

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

IXe KAMER

A R R E S T

**nr. 256.918 van 23 juni 2023
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
Gerard Davidstraat 46 bus 1
bij wie woonplaats wordt gekozen

Tussenkommende partij:

de NV B.G.-CONSULTING
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Laura Kempeneers
kantoor houdend te 3730 Hoeselt
Dorpsstraat 3 bus 1
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. Bij arrest nr. 254.626 van 29 september 2022 is het debat heropend.

Eerste auditeur Alexander Van Steenberge heeft een aanvullend verslag opgesteld.

De verzoekende partij, de verwerende partij en de tussenkomende partij hebben een aanvullende laatste memorie ingediend.

Eerste auditeur Alexander Van Steenberge heeft een aanvullend verslag opgesteld met toepassing van artikel 14^{ter} van de wetten op de Raad van State, gecoördineerd op 12 januari 1973.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 22 mei 2023.

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 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. Voor de feitelijke achtergrond van de zaak mag worden verwezen naar tussenarrest nr. 254.626 van 29 september 2022.

IV. Ontvankelijkheid van het beroep

A. Exceptie

4. In voormeld tussenarrest nr. 254.626 is vastgesteld dat verzoekster, die geen kandidaat was voor het in geding zijnde frequentiepakket, “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”. Het zou alleen anders zijn, zo is geoordeeld, “indien verzoekster erin zou slagen aan te tonen dat de verwerende partij rechtens geen andere keuze had dan een nieuwe oproep te lanceren”. Of verzoekster de vereiste hoedanigheid heeft – wat de verwerende partij in een exceptie betwist – “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”, zodat de Raad besloot dat de exceptie samenvalt met de grond van de zaak.

Thans dient dus te worden nagegaan of verzoekster op ontvankelijke wijze een middel aanvoert dat, bij het gegrond bevinden ervan, de verwerende partij verhindert om de draad weer op te nemen zoals zij het gedaan heeft, maar haar integendeel verplicht om een nieuwe oproep te lanceren.

B. Eerste middel

Uiteenzetting van het middel

5. In het eerste middel voert verzoekster aan dat het bestreden besluit onwettig is “omdat dit mede zijn noodzakelijke rechtsgrond vindt in het besluit van de Vlaamse Regering van 5 mei 2017 houdende de indeling van de frequentiepakketten voor de netwerkradio-omroeporganisaties per type netwerkradio-omroeporganisatie [...] dat evenwel in toepassing van artikel 159 van de Grondwet buiten toepassing verklaard moet worden, zodat het bestreden besluit geen voldoende rechtsgrond meer heeft”.

6. In de memorie van wederantwoord wijst verzoekster erop dat op datum van het bestreden besluit – 20 april 2021 – richtlijn (EU) 2018/1972 van het Europees Parlement en de Raad van 11 december 2018 ‘tot vaststelling van het Europees wetboek voor elektronische communicatie (herschikking)’ (EWEC) in werking was getreden en al diende te zijn omgezet in intern recht, “wat niet of deels het geval was op dat moment”. Het bestreden besluit is zelf maar wettig wanneer het steunt op een noodzakelijke rechtsgrond die zelf de toets van de wettigheid doorstaat, wat onder meer betekent dat deze niet in strijd mag zijn met rechtstreeks werkende Europese richtlijnen die niet tijdig of verkeerd zijn omgezet, wat te dezen het geval was op datum van het bestreden besluit.

7. In haar aanvullende laatste memorie betoogt verzoekster:

“Bij annulatie om die reden zal verwerende partij dan verplicht zijn om eerst de rechtsgrond te repareren door het nemen van nieuwe reglementaire besluiten.

Op grond van dat nieuwe reglementaire kader kan dan voor het betrokken netwerkfrequentiepakket een nieuwe erkenningsbeslissing genomen worden die noodzakelijkerwijs na een nieuwe oproep zal dienen genomen te worden gelet op artikel 48.3 EWEC dat oplegt dat de procedures steeds open moeten zijn buiten één hier niet relevante uitzondering.”

Beoordeling

8. In het middel verwijt verzoekster de verwerende partij dat het besluit van de Vlaamse regering van 5 mei 2017 ‘houdende de indeling van de frequentiepakketten voor de netwerkradio-omroeporganisaties per type netwerkradio-omroeporganisatie’ tot stand is gekomen zonder voorafgaande consultatie, zonder opgaaf van redenen voor de gemaakte keuzes in de verdeling van de frequentiepakketten, zonder voorafgaand advies van de sectorraad Media en zonder advies van de afdeling Wetgeving van de Raad van State.

9. In de toelichting bij het middel komt een nieuwe oproep als noodzakelijk rechtsherstel niet ter sprake. Slechts in de aanvullende laatste memorie betoogt verzoekster dat de gegrondheid van het middel zou verplichten tot een nieuwe oproep, “gelet op artikel 48.3 EWEC dat oplegt dat de procedures steeds open moeten zijn”.

