

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

IXe KAMER

A R R E S T

**nr. 249.981 van 5 maart 2021
in de zaak A. 228.334/IX-9570**

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

tegen:

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

Tussenkommende partij:

de NV SBS MEDIA BELGIUM
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Carlos De Wolf
kantoor houdend te 9680 Maarkedal
Etikhovestraat 6
bij wie woonplaats wordt gekozen
en bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Charlotte De Wolf
kantoor houdend te 9000 Gent
Fortlaan 95

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 de erkenning als

netwerkradio-omroeporganisatie van SBS Media Belgium, Naamloze vennootschap voor netwerkradio-omroeporganisatie 1 – Generalistisch 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 nv SBS Media Belgium heeft een verzoekschrift tot tussenkomst ingediend. De tussenkomst is toegestaan bij beschikking van 29 juli 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 Lessafer, die verschijnt voor de verzoekende partij, advocaat Bart Staelens, die verschijnt voor de verwerende partij en advocaten Carlos De Wolf en Charlotte De Wolf, die verschijnen 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 nv SBS Media Belgium een erkenning als netwerkradio-omroeporganisatie voor frequentiepakket netwerkradio-omroeporganisatie 1 – Generalistisch profiel.

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. 244.904 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 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 SBS Media Belgium 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 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 88,17/100
- derde kandidaat 83,34/100
- verzoekster 71,49/100.

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 filo-

sofische 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 toe-

passing 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 (versta: artikel 3) 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 cultuurpactwet, 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 cultuurpactwet 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 cultuurpactwetgeving in het kader van de erkenning van radio-omroepen, noch bij de huidige mediaregelgeving noch bij de vroegere regels.

6. De tussenkomende partij sluit zich aan bij de exceptie van de verwerende partij.

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 cultuurpactwet 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: “agrération”) waartoe de overheid overgaat met het oog op subsidiëring.

Verzoekster is kandidaat om een licentie te bemachtigen voor het gebruik van een radiofrequentie. De verwerende partij heeft niet ervoor 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 culturele verenigingen, 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 SBS Media Belgium, “zonder eerst een nieu-

we 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.223.794/IX-9182 [versta: de zaak A.223.789]”. 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 tussenkomende partij maakte in 2017 onjuist, minstens onvolledig was “gezien de feiten en informatie” die zij later in de procedure A. 223.794 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 SBS,

maar ook voor de andere kandidaten: “op een voorziene bedrijfsuitbating van negen jaar (duur van de erkenning) zijn er intussen al bijna twee jaar verstreken 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 tussenkomen partij “minstens impliciet rekening hield met wijzigingen en verschillen [ten opzichte van] de aanvraag uit 2017 door deze op 5 april 2019 niet in de beoordeling te betrekken”. De verwerende partij was ziende blind.

14. In de memorie van wederantwoord herhaalt verzoekster dat “[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 1, 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. 223.789 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 concretiseert tenzij met één opmerking over de “timing van de uitrol”.

Net dit voorbeeld is echter niet dienstig: aangezien de tussenkomende 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 staft 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 (*versta*: artikel 3) van het uitvoeringsbesluit wordt hieraan per criterium een we-

ging 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 subcriteria” 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 worden opgemerkt dat bijlage 2 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.

Voorts betoogt verzoekster dat de gevolgde werkwijze wel resulteert in een finale rangschikking. Dat is volgens haar echter geen vergelijking

tussen kandidaten, 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*.

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 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 regeling” beoogt, wat niet meer mogelijk is, “gezien de onder vuur genomen regeling 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 tussenkomenende 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 verwe-

ren 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 ‘generalistisch profiel of muziekaanbod’ – dat zijn de radio-omroeporganisaties, vermeld in artikel 143/1, eerste lid, 1°, 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°, b), van het mediadecreet, namelijk “minstens vier journaals per dag uit[zenden] die een verscheidenheid aan onderwerpen bevatten”.

