

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

IXe KAMER

A R R E S T

**nr. 252.035 van 3 november 2021
in de zaak A. 228.286/IX-9563**

In zake: de NV C FM
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Karel Peeters
kantoor houdend te 9000 Gent
Kortrijksesteenweg 731
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

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

Tussenkommende partij :

de NV TOPRADIO
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Christiaan Lesaffer
kantoor houdend te 2000 Antwerpen
Meir 22-24 bus 2
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van het beroep

1. Het beroep, ingesteld op 4 juni 2019, strekt tot de nietigverklaring van het ministerieel besluit van 5 april 2019 ‘houdende de intrekking van de erkenning van NV CFM, voor frequentiepakket netwerkradio-omroeporganisatie 3 – ander profiel 1 en houdende de erkenning van NV

Topradio voor frequentiepakket netwerkradio-omroeporganisatie 3 – ander profiel 1’.

II. Verloop van de rechtspleging

2. Bij arrest nr. 245.845 van 22 oktober 2019 heeft de Raad van State de vordering tot schorsing van de tenuitvoerlegging van de bestreden beslissing verworpen.

De verzoekende partij heeft een verzoekschrift tot voortzetting van de rechtspleging ingediend.

De verwerende partij heeft een memorie van antwoord ingediend en de verzoekende partij heeft een memorie van wederantwoord ingediend.

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 27 september 2021.

Staatsraad Patricia De Somere heeft verslag uitgebracht.

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

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

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

III. Feiten

3.1. Op 21 april 2017 neemt de Vlaamse regering het besluit ‘houdende bepaling van het aantal particuliere landelijke, regionale, netwerk- en lokale radio-omroeporganisaties dat kan worden erkend en houdende de opstelling van het frequentieplan en de vaststelling van de frequentiepakketten die ter beschikking worden gesteld van de particuliere landelijke, regionale, netwerk- en lokale radio-omroeporganisaties’ (“frequentiebesluit 2017”).

3.2. Op 15 september 2017 verleent de Vlaamse minister, bevoegd voor de media, aan verzoekster een erkenning als netwerkradio-omroeporganisatie voor frequentiepakket netwerkradio-omroeporganisatie 3 – Ander profiel 1.

Bij arrest nr. 240.783 van 22 februari 2018 schorst de Raad van State de tenuitvoerlegging van dit ministerieel besluit.

3.3. Op 9 maart 2018 beslist de Vlaamse minister, bevoegd voor de media, voormeld erkenningsbesluit in te trekken en de tussenkomende partij te erkennen als netwerkradio-omroeporganisatie voor frequentiepakket netwerkradio-omroeporganisatie 3 – Ander profiel 1.

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

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

3.5. Bij ministerieel besluit van 5 april 2019 wordt het voornoemde ministerieel besluit van 9 maart 2018 opgeheven omdat, aldus is te lezen in de considerans van het opheffingsbesluit, gelet op de vernietiging van het frequentiebesluit 2017 “het ministerieel besluit [...] niet langer over de wettelijk vereiste rechtsgrond beschikt voor wat de toegekende frequenties betreft” en “het dus aangewezen is het besluit dat niet meer over de vereiste rechtsgrond beschikt uit de rechtsorde te verwijderen”. Bij arrest nr. 244.907 van 20 juni 2019 wordt artikel 2 van voornoemd ministerieel besluit van 9 maart 2018 alsnog vernietigd.

3.6. Bij een ander ministerieel besluit van 5 april 2019 wordt het *sub* 3.2 vermelde ministerieel besluit van 15 september 2017 ingetrokken en wordt de tussenkomen partij opnieuw erkend als netwerkradio-omroeporganisatie voor frequentiepakket netwerkradio-omroeporganisatie 3 – Ander profiel 1.

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

“Overwegende dat [...] uit de stukken die zijn overgemaakt door de nv CFM blijkt dat er slechts sprake is van een contactname met Flair nadat de inmiddels geschorste erkenning aan de nv CFM was overgemaakt. Overwegende dat uit de mails die zijn overgemaakt door de nv CFM trouwens blijkt dat er voor Flair een overgangperiode gevraagd wordt van zes maanden vooraleer men zal beslissen wat men zal doen;

Overwegende dat dit gegeven van meer fundamentele aard is dan puur een feitelijk gegeven dat tot een bijsturing van de puntentoekenning zou moeten leiden;

Overwegende dat de samenwerking met Flair, zoals in de baseline uitgedrukt, samenhangend met het concept, net essentieel en fundamenteel was voor het dossier van de nv CFM, zoals door nv CFM zelf gepresenteerd;

