

**RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK**

**IXe KAMER**

**A R R E S T**

**nr. 249.112 van 3 december 2020  
in de zaak A. 226.935/IX-9476**

In zake: de BV ON TOWER NETHERLANDS 6,  
voorheen de BV Broadcast Technology & Development  
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 REGULATOR VOOR DE MEDIA  
bijgestaan en vertegenwoordigd door  
advocaat Bart Staelens  
kantoor houdend te 8000 Brugge  
Gerard Davidstraat 46 bus 1  
bij wie woonplaats wordt gekozen

Tussenkomende partij:

de NV NORCRING BELGIË  
bijgestaan en vertegenwoordigd door  
advocaten David D'Hooghe, Erik Valgaeren en Niels Tack  
kantoor houdend te 1000 Brussel  
Loksumstraat 25  
bij wie woonplaats wordt gekozen

---

*I. Voorwerp van het beroep*

1. Het beroep, ingesteld op 11 december 2018, strekt tot de nietigverklaring van beslissing nummer 2018/044 van de algemene kamer van de Vlaamse Regulator voor de Media van 22 oktober 2018.

## *II. Verloop van de rechtspleging*

2. Bij arrest nr. 244.635 van 28 mei 2019 is 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 tussenkomenende partij heeft een memorie ingediend.

Eerste auditeur Alexander Van Steenberge heeft een verslag opgesteld.

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

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 26 oktober 2020.

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 Niels Tack, die verschijnt voor de tussenkomenende partij, zijn gehoord.

Eerste auditeur Alexander Van Steenberge heeft een met dit arrest eensluidend advies gegeven, behalve wat het bedrag van de rechtsplegingsvergoeding 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 18 juni 2018 verschijnt in het Belgisch Staatsblad de volgende oproep “tot het indienen van kandidaatstellingen voor een licentie voor het aanbieden van een radio-omroepnetwerk en de bijbehorende zendvergunningen”:

“1. Het digitaal frequentieplan is vastgelegd in het besluit van de Vlaamse Regering van 12 oktober 2007 houdende de vaststelling van het digitaal frequentieplan voor aanbieders van radio- en televisieomroepnetwerken (Belgisch Staatsblad 6 november 2007), gewijzigd bij besluit van de Vlaamse Regering van 21 april 2017. Op 14 oktober 2008 verscheen in het Belgisch Staatsblad het besluit van de Vlaamse Regering van 18 juli 2008 betreffende de voorwaarden en procedure voor het verkrijgen van een licentie voor het aanbieden van een radio- of televisieomroepnetwerk en de bijbehorende zendvergunningen, gewijzigd bij besluit van de Vlaamse Regering van 21 april 2017 en van 28 april 2017.

De frequentiepakketten die het voorwerp zijn van deze oproep zijn bepaald in het besluit van de Vlaamse Regering van 1 juni 2018 houdende de vastlegging van de pakketten van digitale frequenties die zullen worden vrijgegeven tijdens een tweede vergelijkende toets voor het verkrijgen van een vergunning voor het aanbieden van een etheromroepnetwerk en de bijhorende zendvergunningen, bestemd voor het aanbod van vrij te ontvangen radio-omroepprogramma's (Belgisch Staatsblad 6 juni 2018).

1.1. Met toepassing van artikel 7 van het besluit van de Vlaamse Regering van 18 juli 2008 betreffende de voorwaarden en procedure voor het verkrijgen van een licentie voor het aanbieden van een radio- of televisieomroepnetwerk en de bijbehorende zendvergunningen, verschijnt in het Belgisch Staatsblad een oproep tot het indienen van kandidaatstellingen voor een licentie.

1.2. De pakketten van digitale frequenties waarvoor een aanvraag kan worden ingediend zijn neergelegd in de bijlage van het besluit van de Vlaamse Regering van 1 juni 2018 houdende de vastlegging van de pakketten van digitale frequenties die zullen worden vrijgegeven tijdens een tweede vergelijkende toets voor het verkrijgen van een vergunning voor het aanbieden van een etheromroepnetwerk en de bijhorende zendvergunningen, bestemd voor het aanbod van vrij te ontvangen radio-omroepprogramma's.