Verzoekster overtuigt hiervan niet. De gegrondheid van dit middel verplicht de verwerende partij ertoe de ontbrekende adviezen in te winnen en een motivering van haar keuze te expliciteren. De eventuele gegrondheid van het middel leidt niet noodzakelijk tot de vaststelling dat de procedure die tot de erkenning van de tussenkomen partij heeft geleid – waaraan verzoekster had kunnen deelnemen, maar om haar moverende redenen niet heeft deelgenomen – niet “open” is in de zin van artikel 48, lid 3, EWEC, laat staan dat een nieuwe oproep onvermijdelijk is. Verzoekster licht die stelling in haar aanvullende laatste memorie ook geenszins toe. Verwezen mag ook worden naar de beoordeling van het derde middel hierna.

10. Die vaststelling volstaat om te besluiten dat het middel niet van aard is om verzoeksters hoedanigheid te erkennen.

C. Tweede middel

Uiteenzetting van het middel

11. Het bestreden besluit schendt luidens het tweede middel, samengevat, *eerste middelonderdeel*, artikel 143/2, § 2, van het decreet van 27 maart 2009 ‘betreffende radio-omroep en televisie’ (“mediadecreet”) en artikel 3 van het besluit van de Vlaamse regering van 21 april 2017 met toenmalig opschrift ‘houdende diverse uitvoeringsbepalingen over radio-omroep en houdende wijziging van diverse besluiten over radio-omroep’ (“uitvoeringsbesluit”) en, *tweede middelonderdeel*, de artikelen 48, lid 4, en 55, lid 3 en lid 4, EWEC, “doordat de methode voor de beoordeling van de [...] aanvullende kwalificatiecriteria niet voorafgaand aan de toepassing ervan in juli-augustus 2017 werd bekend gemaakt, minstens werd vastgesteld”.

12. Bij gegrondverklaring van dit middel zal de verwerende partij de beoordelingsmethoden vooraf moeten bekendmaken, minstens vooraf moeten vaststellen, zo stelt verzoekster in haar aanvullende laatste memorie. Dat impliceert volgens haar “dat een nieuwe open procedure moet georganiseerd worden zoals letterlijk volgt uit artikel 55.4 EWEC”.

Voorts merkt verzoekster op dat zij belang heeft bij dit middel, juist omdat zij geen kandidaat was bij de initiële open procedure omdat het haar een kans biedt op de erkenning omwille van de verplichting een open oproep te lanceren. In dat opzicht verschilt haar positie van kandidaten die wel reageerden op de eerste oproep. Zij dienen aan te tonen dat het niet (verzoekster bedoelt allicht: wel) vooraf bekendmaken of vaststellen van de beoordelingsmethode een voor hen gunstige invloed op de rangschikking zou hebben gehad.

Beoordeling

13. Het EWEC is in werking getreden op 20 december 2018 en diende luidens zijn artikel 124 uiterlijk op 21 december 2020 te zijn omgezet in intern recht. Daargelaten of verzoekster in het middel bepalingen aanvoert van het EWEC waaraan rechtstreeks mag worden getoetst, volstaat de vaststelling dat die bepalingen bezwaarlijk verplichtingen kunnen hebben opgelegd aan de verwerende partij met betrekking tot “de methode voor de beoordeling van de [...] aanvullende kwalificatiecriteria [...] voorafgaand aan de toepassing ervan in juli-augustus 2017”.

14. Om dezelfde reden kan verzoekster geen aanspraak maken op de door haar ingeroepen richtlijnconforme interpretatie van artikel 143/2, § 2, van het mediadecreet en van artikel 3 van het uitvoeringsbesluit.

15. Het middel kan bijgevolg niet aantonen dat verzoekster de vereiste hoedanigheid of het vereiste belang heeft.

D. Derde middel

Uiteenzetting van het middel

16. Het bestreden besluit schendt volgens verzoekster:

- “- eerste middelonderdeel, artikel 128, 2° en 136 van het mediadecreet samen gelezen met artikel 6 van het besluit van de Vlaamse regering van 21 april 2017;
- Tweede middelonderdeel, minstens artikel 48.3 van het EWEC, doordat aan nv BG Consulting een erkenning werd verleend zonder dat, na de vernietiging van het erkenningsbesluit van 5 april 2019 bij arrest nr. 249.249, eerst een open oproep werd gelanceerd waaraan alle geïnteresseerde partijen, zoals verzoekende partij, konden deelnemen.”

