, wat zij op 5 april 2019 wist, had

dit “mogelijk en wellicht” een andere beoordeling en dus scoring hebben opgeleverd.

Verzoekster licht omstandig toe waarin de onjuistheden en wijzigingen in de aanvraag van de tussenkomen partij zijn gelegen. Haar analyse heeft samengevat betrekking op:

- “Programmamix/ Medewerkers”, waarbij personen die opgegeven zijn als presentator in het dossier, hiervan niet op de hoogte waren, wat fraude uitmaakt; het bedrieglijk vermelden van medewerkers die van niets weten heeft zowel invloed op de mix van programma’s als op de ervaring van medewerkers; op beide delen is een aanzienlijke score gegeven aan VBRO; gezien de hoeveelheid foute gegevens heeft dit dus zeker een invloed gehad op de toegekende punten en had die kennis de verwerende partij ertoe moeten brengen om hier rekening mee te houden; bovendien blijkt dat deze programma’s in realiteit vooral vervangen werden door non-stopmuziek, wat evident een mindere beoordeling zou hebben gekregen dan gepresenteerde (live) programma’s; deze feiten zijn al een voldoende reden om de erkenning niet aan VBRO toe te kennen (*fraus omnia corrumpit*);
- “Antennelocaties”, waarbij een locatie wordt opgegeven van een antennemast waarop VBRO geen aanspraak kon maken;
- “Profiel van de radio-omroep”, waarbij in het aanvraagdossier onbestaande samenwerking met Ment TV wordt aangehaald en een partnership met Radio 2 dat er niet is en waarover zelfs niet is gepraat volgens het nethoofd van deze zender; verzoekster wijst ook op een geheel verzonnen verhaal van captatie van beelden van het programma Eregalerij die in werkelijkheid werden gemaakt door de VRT;
- “Aandeel specifiek Nederlandstalige en Vlaamse profiel”, waarbij Duitstalige programma’s mee worden gerekend om aan 100% Vlaamse en Nederlandstalige producties te geraken; ook de actuele draailijsten van VBRO tonen aan dat andere muziek wordt gedraaid dan Vlaamse of Nederlandstalige muziek;
- “Zendschema”, waarbij het werkelijk programmaschema veel magerder uitvalt dan voorgesteld, met heel wat non-stop uren en minder presentatoren dan beloofd;

- “Doelstellingen/ acties/ strategische visie”, waarbij de tussenkomende partij nog steeds niet uitzendt via digitale radiokanalen van Telenet of via een app en vele aangekondigde acties niet zijn uitgevoerd.

Samenvattend is het voor verzoekster duidelijk dat de verwerende partij anno 2017 niet op zorgvuldige wijze de aanvraag van VBRO heeft onderzocht en alleszins na de beoordeling en erkenning in 2017, op de hoogte is gebracht van tal van feitelijke elementen die aantonen dat de aanvraag van VBRO van in het begin onjuist was dan wel in de praktijk op tal van onderdelen, met name de programmatie en het Vlaams/Nederlandstalig aandeel, werd aangepast. Dit maakt dat de verwerende partij op 5 april 2019 er niet mee kon volstaan om zonder enig nieuw onderzoek de rangschikking van de kandidaten uit 2017 zo maar over te nemen.

45. In de memorie van wederantwoord en haar laatste memorie handhaaft verzoekster die kritiek, die zij aanvult met een repliek op het verweer van de tussenkomende partij. De documenten die de tussenkomende partij voorlegt, ontkrachten volgens verzoekster niet het bestaan van de door haar aangevoerde onjuistheden.

Beoordeling

46. Verzoekster erkent dat de Vlaamse regulator en niet de verwerende partij belast is met “het toezicht op de naleving van en de beteugeling van de inbreuken op de bepalingen van [het mediadecreet] en zijn uitvoeringsbesluiten” (artikel 218, § 2, 1°, van het mediadecreet) en desnoods beteugelt wat een erkende radio-omroeporganisatie met haar erkenning aanvangt.

De minister die de erkenning verleent, moet er in principe kunnen op vertrouwen dat wat de aanvrager in zijn dossier aanbiedt, ook is wat hij zich voorneemt te doen met de erkenning.

Zo verzoekster meent dat de minister opzettelijk is voorgelogen door de tussenkomende partij op het ogenblik van haar aanvraag, dan ligt de bewijslast van dit bedrog bij haar.

47. De Raad ziet ook niet in waarom de verwerende partij, gelet op de taak van de regulator, op 5 april 2019 spontaan het gedrag zou moeten onderzoeken van de tussenkomende partij sinds haar erkenning. Bovendien blijkt uit artikel 143, § 2, van het mediadecreet dat erkende netwerkradio-omroeporganisaties wijzigingen mogen aanbrengen in de gegevens, vermeld in de door hen ingediende offerte, waardoor wordt afgeweken van de aanvullende kwalificatiecriteria.

De loutere vaststelling dat de tussenkomende partij na haar eerste erkenning niet uitzendt zoals zij het in haar dossier beschreef, betekent dus niet dat de nieuwe erkenning haar niet mocht of opnieuw mag worden toegekend aan de hand van haar aanvraagdossier.

