

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

IXe KAMER

A R R E S T

**nr. 254.626 van 29 september 2022
in de zaak A. 233.914/IX-9903**

In zake: de COMMV. OORSTRELEND
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Christiaan Lesaffer
kantoor houdend te 2000 Antwerpen
Meir 22-24 bus 2
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

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

Tussenkomen partij:

de NV B.G.-CONSULTING
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Laura Kempeneers
kantoor houdend te 3700 Tongeren
Piepelpoel 13
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van het beroep

1. Het beroep, ingesteld op 18 juni 2021, strekt tot de
nietigverklaring van het ministerieel besluit van 20 april 2021 ‘tot erkenning als
netwerkradio-omroeporganisatie van B.G.-Consulting voor frequentiepakket
netwerkradio-omroeporganisatie 4 - ander profiel 2’.

II. Verloop van de rechtspleging

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

De nv B.G.-Consulting heeft een verzoekschrift tot tussenkomst ingediend. De tussenkomst is toegestaan bij beschikking van 18 augustus 2021. 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 19 september 2022.

Kamervoorzitter Geert Van Haegendoren heeft verslag uitgebracht.

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

Eerste auditeur Alexander Van Steenberge heeft 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 die de media tot zijn bevoegdheden heeft, aan de nv B.G.-Consulting een erkenning als netwerkradio-omroeporganisatie voor frequentiepakket netwerkradio-omroeporganisatie 4 - ander profiel 2. Verzoekster was geen kandidaat voor deze erkenning.

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

Op 29 maart 2019 neemt de Vlaamse regering een nieuw besluit ‘houdende bepaling van het aantal particuliere landelijke, regionale, netwerk- en lokale radio-omroeporganisaties dat kan worden erkend en houdende de opstelling van het frequentieplan en de vaststelling van de frequentiepakketten die ter beschikking worden gesteld van de particuliere landelijke, regionale, netwerk- en lokale radio-omroeporganisaties’.

3.5. Bij ministerieel besluit van 5 april 2019 wordt de tussenkomende partij opnieuw erkend als netwerkradio-omroeporganisatie voor frequentiepakket netwerkradio-omroeporganisatie 4 - ander profiel 2. De minister overweegt daarbij dat “opnieuw geoordeeld kan worden krachtens de vergelijking van de kandidaatdossiers die is doorgevoerd onder de vigeur van het vernietigde frequentiebesluit”.

3.6. Bij arrest nr. 244.905 van 20 juni 2019 vernietigt de Raad van State het *sub* 3.3 vermeld ministerieel besluit van 15 september 2017 ‘houdende de erkenning als netwerkradio-omroeporganisatie van B.G. - Consulting, Naamloze vennootschap voor frequentiepakket netwerkradio-omroeporganisatie 4 – ander profiel 2’.

3.7. Bij arrest nr. 249.249 van 16 december 2020 vernietigt de Raad van State het *sub* 3.5 vermeld ministerieel besluit van 5 april 2019 ‘houdende de erkenning als netwerkradio-omroeporganisatie van B.G. - Consulting, Naamloze vennootschap voor frequentiepakket netwerkradio-omroeporganisatie 4 - ander profiel 2’.

3.8. Op 20 april 2021 erkent de Vlaamse minister van Media de tussenkomende partij nogmaals als netwerkradio-omroeporganisatie voor frequentiepakket netwerkradio-omroeporganisatie 4 - ander profiel 2. Deze erkenning is het gevolg van heroverweging en nieuw onderzoek van de initiële erkenningsdossiers, ingediend na de oorspronkelijke oproep tot kandidaatstelling op 16 mei 2017.

Dat is het bestreden besluit.

IV. Ontvankelijkheid van het beroep

Exceptie

4. De verwerende partij betwist in éénzelfde exceptie de hoedanigheid en het belang van verzoekster, afgeleid uit de vaststelling dat verzoekster nooit een aanvraag voor de erkenning heeft ingediend en evenmin de vroegere erkenningsbesluiten heeft bestreden.

De verwerende partij verwijst naar de overwegingen in arrest nr. 249.249 van 16 december 2020. Zij leest daarin dat de Raad van State aangeeft dat rechtsherstel op diverse wijzen verleend kon worden. Na dat arrest is de optie genomen om rechtsherstel te verlenen “vanaf het ogenblik van ontsparing”.