In de toelichting bij het middel stelt verzoekster omtrent *het eerste middelonderdeel* dat wanneer de verwerende partij de intentie heeft om een

erkenning te verlenen, zij ingevolge de ingeroepen bepalingen verplicht is dit te doen via en na een open oproep waaraan elke belanghebbende kan deelnemen. Dit is niet gebeurd. Het mediadecreet en de uitvoeringsbesluiten ervan voorzien niet in de mogelijkheid dat een erkenning kan worden verleend zonder de voorgeschreven procedure te volgen. Dat het bestreden besluit werd genomen na nietigverklaring door de Raad van de vorige erkenning doet daaraan geen afbreuk. Die vernietiging verwijderde de erkenning retroactief uit de rechtsorde zodat de verwerende partij zich opnieuw in de toestand bevond dat er geen erkenning is en de verlening ervan alleen maar mogelijk is mits naleving van de door en krachtens het mediadecreet opgelegde procedure – dus met een open oproep. Het mediadecreet laat immers niet toe, ongeacht de omstandigheden, om een erkenning te verlenen zonder open oproep.

In de toelichting stelt verzoekster omtrent *het tweede middelonderdeel* dat artikel 48, lid 3, EWEC directe werking heeft “aangezien deze [bepaling] niet of onvolkomen is omgezet in het intern recht indien Uw Raad zou oordelen dat het geldend intern recht toelaat dat een erkenning verleend kan worden zonder nieuwe open procedure na een annulatiearrest van Uw Raad”. Deze bepaling is volgens verzoekster voldoende duidelijk en onvoorwaardelijk geformuleerd: procedures moeten open zijn. Artikel 48, lid 3, EWEC bevat slechts één uitzondering die te dezen niet van toepassing is. Elke erkenning moet dus het voorwerp uitmaken van een open procedure. Artikel 48, lid 3, EWEC laat niet toe dat geen nieuwe open procedure wordt georganiseerd wanneer een eerder toekenningsbesluit met betrekking tot individuele rechten door de bevoegde rechter retroactief vernietigd werd. Dit klemmt volgens verzoekster des te meer omdat de tussenkomende partij via kennisgevingen aan de VRM haar offerte substantieel heeft gewijzigd en die gewijzigde offerte niet het voorwerp van een beoordeling na een open procedure uitmaakte. Ondergeschikt vraagt verzoekster de volgende prejudiciële vraag te stellen aan het Europees Hof van Justitie:

“Dient artikel 48.3 van het EWEC zo gelezen te worden dat individuele gebruiksrechten voor radiospectrum dat beschikbaar is voor toewijzing, met uitzondering van het ene geval vermeld in die bepaling, steeds verleend dienen te worden na een open procedure, ook wanneer, m.b.t. de

individuele gebruiksrechten voor radiospectrum in het geding, een eerder besluit tot verlening ervan, na een open procedure, door de bevoegde rechter op retroactieve wijze uit de rechtsorde verwijderd werd en de winnende offerte na de initiële open procedure substantieel werd gewijzigd door de aanvrager?”

17. In de memorie van wederantwoord verduidelijkt verzoekster omtrent het eerste middelonderdeel dat zij niet aanvoert dat uit arrest nr. 249.249 volgt dat een nieuwe oproep vereist is. Dit volgt wel uit de regels van toepassing op datum van het bestreden besluit. De Raad van State wees in arrest nr. 249.249 enkel op mogelijkheden tot rechtsherstel en het feit dat dit rechtsherstel opnieuw onder rechterlijke controle stond. Of de door de Raad geciteerde mogelijke vormen van rechtsherstel ook daadwerkelijk kunnen en mogen worden gehanteerd, is dus niet bepaald omwille van de scheiding der machten en moet achteraf getoetst worden. Dat de Raad eerder oordeelde dat geen enkele regel de verwerende partij ertoe verplicht om na een annulatiearrest een nieuwe oproep te lanceren, is bovendien een oordeel dat maar met gezag van gewijsde is bekleed binnen de limieten van het middel geformuleerd door de verzoekende partijen in die zaak. De Raad sprak zich nog niet uit over een middel waarin, in een richtlijnconforme lezing, wordt aangevoerd dat die plicht er juist wel is. Dit is in deze zaak het geval. Arrest nr. 249.249 werd bovendien gewezen vóór het verstrijken van de omzettingsdeadline.

Verzoekster betoogt over het tweede middelonderdeel dat het gegeven dat er al in 2017 een open procedure was geweest die na arrest nr. 249.249 werd voortgezet, niet gevolgd kan worden. Artikel 48, lid 3, EWEC bevat slechts één uitzondering op de regel van de open procedure die hier niet van toepassing is. De open procedure uit 2017 kan in 2021 “niet meer dienen als schaamlapje om geen nieuwe oproep te doen”. Dat aanvaarden zou immers de verplichting van artikel 48, lid 3, EWEC volledig uithollen. De verwijzing naar de gewijzigde offerte van de tussenkomende partij is anders dan zij meent, wel relevant: die wijzigingen bewijzen immers dat de offerte van 2017 niet meer dezelfde was als de offerte die het voorwerp is van het bestreden besluit. Die wijzigingen zijn een objectief feit.