Overwegende dat vastgesteld moet worden dat de baseline 'RADIOMETFLAIR' een fundamenteel element uitmaakt van het ingediende dossier, gezien het op elke coverpagina van elk onderdeel van het ingediende dossier voorkomt; dat in lijn met wat de Raad van State stelde en wat er in het dossier staat dat er 'alvast een structurele overeenkomst' was, er toch mag of moet worden van uitgegaan dat er wel degelijk een vorm van solide of afgesproken samenwerking met Flair was; dat echter bewezen is dat er geen samenwerkingsovereenkomst bestaat; dat bijgevolg de basispremissie waarop het erkenningsdossier gesteund was ondergraven wordt; dat hierdoor het dossier in zijn geheel niet langer toelaat de erkenning redelijkerwijze nog te beoordelen conform het beginsel 'fraus omnia corrumpit'; dat het dossier van CFM dan ook geweerd moet worden uit de verdere beoordeling tot erkenning;

Overwegende dat krachtens het beginsel 'fraus omnia corrumpit', waar de nv CFM met betrekking tot een essentieel gegeven van de aanvraag een op onwaarheid berustende aanvraag heeft ingediend, er geen rekening meer kan gehouden worden met de aanvraag van de nv CFM;

Overwegende dat het dossier van nv Topradio bijgevolg als eerste geklasseerd wordt; dat dit dossier conform de beoordeling ook ontvankelijk werd verklaard;

[...]

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 9 maart 2018 houdende de erkenning als netwerkradio-omroeporganisatie van nv Topradio 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, maar in dit specifieke geval met dien verstande dat, op basis van het hierboven gestelde, Topradio – op basis van een ontvankelijk dossier – als eerste wordt geklasseerd.”

3.7. Bij arrest nr. 244.907 van 20 juni 2019 vernietigt de Raad van State, op vordering van verzoekster, artikel 2 van het voornoemde ministerieel besluit van 9 maart 2018 – dat is de erkenning van de tussenkomenende partij – en verwerpt hij het beroep voor het overige – versta, artikel 1 dat tot de intrekking van het voornoemde ministerieel besluit van 15 september 2017 overgaat.

Bij arrest nr. 244.928 van 24 juni 2019 verwerpt de Raad van State het beroep gericht tegen het ministerieel besluit van 15 september 2017 tot erkenning van verzoekster, aangezien de intrekking ervan definitief is geworden.

IV. Ontvankelijkheid

4. Het erkenningsbesluit van 15 september 2017 is ingetrokken bij artikel 1 van het voornoemde ministerieel besluit van 9 maart 2018.

Ingevolge de verwerping van het tegen die intrekkingbeslissing door verzoekster ingestelde beroep bij arrest nr. 244.907 van 20 juni 2019, is die intrekking definitief geworden.

De intrekking is een bepaling met een eenmalige uitwerking. Van zodra die intrekking in werking is getreden heeft zij met andere woorden

haar uitwerking gehad. Dat het ministerieel besluit van 9 maart 2018 naderhand is opgeheven bij ministerieel besluit van 5 april 2019, doet die intrekking dus niet herleven. Dat het thans bestreden ministerieel besluit van 5 april 2019 opnieuw tot intrekking beslist, is een loze handeling aangezien – de hypothese van een in deze zaak niet bestaande intrekking van de intrekking daargelaten – wat ingetrokken is, ingetrokken blijft en niet meer opnieuw ingetrokken hoeft te worden.

5. Met de verwerende en de tussenkomende partij wordt vastgesteld dat het beroep gericht tegen het ministerieel besluit van 5 april 2019, voor zover het de intrekking inhoudt van het erkenningsbesluit van 15 september 2017 (artikel 1), zonder voorwerp is.

6. Hierna wordt bijgevolg enkel het beroep onderzocht voor zover het is gericht tegen het ministerieel besluit van 5 april 2019 houdende de erkenning van de tussenkomende partij (artikel 2).

V. Onderzoek van de middelen

Voorafgaand

7. In het inleidend verzoekschrift worden eerst de middelen A, B en C aangevoerd, daarna, in ondergeschikte orde, onder littera D, een eerste tot achtste middel. Ondanks deze ongebruikelijke indeling hebben de verwerende partij en de tussenkomende partij een verweer kunnen voeren, zodat deze indeling wordt aanvaard.

A. Eerste middel onder littera D

8. Het eerste middel onder littera D is tegen de bestreden beslissing gericht enkel voor zover ze de intrekking inhoudt van het erkenningsbesluit van 15 september 2017. Om de reden vermeld *sub* 4 is het niet ontvankelijk.

B. De middelen A en B, samengenomen

Uiteenzetting van de middelen

9. Verzoekster stelt dat het bestreden besluit nog steeds gebruikmaakt van het inmiddels vernietigde frequentiebesluit 2017 en bijgevolg de wettelijk vereiste rechtsgrond mist. Het bestreden besluit stelt immers “dat het besluit van 29 maart 2019 onder meer de frequentiegegevens uit het besluit van 21 april 2017 herneemt [...]”. De verwerende partij gaat er volgens verzoekster ten onrechte van uit dat het frequentiebesluit 2019 en de gevolgen en beslissingen die dit met zich meebrengt, geen voorwerp kunnen uitmaken van enige betwisting, “quod non, getuige [...] hetgeen hieronder verder volgt”.