34. Verzoekster bestrijdt niet dat aan deze bepaling uitvoering is gegeven bij artikel 3 van het uitvoeringsbesluit.

Dit artikel luidt:

“De aanvullende kwalificatiecriteria voor de netwerkradio-omroeporganisaties, vermeld in artikel 143/1, eerste lid, 1°, 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 algemene programma-aanbod en het profiel;
- 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, in het bijzonder van de programma’s met een aanbod van muziek, informatie en ontspanning;

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 tot 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° de concrete invulling van het programma-aanbod voor informatie door een eigen radionieuwsdienst, met bijzondere aandacht voor:

a) het aantal en de duur van de onderscheiden geplande journaals per dag;

b) de verscheidenheid aan onderwerpen in de journaals;

c) de voorgenomen verslaggeving van sociale en culturele evenementen;

d) het voorziene aantal erkende beroepsjournalisten en overige redactie-medewerkers;

e) de reeds opgedane ervaring op het vlak van de verzorging van mediabe-richtgeving.

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

1° 40% voor het criterium, vermeld in het eerste lid, 1°, met een weging van 20% op onderdeel a) en 20% 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° 15% voor het criterium, vermeld in het eerste lid, 6°, met een weging van 3% op elk van de onderdelen.”

35. Artikel 143/2 van het mediadecreet noch artikel 3 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 netwerkdoossiers 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 toetsten.”

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 beleidsruimte waarover de minister beschikt, zij het dat zijn vrijheid beperkt wordt door de toepasselijke beginselen van behoorlijk bestuur en door de wegingsfactoren die zijn vastgesteld in artikel 3, 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 programma-aanbod en het zendschema’, dat in het uitvoeringsbesluit aldus nader is opgedeeld:

- “a) het format van de radio-omroeporganisatie, namelijk:
 - de omschrijving van het algemene programma-aanbod en het profiel;
 - 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, in het bijzonder van de programma’s met een aanbod van muziek, informatie en ontspanning.”

Dit criterium krijgt in het uitvoeringsbesluit een weging van 40%, “met een weging van 20% op onderdeel a) en 20% op onderdeel b)”.

38.2. Bijlage 1 bij 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 1:

- “Ligt er voldoende focus op informatie buiten de nieuwsuitzendingen (is er aandacht voor nieuwsitems buiten de journaals?)?”
- Creëert de zender aantoonbaar een beleving (al dan niet rond een unique selling point)? Hoe draagt de zender zijn identiteit uit in programmering en activiteiten binnen het generalistische profiel?”

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 3 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 verwerende 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 zijn nageleefd – 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 aantoonst.

Verzoekster is in staat de pertinentie van de gekozen criteria aan de rechter voor te leggen evenals de concrete toepassing ervan op de inge-

diende 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 gestofteerd 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 wegingscoëfficiënten zijn gehanteerd die niet redelijkerwijze in verband staan met de reglementaire kwalificatiecriteria.

41. 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 toetsing 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.

42. Het middel is in beide onderdelen ongegrond.

D. Vierde middel

Uiteenzetting van het middel

43. Het vierde middel is geput uit de schending van het zorgvuldigheidsbeginsel en de materiële motiveringsplicht “doordat een erkenning aan SBS 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 SBS onjuistheden bevat en zelfs meermaals de medewerking van personen inroept die daar niet eens van op de hoogte waren. Bovendien blijkt dat wat SBS na 15 september 2017 heeft gerealiseerd sterk afwijkt van het aanvraagdossier. SBS is van profiel veranderd – van ‘generalistisch’ (gericht op de ganse Vlaamse bevolking) tot ‘ander’ (gericht op een jongeren- en stedelijk publiek) – wat na erkenning niet toegelaten is door het mediadecreet. SBS heeft alleszins substantiële wijzigingen aangebracht aan haar initieel aanvraagdossier en dit op elk van de aanvullende kwalificatiecriteria die haar de hoogste score hadden opgeleverd. Bovendien gaat het om wijzigingen ten opzichte van “een papieren project dat nooit gerealiseerd werd”.