Beoordeling

a. eerste middelonderdeel

18. Artikel 128, eerste lid en tweede lid, 2^o/1, van het mediadecreet luidt ten tijde van het bestreden besluit:

“Onder de voorwaarden van dit hoofdstuk kunnen lineaire radio-omroeporganisaties erkend worden door de Vlaamse Regering of moeten ze aangemeld worden bij de Vlaamse Regulator voor de Media. De volgende radio-omroeporganisaties komen in aanmerking voor de erkenning, vermeld in het eerste lid: [...] netwerkradio-omroeporganisaties.”

Artikel 136 van het mediadecreet luidt toentertijd:

“De Vlaamse Regering bepaalt de procedure voor de indiening van de erkenningsaanvragen en de termijnen voor het onderzoek en de afhandeling van het dossier. De erkenningsaanvragen worden in het Nederlands ingediend. De Vlaamse Regering kan een door de kandidaten te betalen inschrijvingsgeld en een vergoeding voor het behoud van de erkenning en de zendvergunning, met inbegrip van de te verstrekken financiële waarborg, bepalen.”

Artikel 6 van het uitvoeringsbesluit luidt:

“De minister maakt via een oproep in het Belgisch Staatsblad bekend voor welke frequentiepakketten een aanvraag tot erkenning als netwerkradio-omroeporganisatie kan worden ingediend, met vermelding van eventuele bijkomende nuttige informatie.”

19. Volgens verzoekster volgt uit de aangehaalde bepalingen de verplichting om telkens na een nietigverklaring door de Raad van State van de erkenning van een netwerkradio-omroeporganisatie een nieuwe oproep te doen. De vastgestelde onregelmatigheid waarop de nietigverklaring steunt, speelt daarbij geen rol.

20. Een erkenning als netwerkradio-omroeporganisatie is ingevolge de zonet aangehaalde regelgeving enkel mogelijk nadat er een oproep in het Belgisch Staatsblad is gebeurd.

Die verplichting gaat evenwel niet zo ver dat er na de nietigverklaring steeds – ongeacht de in aanmerking genomen vernietigingsgrond – een nieuwe oproep moet gebeuren vooraleer tot erkenning over te gaan. Verzoekster licht trouwens niet nader toe hoe uit deze bepalingen deze specifieke verplichting kan worden gehaald.

De verwerende partij heeft na de nietigverklaring passend rechtsherstel gezocht op de meest gebruikelijke wijze (*quod plerumque fit*), namelijk door de procedure te hernemen vanaf het punt waarop ze is misgelopen. Dat punt is te situeren ná de oproep aan kandidaten in het Belgisch Staatsblad. Dat de uiteindelijke erkenning onwettig is gebleken, betekent niet *ipso facto* dat die oproep onregelmatig was en evenmin heeft de Raad van State in enig met gezag van gewijsde bekleed arrest zulks vastgesteld.

Verzoekster leest terecht in de door haar in het eerste middelonderdeel aangevoerde bepalingen de verplichting voor de verwerende partij om een erkenning te laten voorafgaan door een oproep in het Belgisch Staatsblad. Zij toont niet aan waarom diezelfde bepalingen eraan in de weg staan dat de procedure na de nietigverklaring bij arrest nr. 249.249 van 16 december 2020 wordt hernomen zoals is gebeurd en dat ze, integendeel, de verwerende partij rechtens geen andere keuze laten dan een nieuwe oproep te lanceren. Zij weerlegt met andere woorden in dit middelonderdeel niet dat – in de woorden van tussenarrest nr. 254.626 – “het een legitieme keuze was voor de verwerende partij om de procedure met de ontvankelijk bevonden dossiers voort te zetten”, dossiers die werden ingediend na een open oproep in het Belgisch Staatsblad.

21. Het eerste middelonderdeel is ongegrond.

b. tweede middelonderdeel

22. Artikel 48, lid 3, EWEC luidt:

“De procedures moeten open zijn, behalve wanneer het verlenen van individuele gebruiksrechten voor gebruik van radiospectrum aan aanbieders van diensten inzake inhoud voor radio- en televisiediensten noodzakelijk is om te kunnen voldoen aan een verplichting van algemeen belang, zoals door de lidstaten bepaald overeenkomstig het Unierecht.”