Enkel de kandidaten voor het betrokken frequentiepakket hebben bijgevolg de hoedanigheid en belang om tegen het bestreden besluit op te komen:

“Dit kan niet door een procespartij die niet in de dans is gekomen. Met de stelling dat het dansfeest *ab initio* zou moeten hernomen worden, waar net Uw arrest heeft uitgesproken dat dit niet hoeft en dat er ter zake een discretionaire ruimte bestaat voor het bestuur. Door een verzoekschrift in te dienen, dat regelrecht ingaat tegen de motivering van Uw Raad dat de verwerende partij de zaak kan hernemen vanaf het ogenblik waarop het blijkens dit arrest is misgelopen. Er wordt aangegeven dat het bestuur ook kan menen dat er goede redenen zijn om een procedure op een vroeger punt weer op te nemen of zelfs om een nieuwe oproep te lanceren.”

Daarenboven verbiedt artikel 143/2, § 1, a, derde lid, van het decreet van 27 maart 2009 ‘betreffende radio-omroep en televisie’ (“mediadecreet”) dat verzoekster, die erkend is voor twee lokale frequentiepakketten, nog erkend kan worden als een netwerkradio-omroep.

5. De tussenkommende partij sluit zich aan bij de exceptie. Zij voegt eraan toe dat niet kan worden ingezien waarom verzoekster nog een erkenning als netwerkradio-omroeporganisatie nastreeft, terwijl er reeds vier jaar

van de erkenningsduur verstreken zijn en een afschakeling van FM in het vooruitzicht gesteld wordt.

Beoordeling

6. Verzoekster was bij de erkenningsronde die op 16 mei 2017 is gelanceerd geen kandidaat voor het in geding zijnde frequentiepakket.

Dat impliceert dat zij in beginsel niet de vereiste hoedanigheid heeft om de erkenning van een andere organisatie die wel kandideerde en de toekenning van het frequentiepakket aan te vechten. Verzoekster heeft toentertijd immers niet zelf om dat voordeel gevraagd en de verwerende partij heeft nu eenmaal na de nietigverklaring bij arrest nr. 249.249 van 16 december 2020 (andermaal) ervoor geopteerd om de procedure te hernemen: zij heeft, zonder een nieuwe oproep, de reeds ontvankelijk verklaarde aanvraagdossiers aan een nieuw onderzoek onderworpen.

7. Het zou alleen anders zijn, indien verzoekster erin zou slagen aan te tonen dat de verwerende partij rechtens geen andere keuze had dan een nieuwe oproep te lanceren.

In dat geval immers – en enkel in dat geval – verwerft verzoekster een nieuwe kans om ook een dossier in te dienen voor het bewuste frequentiepakket.

De vraag of verzoekster de vereiste hoedanigheid heeft, hangt dus af van de vraag of zij een middel aanvoert waarmee zij aantoont dat na de nietigverklaring van het ministerieel erkenningsbesluit van 5 april 2019 enkel een nieuwe oproep mogelijk was.

In zoverre valt de exceptie samen met de grond van de zaak, zoals verzoekster opmerkt.

8. Arrest nr. 249.249 van 16 december 2020 wordt door de verwerende partij en de tussenkomen de partij niet nuttig tegengeworpen aan verzoekster.

Voor zover die partijen aan de overwegingen *sub* 47 van dat arrest zelfs gezag van gewijsde toeschrijven, vergissen zij zich. Wat de Raad aldaar overwoog is een *obiter dictum*, want geschreven in de context van de handhaving van de gevolgen met toepassing van artikel 14^{ter} RvS-Wet en niet als een onlosmakelijk met de nietigverklaring verbonden motief.

De bedoelde overweging luidt voorts dat wanneer de overheid na een nietigverklaring een nieuw besluit neemt, zij “in principe toepassing [moet] maken van het recht dat geldt op het ogenblik van deze nieuwe handeling en rekening [moet] houden met de feitelijke omstandigheden zoals die zich voordoen op het moment dat zij het nieuwe besluit neemt” en dat de Raad van State “niet [mag] vooruitlopen op het rechtsherstel dat zal volgen op de hierna uit te spreken nietigverklaring”:

“De verwerende partij kan na de nietigverklaring de zaak hernemen vanaf het punt waarop het blijkt dat dit arrest is misgelopen. Zij kan ook menen dat er goede redenen zijn om de procedure op een vroeger punt weer op te nemen, of zelfs om een nieuwe oproep te lanceren.”