Op datum van instellen van huidig beroep is de radio van SBS nog steeds niet meer dan een luchtkasteel: geen enkele zendvergunning werd blijkbaar (tijdig) verkregen en geen enkel programma wordt uitgezonden. In april 2018 liet SBS via de media weten dat zij haar frequentiepakket zou gebruiken voor een totaal ander radioproject onder de roepnaam ‘NRJ’ waarvoor echter geen erkenning is verleend. NRJ is een radio, gericht op een jonger publiek.

Ten opzichte van wat SBS uitzendt sinds september 2018 en wat zij op papier beschreef in haar aanvraag van juni 2017 gaat het niet om beperkte afwijkingen op de ingediende offerte, waarvoor een melding aan de Vlaamse Regulator voor de Media (“VRM”) volstaat, maar wel integendeel om een totaal ander project inzake profiel en radioformat, met een andere timing van uitrol, een andere technische onderbouw en een andere economische insteek.

Daarnaast is de beoordeling uit 2017 ook onzorgvuldig in de mate dat het aanvraagdossier van SBS een aantal elementen bevat dat al bij indiening onjuist was.

Verzoekster licht toe waarin enerzijds de onjuistheden en anderzijds de wijzigingen in de aanvraag van de tussenkomen partij zijn gelegen. Haar analyse komt samengevat hierop neer:

- Wat het programma-aanbod en zendschema betreft, blijkt dat wat in realiteit als NRJ wordt uitgezonden, fundamenteel afwijkt van de “merk-radio die plaats biedt aan een brede waaier van genres en artiesten” in het aanvraagdossier; dit kan niet worden opgevat als een toegelaten, louter te melden afwijking op een aanvullend kwalificatiecriterium;
- In het aanvraagdossier werden de namen van de gekozen dj’s niet vermeld om redenen van vertrouwelijkheid; er waren op datum van de aanvraag echter helemaal geen dj’s geselecteerd zodat ook geen namen gegeven konden worden; de aanvraag is op dit punt dus onjuist;
- Wat media-ervaring betreft ligt de operationele leiding thans bij andere personen dan wie in het dossier stond vermeld;

- Het financieel en businessplan kan ingevolge het tijdsverloop niet meer kloppen; SBS werkt thans, anders dan zij vooropstelt in haar aanvraag, met een externe reclameregie;
- Inzake de technische (zend)infrastructuur en uitrol ziet SBS af van een eigen zenderpark en stapt zij over op leasing; haar vooropgestelde timing is geenszins gehaald;
- Wat nieuwsaanbod en eigen nieuwsredactie betreft, blijkt uit een persvoorstelling dat in essentie gesteund zal worden op de berichtgeving van Belga terwijl SBS/NRJ slechts voor lokaal nieuws zelf zal instaan; de hoge ambities inzake nieuwsbulletins en eigen redactie in het aanvraagdossier zijn niet gerealiseerd.

De beoordeling van het aanvraagdossier van de tussenkomende partij gemaakt in 2017 is zinledig geworden, net zoals die van verzoekster.

Wat is geprojecteerd in de aanvraagdossiers is volstrekt irrelevant geworden door het tijds- en feitenverloop. Ook de beoordelingen zijn dan irrelevant.

Beoordeling

44. Verzoekster heeft in dit middel zowel kritiek op het initieel ingediende aanvraagdossier van de tussenkomende partij, dat volgens haar onjuistheden bevat, als op de wijze waarop de tussenkomende partij na haar erkenning heeft gehandeld, met een volgens verzoekster met het aanvraagdossier strijdig radioproject. Die gegevens hadden de verwerende partij volgens verzoekster ertoe moeten brengen het aanvraagdossier van de tussenkomende partij in een ander licht te zien.