Een richtlijnbevestiging behoeft omzetting in internrechtelijke regelgeving. De schending ervan kan in beginsel dan ook niet rechtstreeks worden aangevoerd als vernietigingsgrond. Echter, in de gevallen waarin de bepalingen van een richtlijn inhoudelijk gezien onvoorwaardelijk en voldoende nauwkeurig zijn, mogen particulieren zich voor de nationale rechter op deze bepalingen beroepen tegenover de Staat, hetzij wanneer deze heeft verzuimd deze richtlijn binnen de gestelde termijn om te zetten in intern recht, hetzij wanneer de omzetting niet in overeenstemming is met deze richtlijn.

23. Uit de bespreking van het eerste middelonderdeel blijkt dat voor de erkenning van netwerkradio-omroeporganisaties overeenkomstig artikel 6 van het uitvoeringsbesluit een oproep in het Belgisch Staatsblad dient te gebeuren, waaruit dus de plicht tot open procedures blijkt.

Voorts is overigens vastgesteld dat er effectief een oproep in het Belgisch Staatsblad is gelanceerd – die verzoekster in de voorgestelde prejudiciële vraag zelf een “open procedure” en in de memorie van wederantwoord “de open procedure uit 2017” noemt – en dat niets verzoekster in de weg stond om te kandideren, mocht zij dat hebben gewild. Ten slotte is overwogen dat na de nietigverklaring van de vorige erkenning van de tussenkomende partij, de procedure is hernomen waar ze is ontspoord, namelijk op een punt gelegen ná die oproep en dat verzoekster de onwettigheid van die keuze niet aantoont.

24. Wat de verplichting van een open procedure betreft, toont verzoekster niet aan dat artikel 48, lid 3, EWEC niet, niet tijdig of onvolkomen is omgezet, hetzij dat de bestaande Vlaamse mediawetgeving niet in overeenstemming is met deze richtlijn.

Die vaststelling volstaat om te besluiten dat verzoekster zich bijgevolg hoe dan ook niet rechtstreeks op de richtlijnbeplating mag beroepen, waardoor het tweede middelonderdeel onontvankelijk is.

c. besluit

25. Het middel is deels onontvankelijk, deels ongegrond. Gelet op de onontvankelijkheid van het tweede middelonderdeel dient de prejudiciële vraag niet te worden gesteld.

E. Vierde middel

Uiteenzetting van het middel

26. In het vierde middel betoogt verzoekster dat het bestreden besluit onwettig is omdat dit zijn noodzakelijke rechtsgrond vindt in het uitvoeringsbesluit “dat evenwel in toepassing van artikel 159 van de Grondwet buiten toepassing verklaard moet worden, zodat het bestreden besluit geen rechtsgrond meer heeft”, omdat:

- “- Eerste middelonderdeel, het besluit van de Vlaamse regering van 21 april 2017 – in zijn geheel – in strijd is met artikelen 10 en 11 van de wet van 16 juli 1973 waarbij de bescherming van de ideologische en filosofische strekkingen gewaarborgd wordt en de artikelen 10 en 11 van het decreet van 28 januari 1974 betreffende het Cultuurpact aangezien minstens de basisbeginselen van de procedure voor erkenning bij decreet moet worden vastgelegd, wat niet gebeurde, en niet bij besluit van de Vlaamse regering, en,
- Tweede middelonderdeel, minstens artikel 4 ervan onwettig is omdat het een weging geeft aan de aanvullende kwalificatiecriteria, terwijl artikel 11 van de Cultuurpactwet/decreet oplegt dat de voorwaarden en procedure

van erkenning, dus met inbegrip van de weging van de criteria, bij decreet geregeld dienen te worden.”

In de toelichting bij het middel ontwikkelt verzoekster in de eerste plaats haar zienswijze waarom de cultuurpactwetgeving van toepassing is. Vervolgens voert zij aan wat volgt:

“Welnu, de artikelen 143/1 tot en met 143/3 van het 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 wel is opgenomen, is de opsomming van de gunningscriteria (de zgn. 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.”

27. In de memorie van wederantwoord merkt verzoekster op dat de delegatie bij decreet aan de uitvoerende macht die laatste “geen vrijstelling op het Cultuurpact” geeft, nu deze enkel een rechtsgrond levert voor het procedurebesluit. Ook besluiten genomen bij delegatie dienen aan de regels van de cultuurpactwetgeving te voldoen, wat hier niet het geval is. Aangezien het mediadecreet zelf de basisbeginselen van de erkenningsprocedure niet bevat, konden en mochten deze niet bij uitvoeringsbesluit bepaald worden omdat daardoor die besluiten zelf het Cultuurpact schenden.

28. In haar aanvullende laatste memorie betoogt verzoekster dat bij gegrondverklaring van dit middel of minstens één onderdeel ervan, de verplichting bestaat voor de verwerende partij om “een nieuwe open procedure te organiseren omwille van de gelding van artikel 48.3 EWEC, hetzij bij een richtlijnconforme lezing van het mediadecreet hetzij op basis van de rechtstreekse werking van artikel 48.3 EWEC”.