Voorts betoogt verzoekster dat het bestreden besluit een retroactieve werking kent waarbij de ingediende en reeds beoordeelde dossiers van de kandidaat radio-omroeporganisaties overeind blijven. Het frequentiebesluit 2019 waar het bestreden besluit op steunt, houdt onder meer in dat het met retroactieve werking “van kracht gaat”, wat voor rechtsonzekerheid zorgt.

10. In de memorie van wederantwoord benadrukt verzoekster dat deze middelen slaan op de toekenning van de erkenning aan de tussenkomen partij (artikel 2 van het bestreden besluit). Om deze erkenning toe te wijzen, herneemt de verwerende partij de dossiers in de staat waarin ze zich bevonden onder het frequentiebesluit 2017, zonder nieuwe oproep of nieuw onderzoek van de dossiers, behalve dan blijkbaar wat de erkenning van verzoekster betreft. Bij de toekenning van de frequenties werd geen enkele consultatie of overweging meer in acht genomen, zodat op grond van de werkzaamheden in het kader van het frequentiebesluit 2017 de erkenningen werden toegekend, behalve aan verzoekster.

Verzoekster betoogt dat het niet is omdat in de wettekst is opgenomen dat de wet “in werking (treedt) op de dag van de bekendmaking in het Belgisch Staatsblad”, dat de verwerende partij ze *de facto* ook geen terugwerkende kracht geeft. Door alle voorbereidende handelingen gesteund op het eerste frequentiebesluit zonder meer over te hevelen naar het tweede, geeft de verwerende partij aan dit tweede besluit *de facto* een retroactieve werking. Dit is niets anders dan machtsafwendings.

11. In de laatste memorie weerspreekt verzoekster het standpunt in het auditorsverslag dat zij haar kritiek – dat de verwerende partij de tussenkomende partij heeft erkend zonder een nieuwe oproep of een nieuw onderzoek van de dossiers – pas in haar memorie van wederantwoord en dus laatsttijdig heeft geformuleerd. Zij stelt dat zij in het inleidend verzoekschrift in middel A uitdrukkelijk verwees naar de gevolgen en beslissingen die het vernietigde frequentiebesluit met zich meebracht; dit dient volgens haar te worden gelezen samen met middel B waarin zij stelt dat de bestreden beslissing een retroactieve werking kent, waarbij de ingediende en reeds beoordeelde dossiers overeind blijven. Ten gronde stelt verzoekster dat de verwerende partij, bij de beslissing of er al dan niet een nieuwe beoordeling moet komen, de algemene beginselen van behoorlijk bestuur in acht diende te nemen. Indien voor alle andere dossiers geldt dat de beoordeling onder toepassing van het frequentiebesluit 2017 zonder meer wordt aangenomen, dan dient dit evenzeer te gelden voor het dossier van verzoekster. Zoniet maakt de verwerende partij één uitzondering zonder verzoekster hierover vooraf te hebben gehoord of haar de kans te hebben gegeven de beweringen van de tussenkomende partij te weerleggen.

Beoordeling

12. De nietigverklaring van het frequentiebesluit 2017 en het vervangen ervan door het frequentiebesluit 2019 verplichten het bestuur ertoe om met laatstgenoemd besluit rekening te houden als rechtsgrond wanneer het een

nieuwe erkenning verleent voor frequentiepakket netwerkradio-omroeporganisatie 3 – Ander profiel 1, nadat zijn vroeger erkenningsbesluit vernietigd is door de Raad van State.

Anders dan verzoekster beweert, vindt het bestreden besluit geen rechtsgrond in het vernietigde frequentiebesluit 2017, doch vindt het enkel steun in het frequentiebesluit 2019. De verwijzing naar de frequentiegegevens uit het frequentiebesluit 2017 doet niet anders besluiten. Voor frequentiepakket netwerkradio-omroeporganisatie 3 – Ander profiel 1 wordt alvast niet beweerd dat de technische gegevens werden gewijzigd.

13. Middel A, zoals uiteengezet in het inleidend verzoekschrift, faalt in feite.

14. Een andere vraag is of de verwerende partij de tussenkommende partij opnieuw kon erkennen, zonder een nieuwe oproep en een nieuw onderzoek van de reeds ingediende dossiers.

Daargelaten of die vraag reeds vervat zit in het inleidend verzoekschrift, zoals verzoekster beweert, en bijgevolg al dan niet tijdig is aangevoerd, wordt vastgesteld dat de nieuwe rechtsgrond niet betekent dat alle voorbereidende handelingen *ipso facto* onwettig zijn en moeten worden overgedaan.

14.1. Wat het gebrek aan een nieuwe oproep betreft, blijkt dat verzoekster geen “nieuwe” kandidaat is voor het in geding zijnde frequentiepakket, daar zij eerst was erkend bij ministerieel besluit van 15 september 2017. Zij licht bijgevolg niet toe welk belang zij zou kunnen hebben bij een nieuwe oproep, die slechts voor méér concurrentie had kunnen zorgen.