2. De voorwaarden en procedure voor deelname aan de vergelijkende toets voor het verkrijgen van een licentie, de criteria voor vergelijking van de aanvraagdossiers, de bepalingen over de duur van de licentie en de vergoeding voor het gebruik van een pakket van frequentieblokken of fre-

IX-9476-3/55

quentiekanalen en de procedure voor het verkrijgen van een of meer zendvergunningen liggen vervat in het besluit van de Vlaamse Regering van 18 juli 2008 betreffende de voorwaarden en procedure voor het verkrijgen van een licentie voor het aanbieden van een radio- of televisieomroepnetwerk en de bijbehorende zendvergunningen.

3. De volledige aanvraagdossiers worden ingediend bij de Vlaamse Regulator voor de Media, uiterlijk binnen de zestig dagen na deze publicatie in het Belgisch Staatsblad, en dit met een aangetekende brief, of via elektronische post of een ander telecommunicatiemiddel met elektronische handtekening die voldoet aan artikel 1322 van het Burgerlijk Wetboek.

4. De nodige technische informatie wordt aan de kandidaten die een dossier willen indienen ter beschikking gesteld via de website van het Departement Cultuur, Jeugd en Media van de Vlaamse overheid (<http://www.cjasm.be/media>) en via de website van de Vlaamse Regulator voor de Media (<http://www.vlaamseregulatormedia.be>).

5. De Vlaamse Regulator voor de Media organiseert een hoorzitting waarop kandidaten toelichting kunnen krijgen bij de procedure en naar aanleiding van mogelijke vragen.

6. Het aanvraagdossier wordt ingediend middels een modelformulier. Het formulier is beschikbaar op de website van de Vlaamse Regulator voor de Media (<http://www.vlaamseregulatormedia.be>) of kan bij de griffie van de Vlaamse Regulator voor de Media, Koning Albert II-laan 20, zevende verdieping, 1000 Brussel worden verkregen iedere dag tussen 10 en 12 uur en 14 en 16 uur, uitgezonderd zaterdagen, zondagen en feestdagen.

Het formulier is tevens beschikbaar via een link van op de website van het Departement Cultuur, Jeugd en Media van de Vlaamse overheid (<http://www.cjasm.be/media>).

7. Voor het overige wordt verwezen naar de bepalingen van het decreet van 27 maart 2009 betreffende radio-omroep en televisie (en latere wijzigingen) en de bijbehorende uitvoeringsbesluiten.”

3.2. De Vlaamse Regulator voor de Media ontvangt drie aanvraagdossiers: verzoekster, de nv Norkring België en de cv TVV Digitaal.

3.3. De beschikbare licentie wordt niet toegewezen na een veiling aan de hoogst biedende of na een andere mogelijke benadering zoals een loterij, maar na een vergelijkende toets in een zogeheten *beauty contest* (schoonheidswedstrijd).

Meer bepaald luidens artikel 6, eerste lid, van het besluit van de Vlaamse regering van 18 juli 2008 ‘betreffende de voorwaarden en procedure voor het verkrijgen van een licentie voor het aanbieden van een radio- of televi-

sieomroepnetwerk en de bijbehorende zendvergunningen' ("het procedurebesluit"), worden licenties toegekend na een vergelijkende toets waarin de informatie die de aanvragers in hun aanvraagdossier moeten opnemen onderling wordt vergeleken en wordt getoetst aan de hand van de volgende criteria:

“1° het optimale gebruik en de optimale invulling van de frequentieblokken en frequentiekanalen;

2° de geboden waarborgen voor een eerlijke, redelijke en niet-discriminerende toegang tot de infrastructuur zoals die blijkt uit vooropgestelde contractuele bepalingen met de dienstenverdelers;

3° de technische middelen waarover de aanvrager beschikt en die hem in staat stellen een infrastructuur in de Vlaamse Gemeenschap aan te leggen, in stand te houden en te exploiteren. Die blijkt onder meer uit gegevens over het netwerk, het aantal masten en de curricula van de werknemers;

4° de financiële middelen waarover de aanvrager beschikt;

5° het deel of de delen van de theoretisch beoogde gebieden van de frequentieblokken en frequentiekanalen die bediend zullen worden voor vaste dakontvangst, draagbare buitenhuisontvangst en draagbare binnenhuisontvangst. Hierbij worden de percentages van plaats en tijd, de gebruikte relevante technische parameters en een schatting van de bereikte bevolking vermeld;

6° de timing waarin de zones, vermeld in punt 5°, zullen worden bediend voor vaste dakontvangst, draagbare buitenhuisontvangst en draagbare binnenhuisontvangst, en de eventuele ontwikkeling daarvan in de tijd, met inbegrip van een tijdstabel van de voorgestelde effectieve indienststelling van de verschillende geplande zendinstallaties;

7° de kwaliteit van de uitzendingen per frequentieblok of frequentiekanal, rekening houdend met de geplande digitale capaciteit (uitgedrukt in Mbit/s) en met het aantal omroepprogramma's dat kan worden doorgegeven.”