Beoordeling

29. Daargelaten de vraag of het uitvoeringsbesluit een materie regelt die onder de cultuurpactwetgeving valt en daargelaten de vraag hoe ruim het legaliteitsbeginsel in deze wetgeving moet worden begrepen, dient te worden vastgesteld dat het uitvoeringsbesluit zijn rechtsgrond vindt in de delegaties opgenomen in het mediadecreet.

Deze delegatiebepalingen in het mediadecreet vormen de rechtsgrondslag voor de bevoegdheid van de Vlaamse regering om het uitvoeringsbesluit te nemen. Zo draagt de decreetgever bij artikel 143/2, § 2, eerste lid, van het mediadecreet de Vlaamse regering op om “aanvullende kwalificatiecriteria voor erkenning” op te leggen – en er een weging aan toe te kennen – die betrekking moeten hebben op de zeven in het tweede lid van dezelfde paragraaf opgesomde criteria:

“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° voor de netwerkradio-omroeporganisatie, vermeld in artikel 143/1, eerste lid, 1°, de invulling van de voorwaarde, vermeld in artikel 143/2, § 1, 2°, b);
7° voor de netwerkradio-omroeporganisaties, vermeld in artikel 143/1, eerste lid, 2° en 3°, de invulling van de voorwaarden, vermeld in artikel 143/2, § 1, 2°, c).”

Indien er een schending van de in het middel aangevoerde bepalingen zou voorliggen, dan volgt dit uit de onverenigbaarheid van de delegatiebepalingen in het mediadecreet met de voorschriften van de cultuurpactwetgeving. Het middel zoals geformuleerd door verzoekster komt dus neer op een kritiek op het decreet, dat zij verwijt “geen enkele regeling of zelfs maar een kader met basisbeginselen voor de procedure” te bevatten. Dergelijke kritiek op een wetskrachtige norm ontsnapt evenwel aan de beoordelingsbevoegdheid van de Raad van State.

30. Het middel is onontvankelijk.

F. Vijfde middel

Uiteenzetting van het middel

31. Het bestreden besluit schendt luidens het vijfde middel:

“- Eerste middelonderdeel, de artikelen 143/1, 143/2 en 143/3, § 1, van het mediadecreet en artikel 10, 5°, van het [uitvoeringsbesluit] doordat de kandidatuur van nv BG Consulting in een voorbeslissing van 12 juli 2017 ontvankelijk werd verklaard;

- Tweede middelonderdeel, de artikelen 143/1, 143/2 en 143/3, § 1, van het mediadecreet, het zorgvuldigheidsbeginsel en de materiële motiveringsplicht doordat aan nv BG Consulting een erkenning als netwerkradio-omroeporganisatie werd verleend voor een ‘ander’ profiel, terwijl de stukken op datum van het bestreden besluit bekend aan verwerende partij aantonen dat deze in realiteit een offerte indiende voor een generalistisch profiel en de in het bestreden besluit ingeroepen motieven intern contradictorisch zijn.”

32. In haar aanvullende laatste memorie voert verzoekster aan dat het gevolg van de gegrondverklaring van dit middel is dat er een nieuwe open procedure zal moeten worden georganiseerd:

“De gegrondverklaring van dit middel leidt ertoe dat de offerte van tussenkomende partij niet ontvankelijk is, minstens niet tot een erkenning kan leiden.

Van de twee andere initiële kandidaten is er één in vereffening gegaan [...] en heeft de andere geen interesse meer, nu deze geen beroep aantekende.”

Beoordeling

33. De tussenkomende partij werpt terecht op dat het lanceren van een nieuwe oproep door het wegvallen van ál de andere kandidaten het gevolg zou zijn van feitelijke toevalligheden en niet het noodzakelijke rechtsherstel dat voortvloeit uit de gegrondheid van het aangevoerde middel.

34. Dat een kandidaat geen beroep heeft ingesteld, betekent voorts geenszins dat deze geen belangstelling meer heeft voor de erkenning.

Verzoekster steunt bijgevolg op de hoe dan ook feitelijk verkeerde premisse dat een nieuwe oproep onvermijdelijk is bij uitschakeling van de tussenkomen partij op grond van het vijfde middel, omdat er dan ook geen andere kandidaat meer in competitie is.