14.2. Voorts stelt de verwerende partij terecht dat uit het vernietigingsmotief dat bij arrest nr. 242.804 heeft geleid tot de nietigverklaring

van het frequentiebesluit 2017, niet volgt dat de voorbereidende handelingen die in de individuele erkenningsronde zijn gesteld, onregelmatig zijn. In voormeld arrest werd een inbreuk op richtlijn 2002/20/EG van het Europees Parlement en de Raad van 7 maart 2002 ‘betreffende de machtiging voor elektronische-communicatienetwerken en -diensten’ vastgesteld bij de wijze waarop de consultatie over de beperking van de gebruiksrechten in het frequentiebesluit 2017 was verlopen. Die onregelmatigheid staat niet in enig rechtstreeks verband met de wettigheid van de voorbereiding van de individuele erkenningen, zoals bijvoorbeeld het indienen van de aanvraagdossiers.

In de hiervóór *sub* 3.6 aangehaalde considerans van het thans bestreden besluit kon verzoekster een verantwoording lezen, waarom de verwerende partij meent te mogen voortgaan op de reeds ingediende dossiers en “dat bijgevolg opnieuw geoordeeld kan worden krachtens de vergelijking van de kandidaatsdossiers die is doorgevoerd onder de vigeur van het vernietigde frequentiebesluit”.

Die motieven worden door verzoekster in het middel niet bestreden.

Verzoekster toont bijgevolg niet aan waarom de verwerende partij niet mocht voortgaan op de reeds ingediende dossiers. De omstandigheid dat, na de schorsing van de tenuitvoerlegging van het erkenningsbesluit van verzoekster van 15 september 2017 door de Raad van State bij arrest nr. 240.783, bij de intrekking van voornoemd erkenningsbesluit bij ministerieel besluit van 9 maart 2018, wél rekening is gehouden met nadien door de tussenkomende partij aangeleverde stukken, doet niet anders besluiten. Ook verzoekster heeft de kans gekregen nieuwe stukken in te dienen, die zij uitgebreid heeft benut, en heeft in de huidige procedure de kans om de inhoudelijke beweringen van de tussenkomende partij te weerleggen.

15. Het bestreden besluit is genomen op 5 april 2019 en heeft vanaf deze datum uitwerking. Dit houdt bijgevolg in dat er geen terugwerkende kracht is verleend aan het bestreden besluit. De vaststelling dat de verwerende partij het bestreden besluit heeft gesteund op reeds beoordeelde dossiers, houdt niet in dat het bestreden besluit een retroactieve werking kent.

Artikel 8 van het frequentiebesluit 2019 bepaalt dat “[d]it besluit [...] in werking [treedt] op de dag van de bekendmaking ervan in het Belgisch Staatsblad”, dit is 4 april 2019. In zoverre het middel ook aanvoert dat met het bestreden besluit aan het frequentiebesluit 2019 terugwerkende kracht wordt verleend, faalt het middel naar recht.

16. De middelen A en B zijn, voor zover ontvankelijk, ongegrond.

C. Middel C

Uiteenzetting van het middel

17. Verzoekster voert aan dat het bestreden besluit – gezien de vernietiging van de eerder bestreden ministeriële beslissing van 9 maart 2018 – niet werd genomen binnen de termijn vermeld in artikel 13, tweede lid, 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’.

18. In de memorie van wederantwoord weerspreekt verzoekster dat zij geen belang heeft bij het middel. Zij stelt dat zij niet de minste mogelijkheid heeft gehad om zich te verzetten tegen de impliciete beslissing van de verwerende partij dat haar dossier omwille van fraude onontvankelijk zou zijn.

Beoordeling

19. Het in het middel aangevoerde artikel 13, tweede lid, van het voornoemde besluit van de Vlaamse regering van 21 april 2017 legt een termijn op van 120 dagen na kennisgeving aan de kandidaten van de lijst van de ontvankelijke kandidaturen om een erkenningsbesluit te nemen. Als de bevoegde minister binnen de voormelde periode geen beslissing neemt, wordt de erkenning voor dat frequentiepakket niet toegekend.

20. Gelet op de nietigverklaring van het frequentieplan 2017 – en bijgevolg het verdwijnen van de rechtsgrond van het ministerieel besluit van 9 maart 2018 houdende de intrekking van de erkenning van verzoekster en houdende de erkenning van de tussenkomende partij – stond het voor de verwerende partij vast dat haar erkenningsbesluit van 9 maart 2018 aangetast was door een onregelmatigheid.

21. Hangende het annulatieberoep ingesteld tegen dit erkenningsbesluit van 9 maart 2018, mocht de verwerende partij dit besluit rechtmatig opheffen op 5 april 2019.

22. Door op 9 maart 2018 een beslissing te nemen over het in geding zijnde frequentiepakket, heeft de bevoegde 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.

23. De opgeheven erkenning is evenwel een rechtsverlenende rechtshandeling waarover de verwerende partij overeenkomstig het uitvoeringsbesluit verplicht was te beslissen, eenmaal zij de oproep tot

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.

24. 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 te lopen, aangezien zij dat hoe dan ook mocht én moest doen na de nietigverklaring.