Welnu, met die overweging wordt enkel in herinnering gebracht dat de Raad niet mag of kan vooruitlopen op “de feitelijke omstandigheden zoals die zich voordoen op het moment dat [het bestuur] het nieuwe besluit neemt” of op “het recht dat geldt op het ogenblik van deze nieuwe handeling”. Zo een omstandigheid kan zijn, dat “er goede redenen zijn [– *de iure* of *de facto* –] om een nieuwe oproep te lanceren”.

9. Dat verzoekster zich vroeger niet als kandidaat kenbaar heeft gemaakt en dat zij de vroegere erkenningsbesluiten niet heeft aangevochten, ontnemt haar geen belang bij het beroep, mits zij aantoon t dat een nieuwe

oproep vereist is waarop zij kan kandideren. Ook voor verzoekster kunnen de feitelijke omstandigheden gewijzigd zijn, zodat haar thans bekoort, dat waarvoor zij voorheen geen belangstelling had.

Daarentegen heeft verzoekster geen belang bij het beroep, zo mocht blijken dat het een legitieme keuze was voor de verwerende partij om de procedure met de ontvankelijk bevonden dossiers voort te zetten. In dat geval immers heeft verzoekster hoe dan ook geen uitzicht op een erkenning, aangezien zij geen aanvraag heeft ingediend en erkent dat zij toentertijd geen belangstelling had om te kandideren.

Ook in die mate valt de exceptie samen met de grond van de zaak.

10. Verzoekster betoogt afstand te kunnen doen van haar erkenning als lokale radio-omroep voor twee frequentiepakketten, zo haar een erkenning te beurt valt als netwerkradio-omroeporganisatie voor het begeerde frequentiepakket. De verwerende partij en de tussenkommende partij wijzen geen regel aan die dat tegensprekt. Artikel 143/2, § 1, a, derde lid, van het mediadecreet vormt bijgevolg geen obstakel voor verzoeksters hoedanigheid en belang.

11. De tussenkommende partij heeft twijfels of verzoekster wel de noodzakelijke investeringen zal willen doen voor de resterende duur van de erkenningsperiode. Het staat aan verzoekster om die afweging te maken. De twijfels van de tussenkommende partij volstaan op zich niet om het belang van verzoekster te ontkrachten.

12. Zoals de verwerende partij het schrijft in haar laatste memorie:

“De verzoekende partij was en is geen tegenkandidaat en kan niet in deze procedure ‘inbreken’.

Dit zou enkel kunnen als de verzoekende partij, het schragende motief van dit arrest nr. 249.249 respecterende, een middel zou ontwikkelen waarin wordt uiteengezet dat hoe dan ook de minister niet mocht terugkeren naar het moment van ontsporing maar dat het bestuur verder moest terugkeren bij het verlenen van rechtsherstel.”

Over de besproken excepties met betrekking tot de hoedanigheid en het belang van verzoekster kan bijgevolg geen definitief oordeel volgen zonder de aard en de strekking van de aangevoerde middelen daarbij te betrekken en het rechtsherstel dat uit een gegrondbevinding ervan volgt. Die oefening is in het auditoraatsverslag niet gedaan. Er is reden om het auditoraat met een aanvullend onderzoek te gelasten.

BESLISSING

1. De Raad van State heropent het debat.

2. De Raad van State gelast het door de auditeur-generaal aangewezen lid van het auditoraat met een aanvullend onderzoek van de zaak.

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van negenentwintig september tweeduizend tweeëntwintig, door de Raad van State, IXe kamer, samengesteld uit:

Geert Van Haegendoren,	kamervoorzitter,
Bruno Seutin,	staatsraad,
Bert Thys,	staatsraad,
bijgestaan door	
Vera Wauters,	griffier.

De griffier

De voorzitter

Vera Wauters

Geert Van Haegendoren