35. Het middel geeft verzoekster niet het noodzakelijke venster op een nieuwe oproep.

G. Zesde middel

Uiteenzetting van het middel

36. Het bestreden besluit schendt luidens het zesde middel de materiële motiveringsplicht en het zorgvuldigheidsbeginsel doordat de verwerende partij geen of niet afdoende rekening hield met:

- “- Eerste middelonderdeel, het feit dat de offerte van nv BG Consulting ontkoppelde uitzendingen voorzag voor een groot deel van het nieuws- en informatief programma-aanbod, wat evenwel verboden is, dat na 1 januari 2018 ook werd uitgevoerd en pas na klacht bij de VRM, werd stopgezet, wat verwerende partij via beslissing nr. 2018/028 van de VRM op datum van het bestreden besluit wist en wat een impact heeft op het programma-aanbod (eerste aanvullend kwalificatiecriterium);
- Tweede middelonderdeel, het feit dat de offerte van nv BG Consulting opstart van de uitzendingen op alle frequenties voorzag, terwijl verwerende partij via beslissing nr. 2018/028 van de VRM op datum van het bestreden besluit wist dat dit niet gerealiseerd was, terwijl de [score] in 2017, hernomen in 2021 juist uitging van de projectie in de offerte (vijfde aanvullend kwalificatiecriterium);
- Derde middelonderdeel, het feit dat de offerte van nv BG Consulting meermaals aangeeft dat zij 30% Vlaamse muziekproducties zou brengen, terwijl verwerende partij via beslissing nr. 2018/045 van de VRM op datum van het bestreden besluit wist dat [dit] niet gerealiseerd was, (zevende aanvullend kwalificatiecriterium).”

37. In haar aanvullende laatste memorie betoogt verzoekster dat de gegroundverklaring van dit middel als “noodzakelijk en automatisch gevolg” heeft dat de verwerende partij een nieuwe open procedure moet organiseren. Zij herhaalt “dat het geldend regelgevend kader en minstens via rechtstreekse werking van artikel 48.3 EWEC alleen maar verlening van nieuwe individuele gebruiksrechten op frequenties toestaat na een open procedure”.

Beoordeling

38. Hiervóór is de lezing die verzoekster geeft aan artikel 48, lid 3, EWEC reeds weerlegd. Verzoekster toont niet aan dat de inwilliging van het beroep op grond van het zesde middel aan de verwerende partij geen andere keuze laat dan een nieuwe oproep te lanceren en dat de keuze om de procedure te hernemen van het ogenblik van ontsporen onregelmatig is.

H. Zevende middel

Uiteenzetting van het middel

39. In het zevende middel zet verzoekster uiteen dat het bestreden besluit de materiële motiveringsplicht en het zorgvuldigheidsbeginsel schendt, “doordat verwerende partij ten onrechte in haar heroverweging geen rekening hield met de lange lijst van wijzigingen die nv BG Consulting na 1 januari 2018 aan de VRM ter kennis bracht omdat verwerende partij naliet de VRM daarover te contacteren, hoewel ze wist dat de VRM, in het algemeen als deel van zijn toezichtsbevoegdheid en in het bijzonder deze radio-omroep opvolgt omwille van klachten en hoewel verwerende partij weet dat erkende netwerkradio-omroeporganisaties het recht hebben hun offerte te wijzigen”.

Beoordeling

40. Verzoekster toont niet aan dat de inwilliging van het beroep op grond van het zevende middel aan de verwerende partij geen andere keuze laat dan een nieuwe oproep te lanceren en dat de keuze om na arrest nr. 249.249 van 16 december 2020 de procedure te hernemen van het ogenblik van ontsporen onregelmatig is.

I. Achtste middel

Uiteenzetting van het middel

41. Het bestreden besluit “schendt artikel 31.1 en 31.2 van het EWEC doordat geen doeltreffend beroepsmechanisme tegen het bestreden besluit bestaat omdat de vandaag bevoegde beroepsinstantie – Uw Raad – niet naar behoren de feiten van de zaak in aanmerking mag nemen”, aldus verzoekster in het achtste middel.

42. In haar aanvullende laatste memorie stelt verzoekster dat de gegrondverklaring van dit middel een aanpassing vereist van het regelgevend kader “met daarna verplicht een nieuwe open oproep gelet op artikel 48.3 EWEC zoals hoger toegelicht onder de andere middelen”.

Beoordeling

43. Het middel is vreemd aan het verloop van de erkenningsprocedure zelf, maar heeft betrekking op de naderhand voor de belanghebbende partijen beschikbare rechtsbescherming. Gegrondbevinding van het middel noopt de verwerende partij mogelijk tot regelgevend optreden om het “beroepsmechanisme” “doeltreffend” te maken, maar vereist geen ingreep in het verloop van de erkenningsprocedure zelf, laat staan dat het de verwerende partij verplicht tot een nieuwe oproep aan de kandidaten.

J. Negende middel

Uiteenzetting van het middel

44. In haar laatste memorie voert verzoekster een zogenaamd “[n]ieuw negende middel van openbare orde” aan. Hierin betoogt zij dat het bestreden besluit artikel 13, tweede lid, van het uitvoeringsbesluit schendt “doordat verwerende partij op datum ervan – 20 april 2021 – niet meer bevoegd was, nu haar bevoegdheid al uitgeput was op datum van 5 april 2019 en deze na vernietigingsarrest nr. 244.905 van 20 juni 2019 niet opnieuw was uitgeoefend”.