25. Middel C is niet ontvankelijk.

D. Tweede middel onder littera D

Uiteenzetting van het middel

26. Verzoekster voert de schending aan van het redelijkheids- en zorgvuldigheidsbeginsel, de artikelen 2 en 3 van de wet van 29 juli 1991 ‘betreffende de uitdrukkelijke motivering van de bestuurshandelingen’ (‘motiveringswet’), minstens van de materiële motiveringsplicht.

Zij licht toe dat de schorsing van haar erkenningsbeslissing van 15 september 2017 door de Raad van State slechts een voorlopig effect heeft. De minister had bijgevolg de procedure omtrent de kandidatuurstelling voor het

frequentiepakket netwerkradio-omroeporganisatie 3 – Ander profiel 1, opnieuw open dienen te stellen. Er was geen enkele wettelijke basis op grond waarvan de minister de erkenning van verzoekster zonder enige motivatie kon intrekken en aan een derde kon toekennen. Bovendien was er geen sprake van het algemeen rechtsbeginsel *fraus omnia corrumpit*. Zoals de Raad van State heeft geoordeeld in voornoemd arrest nr. 240.783 “[...] lijkt de verwerende partij tekort te schieten aan de op haar rustende plicht om de aanvraagdossiers met de vereiste zorgvuldigheid te beoordelen en lijken het zorgvuldigheidsbeginsel en de materiële motiveringsplicht te zijn geschonden”. Verzoekster haalt een aantal elementen aan waaruit blijkt dat ook dit dossier niet met de passende zorgvuldigheid werd beoordeeld. Zo zijn diverse gegevens uit het aanvraagdossier van de tussenkomen partij niet waarheidsgetrouw. Gelet op de procedure voor de Raad van State ingesteld tegen het ministerieel besluit van 9 maart 2018 was dit een vaststaand gegeven waarmee de verwerende partij op het ogenblik van het nemen van de bestreden beslissing rekening had moeten houden.

Verzoekster verwijst op niet-limitatieve wijze naar de volgende gegevens:

- In het aanvraagdossier staat onder ‘gedetailleerd zendschema’ het ochtendprogramma gepresenteerd door “Jeroen & Koen”, terwijl uit een persmededeling niet blijkt dat dit “succesduo” wordt ingezet. Het voorgestelde zendschema kreeg mede door de verkeerde voorstelling van deze feiten een score van 18,5/20. De gevestigde namen Jeroen en Koen hebben ongetwijfeld ook een rol gespeeld bij de beoordeling van ‘3.2.B. Ervaring en mix van team van medewerkers’, waar de tussenkomen partij 2,75/3 scoorde.
- In het aanvraagdossier staat onder ‘Aandacht voor de programmamix’, dat de tussenkomen partij koos voor het “PrepR software pakket dat de inhoud en de flow van de informatie op een gecontroleerde en geordende manier organiseert”. Zij doet uitschijnen dat zij reeds een contract heeft om effectief met PrepR software te werken, terwijl niets minder waar is, wat blijkt uit een e-mail van de verdeler van het softwarepakket, terwijl dit element wel heeft geleid tot een meerwaarde bij de beoordeling.

- Anders dan wat in het aanvraagdossier staat, is er nooit een samenwerking geweest tussen de tussenkomende partij en Belga.
- Er is evenmin samenwerking tussen de tussenkomende partij en TVV Sound, wat uitdrukkelijk blijkt uit een verklaring van TVV Sound van 6 mei 2018.

Uit het voorgaande blijkt dat de beoordeling van de aanvraag van de tussenkomende partij niet zorgvuldig is gebeurd. Er staan verscheidene onwaarheden in het aanvraagdossier, die controleerbaar waren. De tussenkomende partij mag blijkbaar nadien wijzigingen in de voorgestelde plannen aanbrengen, zonder dat dit enig gevolg heeft op de erkenning.

27. In haar memorie van wederantwoord gaat verzoekster, wat haar aanvraagdossier betreft, nader in op de zogenaamde “fraude” en de verklaring uitgaande van Sanoma waaruit zou blijken dat er geen sprake is van een samenwerking met het bedoelde tijdschrift. Voorts vermeldt zij ook andere samenwerkingen die op stapel stonden, wat illustreert hoe een campagne er kan uitzien.

28. In haar laatste memorie benadrukt verzoekster dat de verwerende partij, wanneer zij zelf stelt de frequenties opnieuw te kunnen toekennen onder het nieuwe frequentiebesluit zonder een nieuwe oproep of een nieuw onderzoek, de frequentie opnieuw aan verzoekster had moeten toekennen. De elementen in een aanvraagdossier kunnen en moeten, zelfs na de toekenning van de erkenning, nader worden ontwikkeld, waarbij enige wijziging zelfs mogelijk is voor zover die niet de basisvoorwaarden raakt en geen afbreuk doet aan de inhoudelijke krachtlijnen van het ingediende aanvraagdossier en de motieven op grond waarvan de erkenning werd verleend. Deze mogelijkheid staat uitdrukkelijk ingeschreven in artikel 142, § 2, eerste lid, van het decreet van 27 maart 2009 ‘betreffende radio-omroep en televisie’ (“mediadecreet”), waarbij het aan de Vlaamse Regulator voor de Media toekomt om deze toepassing te controleren. Het is evident dat partners pas hun handtekening onder een contract zullen zetten wanneer de erkenning is verleend. De “princiële toezegging” van

Flair om met verzoekster in zee te gaan werd misschien ongelukkig geformuleerd als een “structurele samenwerking” maar kan overeenkomstig de gangbare praktijk in het medialandschap en voornoemd artikel 142, § 2, perfect aangevuld worden voor zover die aanvullingen het opzet en de voorwaarden van de erkenning niet dermate wijzigen dat de radio-omroep een geheel andere invulling krijgt.