45.1. 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.

45.2. 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.

De bewijslast draagt zij ook, indien zij meent dat het dossier onjuistheden bevat die determinerend zijn geweest voor de toekenning van de erkenning, ongeacht enig bedrog.

45.3. Verzoekster toont evenwel niet aan dat de weinige punctuele kritiek die zij heeft over het aanvraagdossier, méér is dan opmerkingen over de engagementen en intenties van de kandidaat. Hierin verschilt haar uiteenzetting wezenlijk van de zaak waaraan zij als voorbeeld refereert en die heeft geleid tot arrest nr. 240.783 van 22 februari 2018.

Zo valt niet te zien hoe verzoekster nadeel zou ondervinden van het feit dat de tussenkomende partij nalaat namen van dj's te vermelden – wat ook de reden daarvoor is.

Verzoekster toont ook niet aan dat het feit dat de operationele leiding niet meer in handen is van de initieel genoemde personen méér is dan een normaal verloop van medewerkers, maar dat het een mogelijk zelfs bewuste keuze was van de tussenkomende partij die de verwerende partij om de tuin heeft kunnen leiden en daarmee zelfs een determinerende voorsprong in de score heeft gekregen.

46. Verzoekster erkent dat de VRM 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.

Zo verzoekster meent dat ná de erkenning niet, niet tijdig of anderszins niet conform de mediawetgeving wordt uitgezonden, dan staat het haar vrij hierover een klacht in te dienen bij de VRM – wat zij, zoals hierna zal blijken, effectief ook gedaan heeft.

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. 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.

Welnu, verzoekster heeft bij de regulator effectief een klacht ingediend. De kritiek die zij daarin formuleert over het gewijzigde profiel van het radioproject van de tussenkomende partij is overigens grotendeels gelijklopend met wat zij schrijft in huidig middel.

De VRM heeft op 26 november 2018 bij beslissing nr. 2018/046 de klacht van verzoekster afgewezen. De regulator oordeelt daarbij uitdrukkelijk:

“Uit het onderzoek van de stukken en het gedetailleerde verweer van SBS/NRJ, blijkt dat de netwerkradio, ook na de aangemelde wijzigingen aan het aanvraagdossier, nog steeds aan de basisvoorwaarden en aan een generalistisch profiel voldoet.”

Verzoekster mag het met die conclusie oneens zijn, maar in die omstandigheden was er voor de verwerende partij allerminst reden om op 5 april 2019 het aanvraagdossier van de tussenkomende partij opnieuw te onderzoeken of het te actualiseren.

Dat verzoekster de nietigverklaring vordert van de voormelde beslissing van de VRM doet niet anders besluiten. De VRM heeft die beslissing genomen in de uitoefening van de hem bij decreet opgedragen bevoegdheden. Zolang die beslissing in het rechtsverkeer leeft, staat het niet aan de minister om ze in vraag te stellen.

49. In de memorie van wederantwoord en vooral in de laatste memorie poogt verzoekster nog aan te tonen dat de doorgevoerde wijzigingen invloed zouden hebben op de puntentelling. De tussenkomende partij zou met haar huidige radioproject lager scoren.

Dat is kritiek op het decreet. Het mediadecreet laat nu eenmaal toe dat een erkende netwerkradio-omroeporganisatie wijzigingen mag aanbren- gen waardoor wordt afgeweken van de aanvullende kwalificatiecriteria, zonder te eisen dat die afwijkingen een equivalent resultaat moeten opleveren als de inge- diende offerte. De wettigheid van die keuze van de decreetgever staat niet onder de controle van de Raad van State.

50. 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 tussenkommende partij betwisten.

E. Vijfde middel

Uiteenzetting van het middel

51. 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.

52. 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

53. 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”.

54. 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.

55. 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.

56. 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.

57. 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.

58. 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 5 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