De informatie, vermeld in de punten 1° en 2°, wordt voor elk onderdeel gewogen voor 20%. De informatie, vermeld in de punten 3° tot 7°, wordt voor elk onderdeel gewogen voor 12% (artikel 6, tweede lid, van het procedurebesluit).

3.4. De verwerende partij kondigt een informatiesessie aan, die zou plaatsvinden op 17 juli 2018.

Verzoekster meldt haar aanwezigheid en bezorgt haar vragen op 16 juli 2018 per e-mail aan de regulator.

Op dezelfde dag deelt de verwerende partij mee dat zij dezelfde ochtend “voor uw mail is binnengekomen” de informatiesessie heeft afgelast “wegens de minimale belangstelling – op dat ogenblik 2 inschrijvers – en omdat er voorafgaandelijk ook geen vragen(lijsten) aan de VRM werden bezorgd”:

“Het spijt ons dat uw bedrijf een maand na de bekendmaking van de oproep tot de kandidaten voor een licentie wacht om zich in te schrijven, minder dan 24 uur voor de geplande vergadering, en aan de VRM ook geen specifieke vragen aangaande de procedure en de voorwaarden bezorgt – ondanks het feit dat u reeds persoonlijk contact met mij opnam op 3 juli jongstleden.”

3.5. Blijkens het onderzoeksrapport dat op 3 oktober 2018 aan de algemene kamer van de regulator is voorgelegd, wordt de vergelijking gedaan op volgende wijze:

“Bij de analyse worden de voor de toetsing en onderlinge vergelijking relevante gegevens voor elke kandidaat vermeld, onderzocht en beoordeeld en vervolgens gequoteerd per criterium.

Per toepasselijk deelonderdeel van het criterium in kwestie, wordt een puntenscore per kandidaat gegeven. De sommatie van deze puntenscores per deelonderdeel, geeft een globale score weer per criterium voor elke kandidaat.

De werkwijze bij de puntentoekenning is de volgende aan elke kandidaat wordt per criterium een startquotering van de helft van de punten gegeven. Deze startquotering wordt, hetzij verhoogd, hetzij verlaagd met (deel)punten naargelang uit de analyse significante positieve of significante negatieve elementen blijken.”

De optelling van de weging op grond van de voormelde criteria geeft volgens de administratie de volgende rangorde:

1. Norkring België nv	83,50
2. verzoekster	80,25
3. TVV Digitaal cv	74,50.

3.6. Met de thans bestreden beslissing nummer 2018/044 beslist de algemene kamer van de Vlaamse Regulator voor de Media, zich aansluitend bij het onderzoeksrapport, om de licentie voor het aanbieden van een radio-omroepnetwerk, met betrekking tot de pakketten van digitale frequenties vermeld

in het voormelde besluit van de Vlaamse regering van 1 juni 2018 voor een termijn van vijftien jaar toe te kennen aan de nv Norkring België en de overige aanvragen, waaronder de aanvraag van verzoekster, af te wijzen.

Het betreft de digitale DAB+ kanalen 5A en 5D.

3.7. Van dezelfde beslissing wordt de nietigverklaring gevorderd door de cv TVV Digitaal met een beroep waarover heden uitspraak volgt bij arrest nr. 249.113.

#### *IV. Onderzoek van de middelen*

##### *A. Vooraf*

##### *Exceptie*

4. De tussenkomende partij betwist het belang van verzoekster bij het eerste tot het vijfde middel, omdat niet zou blijken dat de betrokken beslissing verschillend zou zijn geweest indien de beweerde schending niet was begaan. De tussenkomende partij verwijst daartoe naar het puntenverschil dat overbrugd moet worden door verzoekster om als eerste uit de vergelijking te komen. Zelfs indien bepaalde kritieken die verzoekster uit in haar eerste tot vijfde middel zouden slagen, moeten deze ten voordele van verzoekster tot een groter puntenverschil leiden dan het puntenverschil dat de verwerende partij aan de tussenkomen- de partij toekende, namelijk 3,25 punten.