Verzoekster betoogt voorts dat de verwerende partij, door enkel aan het dossier van verzoekster een nieuwe beoordeling te geven, haar bevoegdheid heeft overschreden. Verzoekster heeft op geen enkel moment de kans gekregen de beweringen van de tussenkomende partij te weerleggen. De verwerende partij steunt enkel en alleen op deze beweringen en het gezag van schorsingsarrest nr. 240.783 waarin verzoekster geen partij was.

Beoordeling

29. Ten tijde van het erkenningsbesluit van 15 september 2017, lag, blijkens het voornoemde schorsingsarrest nr. 240.783, geen partnerschap van verzoekster met het betrokken tijdschrift voor, waarbij niet louter “nog geen definitief geformaliseerde overeenkomst” voorlag, maar zelfs “volstrekt ‘geen contact noch enige samenwerking [...] rond dit dossier tussen Hit FM en Flair/Sanoma Media Belgium’”.

Zoals reeds was overwogen in het ministerieel besluit van 9 maart 2018 – genomen op grond van het nadien vernietigde frequentiebesluit 2017 – wordt het dossier van de tussenkomende partij in het thans bestreden besluit als eerste geklasseerd, op grond van de overweging “dat [...] uit de stukken die zijn overgemaakt door de nv CFM blijkt dat er slechts sprake is van een contactname met Flair nadat de inmiddels geschorste erkenning aan de nv CFM was overgemaakt [...] dat uit de mails die zijn overgemaakt door de nv CFM trouwens blijkt dat er voor Flair een overgangperiode gevraagd wordt van zes maanden vooraleer men zal beslissen wat men zal doen” en “dat dit gegeven van meer fundamentele aard is dan puur een feitelijk gegeven dat tot een bijsturing van de puntentoekenning zou moeten leiden; [...] dat de samenwerking met Flair, zoals in de baseline uitgedrukt, samenhangend met het concept, net essentieel en fundamenteel was voor het dossier van de nv CFM, zoals door nv CFM zelf gepresenteerd”.

Verzoekster toont het tegendeel niet aan. De omstandigheid dat er geen samenwerkingsovereenkomst met het bedoelde tijdschrift bestond op het ogenblik dat verzoekster haar aanvraagdossier heeft ingediend, is een fundamenteel gegeven dat niet, zoals verzoekster wil doen aannemen, overeenkomstig artikel 142, § 2, van het mediadecreet nadien kan worden aangevuld. Zoals werd geoordeeld in voornoemd schorsingsarrest is het argument van de verwerende partij – thans door verzoekster gehanteerd – dat “een onderscheid gemaakt [moet] worden tussen de motieven om een erkenning toe te

kennen en de handhaving daarvan”, niet dienend, omdat “[n]iet een intentie van samenwerking, maar het bestaan zelf van een overeenkomst met het magazine [...] wel degelijk een medebepalend motief voor de toegekende score voor dit subcriterium [is] geweest” en dit zich niet “[laat] vergelijken met engagementen van een aanvraagdossier – bijvoorbeeld inzake de omvang van het Vlaamse of Nederlandstalige muziekaanbod – die pas bij de uitvoering van de erkenning kunnen plaatsvinden”.

Gelet op het belang van de samenwerking met het bedoelde tijdschrift voor de beoordeling van verzoeksters aanvraag kon de verwerende partij, zonder de perken van de redelijkheid en de zorgvuldigheid te buiten te gaan, oordelen dat deze aanvraag ongeloofwaardig is en dat er bijgevolg geen rekening mee kon worden gehouden. Daarbij dient de Raad van State niet te onderzoeken of er in hoofde van verzoekster van een bedrieglijk opzet sprake is.

Voor zover verzoekster betoogt dat zij de kans niet heeft gehad de beweringen van de tussenkomen de partij te weerleggen en de verwerende partij, door enkel aan het dossier van verzoekster een nieuwe beoordeling te geven, haar bevoegdheid heeft overschreden, wordt verwezen naar de beoordeling van de middelen A en B, in het bijzonder *sub* 14, hiervóór. Overigens toont verzoekster, ook in de voorliggende procedure, nog steeds niet aan dat er sprake was van een structurele samenwerking met het bedoelde tijdschrift. Het e-mailbericht vanwege Sanoma van 16 januari 2018 getuigt eerder van het tegendeel.