Beoordeling

45. Verzoekster heeft een omstandig verzoekschrift neergelegd, waarin zij niet minder dan acht middelen ontwikkelt, waarvan sommige meerdere onderdelen omvatten. Zij heeft daarin de schending aangevoerd van andere bepalingen van het uitvoeringsbesluit – dat volgens haar vierde middel anderzijds dan weer buiten toepassing gelaten moet worden – zonder evenwel artikel 13 ervan ter sprake te brengen. Ook niet in de memorie van wederantwoord, maar pas in haar laatste memorie komt zij ermee voor de dag dat de minister zijn bevoegdheid zou hebben uitgeput.

Er is geen enkele reden waarom verzoekster deze wettigheidskritiek niet had kunnen aanvoeren bij aanvang van de procedure. Aldus stelt de Raad vast voor de situatie te zijn gesteld waarin “het aanvoeren van dat middel door de verzoekende partij voorkomt een duidelijke schending van de loyale procesvoering te zijn, die een substantiële tekortkoming uitmaakt aan het normale en behoorlijke verloop van het onderzoek van het beroep” (Raad van State, algemene vergadering van de afdeling Bestuursrechtspraak, nr. 238.588 van 20 juni 2017).

46. Zoals de Raad overwoog in voormeld arrest, is het in die omstandigheden gerechtvaardigd dat het middel dat door verzoekster aangebracht wordt als een middel van openbare orde, niet wordt onderzocht. Het middel is onontvankelijk.

K. Tiende middel

Uiteenzetting van het middel

47. In haar laatste memorie voert verzoekster als “[n]ieuw tiende middel van openbare orde” aan dat het bestreden besluit onwettig is “omdat het geen rechtsgrond vindt in het [mediadecreet], nu artikel 134, § 3, tweede lid ervan, waarnaar het bestreden besluit als rechtsgrond verwijst, niet van toepassing is zodat het bestreden besluit geacht moet worden geen of een verkeerde rechtsgrond te hebben, wat gelijk staat aan de afwezigheid van een rechtsgrond en neerkomt op een beslissing door een onbevoegde overheid, nu het mediadecreet geen enkele andere bepaling (meer) bevat voor erkenningen als netwerkradio-omroeporganisaties na 31 december 2019 buiten het geval van voorafgaande stopzetting van activiteiten van de eerder erkende rechtspersoon (art. 134, § 3, tweede lid, mediadecreet), wat in deze zaak nu juist niet het geval was op datum van het bestreden besluit”.

48. In de aanvullende laatste memorie stelt verzoekster dat de gegrondheid van dit middel leidt tot een nieuwe open procedure gelet op artikel 48, lid 3, EWEC. Artikel 134, § 3, tweede lid, van het mediadecreet, voor zover deze bepaling in deze zaak al de rechtsgrond voor een nieuwe erkenning kan uitmaken, ontslaat de verwerende partij niet van de verplichting om een nieuwe open oproep te doen.

Beoordeling

49. Om de redenen uiteengezet bij de beoordeling van het negende middel, is ook het tiende middel onontvankelijk – daargelaten of het inderdaad van openbare orde is.

L. Conclusie

50. Verzoekster is er niet in geslaagd op ontvankelijke wijze een middel aan te voeren dat, gegrond bevonden, aan de verwerende partij geen andere keuze laat dan een nieuwe oproep te lanceren voor het betrokken frequentiepakket. Dat leidt tot het besluit dat de exceptie gegrond is. Het beroep is niet ontvankelijk.

V. Toepassing van artikel 14ter RvS-Wet

51. De verwerping van het beroep impliceert dat het verzoek van de tussenkommende partij tot handhaving van zekere gevolgen bij nietigverklaring van het bestreden besluit zonder voorwerp is.

VI. Rechtsplegingsvergoeding

52. Voor zover de tussenkommende partij een rechtsplegingsvergoeding vordert, volstaat het deze partij erop te wijzen dat een tussenkommende partij geen rechtsplegingsvergoeding kan genieten (artikel 30/1, § 2, laatste lid, RvS-Wet).

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 770 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 drieëntwintig juni tweeduizend drieëntwintig, door de Raad van State, IXe kamer, samengesteld uit:

Geert Van Haegendoren,	kamervoorzitter,
Bruno Seutin,	staatsraad,
Stephan De Taeye,	staatsraad,
bijgestaan door	
Tiny Temmerman,	griffier.

De griffier

De voorzitter

Tiny Temmerman

Geert Van Haegendoren