##### *Beoordeling*

5. Anders dan de tussenkomende partij opwerpt, heeft verzoekster hoe dan ook belang bij een middel waarvan de gegrondheid ertoe zou leiden dat de verwerende partij een andere beoordelingsmethode moet hanteren, aangezien niet kan worden uitgesloten dat verzoekster op grond van die beoordelingsmetho-

de de kans krijgt om de licentie voor het aanbieden van een radio-omroepnetwerk te verkrijgen. In zoverre is de exceptie ongegrond.

Voor zover verzoekster punctuele kritiek heeft op de beoordeling van bepaalde criteria, vereist de gegrondheid van de exceptie dat zij na een herbeoordeling zonder enige kans blijft om een relevant hogere score te behalen die het puntenverschil kan overbruggen. De exceptie hangt in zoverre samen met de grond van de zaak.

### *B. Eerste middel*

#### *Uiteenzetting van het middel*

6. Verzoekster put het eerste middel uit de schending van artikel 6 van het procedurebesluit, de artikelen 2 en 3 van de wet van 29 juli 1991 ‘betreffende de uitdrukkelijke motivering van de bestuurshandelingen’, “minstens de materiële motiveringsplicht en het zorgvuldigheids- en transparantiebeginsel”, “door de gebruikte beoordelingsmethode niet (formeel) te motiveren, met name door niet met redenen te omkleden waarom elke kandidaat ‘een startquotering van de helft van de punten’ werd gegeven en door deze beoordelingsmethode niet vóór opening van de kandidaturen te hebben opgesteld”.

In de toelichting stelt zij dat de beoordelingsmethode een invloed kan hebben op de rangschikking van de kandidaten. Deze methode mag er niet toe leiden dat de vooraf bepaalde beoordelingscriteria en hun weging wijzigen. In deze zaak konden de kandidaten zich niet verwachten aan de beoordelingsmethode en konden zij er zich niet op voorbereiden. Volgens het Europees Hof van Justitie moet de beoordelingsmethode bij overheidsopdrachten niet op voorhand worden bekendgemaakt, maar wel op voorhand worden vastgesteld om elke schijn van favoritisme uit te sluiten. In deze zaak hanteert de verwerende partij een beoordelingsmethode die niet op voorhand bekendgemaakt is.

De bestreden beslissing bevat geen enkel formeel, minstens materieel afdoende motief waarom elke kandidaat een startquotering van de helft van de punten moet krijgen. Deze keuze is niet vanzelfsprekend. Op het tweede criterium krijgt de tussenkomende partij voor ‘marktsituatie’ omwille van haar monopoliepositie 3 minpunten. Een monopolist die zijn monopoliepositie kan uitbreiden kan per definitie niet beginnen bij 10 punten op 20. Als Norkring 10 punten aftrek had gekregen vanwege haar monopoliepositie “dan had deze kwestie hier niet aangevoerd hoeven te worden”.

De keuze voor een startquotering van 50% is geen neutraal gegeven en het beïnvloedt de uiteindelijke rangschikking van de kandidaten doordat meer- en minpunten per (sub)criterium hierdoor een geringer effect hebben dan wanneer elke kandidaat start met 0 punten en vanaf daar gequoteerd wordt, wat het uitgangspunt is in artikel 6, tweede lid, van het procedurebesluit zodat de beoordelingsmethode in de bestreden beslissing ook ermee strijdig is.

Uit de bestreden beslissing blijkt ook nergens of deze beoordelingsmethode op voorhand, vóór ontvangst en opening van de kandidaturen, werd opgemaakt door de verwerende partij, zodat minstens de schijn bestaat dat deze pas achteraf werd bepaald, na kennisname van de (namen van de) kandidaturen, wat een risico op favoritisme inhoudt, waar het Europees Hof van Justitie terecht voor waarschuwde.

Verzoekster illustreert haar betoog uitvoerig met jurisprudentie van de Raad van State en het Europees Hof van Justitie in het kader van de overheidsopdrachtenwetgeving.

7. In de memorie van wederantwoord preciseert verzoekster dat zij niet aanvoert dat de overheidsopdrachtenwetgeving hier van toepassing is. Zij maakt enkel een vergelijking op het vlak van de onderliggende principes en de rechtspraak hierover. Deze analogie is volgens haar gerechtvaardigd omdat, net zoals in de overheidsopdrachtenregelgeving, het gelijkheids- en het daaruit volgende transparantiebeginsel essentieel zijn ter bescherming van de inschrijvers.