48. Dit betekent alvast dat de opmerkingen van verzoekster over “de actuele draailijsten” en “het werkelijk programmaschema” of de nog niet uitgevoerde doelstellingen om digitaal uit te zenden of om bepaalde acties te voeren waarvoor zij overigens ook van derden afhankelijk is, niet de onwettigheid van het erkenningsbesluit vermogen aan te tonen.

49. Naar het oordeel van de Raad slaagt verzoekster ook niet erin te bewijzen dat de opgave van medewerkers van de tussenkomende partij door bedrog is aangetast. Het zendschema en het team van medewerkers zijn een voorstel zonder dat wordt aangegeven dat met de betrokken personen al vaste overeenkomsten zijn aangegaan – minstens toont verzoekster dat niet aan. De tussenkomende partij legt stukken en afschriften van e-mails voor waaruit ten minste blijkt dat zij in het verleden heeft samengewerkt met de door verzoekster genoemde personen en dat zij nadat zij de erkenning verkreeg, opnieuw met hen effectieve vormen van samenwerking heeft voorgesteld, wat spoort met de in de aanvraag

neergeschreven intenties. De meeste van die aangesproken medewerkers reageren positief; anderen niet maar dat wijst hoogstens op een te groot optimisme, niet op bedrog. Ten slotte merkt de tussenkommende partij niet onterecht op dat geen enkel programma staat of valt met een specifieke presentator.

Omtrent de antennemast te Meerhout legt de tussenkommende partij een e-mail voor van Broadcast Partners. Hierin is te lezen dat Broadcast Partners de bedoelde locatie beschikbaar zou stellen. Pas na de toewijzing van de erkenning is gebleken dat er met de vergunning van de zendmast een probleem was, maar dit wist de tussenkommende partij voorheen niet en toont niet aan dat zij dit gegeven bedrieglijk in haar aanvraag heeft opgenomen. Overigens engageert Broadcast Partners zich in de voormelde e-mail dat zij “een alternatief en vergelijkbaar opstelpunt in de omgeving” heeft gevonden.

Wat Ment TV betreft, merkt de tussenkommende partij terecht op dat nergens in haar dossier een partnerschap wordt vermeld. Zij geeft enkel aan het initiatief van deze “nichezender” toe te juichen en complementair te vinden en voor samenwerking open te staan. Verzoekster bewijst geen foute informatie, laat staan bedrieglijk opzet.

Radio 2 wordt in het dossier vermeld als “interessante gesprekspartner”, maar verzoekster leest er meer in over samenwerking dan er staat. De tussenkommende partij geeft voorts een aannemelijke uitleg over de kwestie van de beelden van het *event* Eregalerij, waaruit de Raad afleidt dat zij die beelden wel degelijk heeft gebruikt, maar dat tussen partijen onenigheid bestaat over het begrip ‘captatie’ en ‘houder van de eigendomsrechten’. Hoe dan ook wordt geen bedrog bewezen en nog minder legt verzoekster uit, na inzage van het administratief dossier, wat de invloed is van deze passages in het aanvraagdossier op de toegekende scores.

Ten slotte citeert verzoekster met betrekking tot het profiel van de zender zelf een passage uit het aanvraagdossier van de tussenkommende partij,

waar deze schrijft op haar 100% Vlaams/Nederlandstalige “contingent” een uitzondering te “tolereren” voor een Duitstalige programma – “uitzondering die de regel bevestigt”. Van bedrog kan geen sprake zijn, als dit transparant aan het bestuur wordt meegedeeld.

50. Daarmee is niet gezegd dat een zorgvuldig handelend bestuur bij het hernemen van een vernietigde beslissing nooit rekening moet houden met feitelijk gewijzigde omstandigheden. Wel heeft elk zijn taak: minister en regulator. Indien de regulator bijvoorbeeld tussen de eerste erkenning en het thans bestreden besluit een beslissing zou treffen over de tussenkomende partij, kan de inhoud of de draagwijdte van die beslissing van aard zijn dat de minister ze in zijn afweging had moeten betrekken. Verzoekster beweert evenwel niet dat in de huidige zaak door de regulator vóór 5 april 2019 zelfs maar een beslissing is genomen over de tussenkomende partij, laat staan een relevante.

51. Wat voorafgaat leidt tot de conclusie dat het middel hoe dan ook ongegrond is, zonder dat de Raad moet onderzoeken of verzoekster bij een heroverweging na nietigverklaring op grond van dit middel voldoende kans heeft om als eerste gerangschikt te worden, wat de verwerende partij en de tussenkomende partij betwisten.

E. Vijfde middel

Uiteenzetting van het middel

52. In het vijfde middel voert verzoekster de schending aan van artikel 13 van het uitvoeringsbesluit “doordat op datum van het bestreden besluit de termijn van 120 dagen voorzien in genoemd artikel 13 reeds lang verstreken was en er toen geen nieuwe termijn lopende was omdat dit niet meer mogelijk is”.