30. Daarnaast voert verzoekster aan dat verscheidene gegevens in het aanvraagdossier van de tussenkomen de partij niet waarheidsgetrouw zouden zijn.

In het auditorsverslag kon verzoekster lezen dat zij in gebreke blijft aan te tonen dat deze gegevens fundamentele elementen uitmaken van het ingediende dossier en dat, zelfs in de veronderstelling dat haar kritiek

gegrond zou zijn, verzoekster niet inzichtelijk maakt hoe deze kritiek tot de wering van het aanvraagdossier van de tussenkomen­de partij zou moeten leiden. Het gegrond bevinden van het middel zou enkel tot een vermindering van de score van de tussenkomen­de partij leiden, doch zelfs in dat geval zou verzoekster niet erkend kunnen worden, wat twijfels doet rijzen bij verzoeksters belang bij het middel. Daarnaast kon verzoekster in het audito­raatsverslag lezen om welke redenen de tussenkomen­de partij aantoont dat haar aanvraag niet als ongeloofwaardig kan worden weggezet.

Verzoekster weerspreekt deze vaststellingen niet in haar laatste memorie. Ook de Raad van State ziet daartoe na eigen onderzoek geen reden.

31. Het middel is, voor zover ontvankelijk, niet gegrond.

E. Derde tot zevende middel onder littera D, samengenomen

Uiteenzetting van de middelen

32. Verzoekster herneemt in het derde tot zevende middel letterlijk vijf middelen die de tussenkomen­de partij heeft aangevoerd in de zaak A. 223.737 gericht tegen het ministerieel besluit van 15 september 2017 houdende de erkenning van verzoekster. Volgens haar hebben deze middelen betrekking op de rechtsgrond.

Beoordeling

33. In het audito­raatsverslag wordt tot de onontvankelijkheid van deze middelen besloten, als volgt:

“In dit verband kan worden opgemerkt dat deze middelen betrekking hebben op [het] Frequentieplan 2017, dat zoals hiervoor werd gesteld, door de Raad van State werd vernietigd. Ondertussen is er een nieuw Frequentieplan 2019 opgesteld na verschillende openbare consultaties en na verschillende adviezen van de afdeling Wetgeving van de Raad van State. Het bestreden besluit is

genomen op grond van dit nieuw frequentieplan en niet op basis van het Frequentieplan 2017. De wettigheidskritiek in deze middelen is dan ook achterhaald en kan dan ook niet ontvankelijk worden ingeroepen.

Het komt evenmin aan de Raad van State toe om te achterhalen welke van die wettigheidskritieken eveneens kunnen betrokken worden op het Frequentieplan 2019 of het bestreden besluit.”

34. Verzoekster betwist deze conclusie niet. Na kennisneming van het verslag van het auditoraat, onderneemt zij geen enkele poging om in de laatste memorie toe te lichten welke van de wettigheidskritieken kunnen worden betrokken op het frequentiebesluit 2019 of het bestreden besluit.

De Raad van State bevindt aldus, de redenering van het auditoraatsverslag bijvallend, het derde tot zevende middel niet ontvankelijk.

F. Achtste middel onder littera D

Uiteenzetting van het middel

35. Verzoekster voert de schending aan van het redelijkheids- en zorgvuldigheidsbeginsel, de artikelen 2 en 3 van de motiveringswet, minstens de materiële motiveringsplicht, alsook “de Europese richtlijn van 7 maart 2002, evenals het decreet van 23 december 2016 houdende wijziging van diverse bepalingen van het decreet van 27 maart 2009 betreffende radio-omroep en televisie, alsook het mediadecreet, alsook het (intussen vernietigde) [frequentiebesluit 2017], alsook het [...] Besluit van de Vlaamse Regering van 21 april 2017 houdende diverse uitvoeringsbepalingen over radio-omroep en houdende wijzigingen van diverse besluiten over radio-omroep”.

Zij licht toe dat de verwerende partij heeft geoordeeld dat de erkenning aan de tussenkomende partij moet toekomen omdat zij “bijgevolg als eerste geklasseerd wordt” bij het intrekken van de erkenning van verzoekster. Uit het tweede middel blijkt dat er in het aanvraagdossier van de tussenkomende partij tal van onwaarheden staan en dat de verwerende partij, tot tweemaal toe, geen zorgvuldig onderzoek heeft gedaan. Indien de verwerende partij het dossier

van de tussenkomende partij zorgvuldig had onderzocht, dan zou zij gemerkt hebben dat in dit dossier sprake is van elementen die niet overeenstemmen met de werkelijkheid en zou zij bijgevolg de erkenning niet hebben mogen toekennen aan de tussenkomende partij volgens het *fraus omnia corrumpit*-beginsel. Door de erkenning als evidentie toe te kennen aan de volgende kandidaat met de meeste stemmen schendt de verwerende partij ook de in het middel opgesomde beginselen. Bovendien schendt de verwerende partij de voornoemde Europese richtlijn van 7 maart 2002. Het eenzijdig aanwijzen van één omroep is in strijd met deze richtlijn. Evenmin is er in het mediadecreet en de ingeroepen besluiten een bepaling opgenomen waardoor bij de intrekking van de erkenning van een kandidaat de erkenning automatisch naar de kandidaat gaat die vervolgens de meeste punten behaalde. De verwerende partij had de erkenningsronde bijgevolg moeten overdoen en een nieuwe oproep doen.