De in artikel 13, eerste lid, bedoelde kennisgeving viel in juli 2017, zodat op 5 april 2019 – datum van het bestreden besluit – de vervaltermijn van 120 dagen reeds lang voorbij was en, gelet op de definitief geworden opheffing van de erkenning van 15 september 2017 met ingang van 5 april 2019, de enig mogelijke beslissing ware geweest geen erkenning toe te kennen voor het betrokken profiel van netwerkradio-omroeporganisatie. Door toch een erkenning te verlenen op basis van de aanvragen ingediend naar aanleiding van de oproep in 2017 schendt het bestreden besluit dan ook artikel 13 van het uitvoeringsbesluit. Het bestreden besluit werd immers niet genomen als vorm van rechtsherstel na vernietiging door de Raad van State van de erkenning van 15 september 2017. Wel integendeel, het bestreden besluit werd genomen nog vóór de Raad van State zich kon uitspreken over een hangend beroep tegen de erkenning van 15 september 2017 die bovendien werd opgeheven. Op 5 april 2019 – datum van het bestreden besluit – rustte er op de verwerende partij geen enkele plicht om, ingevolge een vernietigingsarrest, een nieuwe beslissing te nemen en was ook geen nieuwe termijn van 120 dagen lopende op dat moment.

53. In de memorie van wederantwoord verwerpt verzoekster de toepasselijkheid in deze zaak van het in de rechtspraak en rechtsleer ontwikkelde leerstuk van de nieuwe termijn met het oog op rechtsherstel na een vernietigingsarrest van de Raad van State. Het bestreden besluit vormt geen rechtsherstel na een vernietigingsarrest van de Raad, maar kwam er juist in een vergeefse poging om te vermijden dat de erkenning van 15 september 2017 vernietigd zou worden.

Beoordeling

54. Artikel 13, tweede lid, van het uitvoeringsbesluit legt een termijn op van 120 dagen na kennisgeving aan de kandidaten van de lijst van de ontvankelijke kandidaturen om een erkenningsbesluit te nemen. Indien geen beslissing wordt genomen binnen deze termijn, “wordt de erkenning voor dat frequentiepakket niet toegekend”.

55. Gelet op de nietigverklaring van het frequentieplan 2017 – en bijgevolg het verdwijnen van de rechtsgrond van het erkenningsbesluit van 15 september 2017 – stond het voor de verwerende partij vast dat haar erkenningsbesluit van 15 september 2017 aangetast was door een onregelmatigheid.

Hangende het annulatieberoep dat tegen dit erkenningsbesluit was ingesteld en waarin het debat nog niet was gesloten, mocht de verwerende partij dit erkenningsbesluit opheffen op 5 april 2019. Verzoekster betwist dit overigens niet.

56. Door op 15 september 2017 een beslissing te nemen over het in geding zijnde frequentiepakket, heeft de minister binnen de opgelegde termijn zijn bevoegdheid uitgeoefend – maar ze ook uitgeput.

Dat hij naderhand om welke reden ook aan zijn beslissing, die normaal zou gelden voor een termijn van negen jaar, een voortijdig einde stelt door ze op te heffen, wijzigt in principe daaraan niets. Die opheffing geldt ook enkel voor de toekomst. Uit zichzelf doet ze de bevoegdheid van de minister niet herleven en doet ze geen nieuwe termijn van start gaan.

57. De opgeheven erkenning is evenwel een rechtsverlenende rechtshandeling waarover de verwerende partij overeenkomstig het uitvoeringsbesluit verplicht was te beslissen, eenmaal zij de oproep aan kandidaten had gelanceerd – en zij bovendien reeds een beslissing over de ontvankelijkheid van de aanvraagdossiers had genomen.

Cruciaal is dan niet zozeer dat de erkenning door de verwerende partij is opgeheven, maar wel dat ze door de Raad van State is vernietigd.

Door die vernietiging moet de overheid worden geacht haar bevoegdheid nooit te hebben uitgeoefend.

In tegenstelling tot de opheffing, doet die vernietiging daarom wél de verplichting herleven om een nieuwe beslissing te nemen, met daartoe een nieuwe termijn aangezien het om een verplicht uit te oefenen bevoegdheid gaat.

58. Wat dan, ten slotte, leidt tot de vaststelling dat verzoekster geen belang heeft om aanstoot te nemen aan het feit dat de verwerende partij haar beslissing nam vóór de nieuwe beslissingstermijn is beginnen lopen, aangezien zij dat hoe dan ook mocht én moest doen na de nietigverklaring.

59. Het middel is niet ontvankelijk.

BESLISSING

1. De Raad van State verwerpt het beroep.

2. De verzoekende 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 verwerende partij.

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

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van vijf maart tweeduizend eenentwintig, door de Raad van State, IXe kamer, samengesteld uit:

Geert Van Haegendoren,	kamervoorzitter,
Bruno Seutin,	staatsraad,
Patricia De Somere,	staatsraad,
bijgestaan door	
Vera Wauters,	griffier.

De griffier

De voorzitter

Vera Wauters

Geert Van Haegendoren