36. In haar memorie van wederantwoord benadrukt verzoekster dat de verwerende partij nergens blijkt geeft van een nazicht van de door haar aangehaalde onregelmatigheden en onwaarheden in het aanvraagdossier. De verwerende partij neemt thans aan “dat het dossier van nv Topradio bijgevolg als eerste geklasseerd wordt” terwijl zij in haar nota met opmerkingen inzake de vordering tot schorsing van de tenuitvoerlegging van het ministerieel besluit van 9 maart 2018 had gesteld dat er op geen enkel ogenblik is geponeerd “dat de nv Topradio zo maar als eerste moet geklasseerd worden”.

Beoordeling

37. Anders dan de tussenkomende partij betoogt, heeft verzoekster een wettig en geoorloofd belang bij het middel. Indien zou blijken dat de aanvraag van de tussenkomende partij door onwaarheden is aangetast, zou de verwerende partij een nieuwe erkenningsprocedure kunnen organiseren waarbij de gegadigden een nieuw aanvraagdossier indienen en verzoekster een nieuwe kans heeft om te worden erkend. Dit opzet kan als wettig en geoorloofd worden aangezien, zelfs indien de eerdere aanvraag door bedrog zou zijn aangetast, wat

trouwens door verzoekster wordt betwist.

38. Wel kan de tussenkomen de partij worden gevolgd waar zij stelt dat verzoekster de schending inroept van verscheidene rechtsregels zonder aan te geven welke bepaling van de richtlijn, het decreet of het besluit is geschonden.

In het auditoraatsverslag kon verzoekster de daaraan gekoppelde conclusie lezen dat het middel in die mate onontvankelijk is. Deze conclusie weerlegt verzoekster niet in haar laatste memorie.

39. Voor zover verzoekster in dit middel aanvoert dat er geen bepaling is die stelt dat bij de intrekking van de erkenning van een kandidaat de erkenning automatisch gaat naar de kandidaat die vervolgens de meeste punten behaalt, toont verzoekster hiermee nog niet de onwettigheid van de erkenning van de tussenkomen de partij aan. Het gebrek aan automatisme verhindert de verwerende partij niet, nadat zij heeft beslist om verzoeksters aanvraagdossier te weren uit de verdere beoordeling tot erkenning, ervoor te kiezen om de erkenning te verlenen aan de kandidaat die vervolgens het beste geklasseerd staat. Minstens duidt verzoekster geen bepaling aan die zich tegen een dergelijke werkwijze verzet. Een tegengestelde opmerking van de verwerende partij in een nota in het kader van voornoemde schorsingsprocedure doet daar geen afbreuk aan.

40. Het middel is, voor zover onvankelijk, ongegrond.

VI. Kosten

41. Verzoekster betoogt in haar laatste memorie dat indien de Raad van State niettemin zou besluiten tot de wettigheid van de bestreden beslissing, hij noodzakelijkerwijs dient vast te stellen dat de verwerende partij haar zorgvuldigheidsplicht heeft geschonden door eerst een vergunning toe te kennen waardoor verzoekster de nodige schikkingen trof voor de opstart van haar programmatie, en die vervolgens in te trekken op grond van een loutere bewering van een concurrent. Ook is de verwerende partij volgens verzoekster

onzorgvuldig te werk gegaan bij de intrekking van haar erkenning door haar niet vooraf te horen, zodat zij in alle geval tot de kosten moet worden veroordeeld.

42. Overeenkomstig artikel 68, vijfde lid, van het algemeen procedurereglement worden de kosten van het beroep ten laste gelegd van de partij die ten gronde in het ongelijk wordt gesteld. In de regel houdt de verwerping van het beroep in dat de verzoekende partij wordt beschouwd als de partij die in het ongelijk wordt gesteld en de verwerende partij als de in het gelijk gestelde partij. Verzoekster voert geen overtuigende redenen aan om er in dit concrete geval anders over te oordelen. Haar argumenten zijn beoordeeld en verworpen en kunnen niet, via de omweg van de kosten, zo lijkt het, opnieuw ter beoordeling worden aangevoerd.

BESLISSING

1. De Raad van State verwierpt het beroep.

2. De verzoekende partij wordt verwezen in de kosten van de vordering tot schorsing en van het beroep tot nietigverklaring, begroot op een rolrecht van 400 euro, een bijdrage van 40 euro en een rechtsplegingsvergoeding van 840 euro, die verschuldigd is aan de verwerende partij.

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

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

Bruno Seutin,	waarnemend kamervoorzitter,
Bert Thys,	staatsraad,
Patricia De Somere,	staatsraad,
bijgestaan door	
Tiny Temmerman	griffier.

De griffier

De voorzitter

Tiny Temmerman

Bruno Seutin