Het gaat hier weliswaar niet om een overheid die een opdracht tegen betaling plaatst, maar om het verlenen van exclusieve gebruiksrechten op een schaars goed dat niemand toebehoort en dat daarom door de overheid beheerd wordt. De verwerende partij was alleszins gehouden door de interpretatieve mededeling van de Commissie over concessieovereenkomsten in het communautaire recht (2000/C 121/02, *PB* 29 april 2000). Specifiek voor de frequentierechten geldt op grond van de machtigingsrichtlijn dat de verlening ervan plaats dient te vinden op basis van objectieve, transparante, niet-discriminerende en evenredige selectiecriteria.

De tussenkomenende partij voert volgens verzoekster geen enkel dienstig element aan om aan te tonen dat het model met een startscore van 50% van de punten redelijkerwijs voorzienbaar was op basis van het mediadecreet en zijn uitvoeringsbesluiten. Verzoekster herhaalt dat het model van een hoge startscore niet neutraal is, aangezien dat model intrinsiek zwakke kandidaturen beloont en de intrinsiek sterke bestraft. De beoordelingsmethode werd opgesteld na de ontvangst van de kandidaturen. Er wordt in de processtukken geen antwoord gegeven op de vraag waarom met een startscore van 50% van de punten wordt gewerkt.

8. In haar laatste memorie betoogt verzoekster dat transparantie “deel [is] van het dwingend beoordelingskader opgelegd door de Kader- en Machtigingsrichtlijn [...] en van de toetsing aan het grondwettelijk gelijkheidsbeginsel omdat transparantie bijdraagt tot de gelijke behandeling van kandidaten”. Zij “wijst nog eens op de Interpretatieve mededeling van de Commissie over concessieovereenkomsten in het communautaire recht (2000/C 121/02) [...] waar, in het algemeen, uit blijkt dat licenties zoals in deze zaak kwalificeren als een ‘concessie’ bedoeld in deze mededeling”. Op grond van deze mededeling dienen de basisprincipes die gelden in het overheidsopdrachtenrecht naar analogie ook nageleefd te worden bij de toekenning van concessies.

## *Beoordeling*

9.1. Artikel 6 van het procedurebesluit bevat geen enkel voorschrift met betrekking tot de beoordelingsmethodiek, maar somt enkel zeven beoordelingscriteria op en legt een bepaalde weging ervan vast.

De verwerende partij past in de vergelijkende toets de zeven reglementaire criteria en de bijbehorende weging toe.

Verzoekster voert in het middel niet aan dat de aanvraagdossiers niet aan alle criteria zijn getoetst, noch dat een bijkomend criterium onterecht is toegepast. Evenmin voert zij aan dat is afgeweken van de in artikel 6, tweede lid, van het procedurebesluit voorgeschreven weging.

Verzoekster is voorts in staat de pertinentie van de gekozen criteria aan de rechter voor te leggen evenals de concrete toepassing ervan op de ingediende dossiers. Zij voert al evenmin in het thans ter beoordeling voorliggende middel aan dat de bedoelde criteria – die uiteraard kenbaar waren aangezien ze in het procedurebesluit zijn opgesomd – of hun weging niet objectief en pertinent zijn ten aanzien van de te verlenen licentie, noch argumenteert zij dat ze niet op een gelijke wijze op alle kandidaten zijn toegepast.

9.2. Over een welbepaalde door de regulator te hanteren methode voor de waardering van de zeven gestelde criteria is noch in artikel 6 van het procedurebesluit, noch elders in de regelgeving iets terug te vinden, wat betekent dat die keuze gelaten is aan de verwerende partij. De regulator beschikt in dat geval over de beleidsruimte om naar eigen inzicht een passende werkwijze aan te nemen die volgens hem het best geschikt is om de meest aantrekkelijke kandidaat in de *beauty contest* te kiezen en over een beoordelingsruimte om het aanbod van elke kandidaat in te schatten. Zolang de regulator blijft bij de zeven hem opgelegde criteria, beschikt hij met andere woorden over een discretionaire bevoegdheid om die criteria te waarderen, zodat verschillende beslissingen mogelijk kunnen zijn.

Weliswaar geldt voor het bestuur niet louter dat *beauty is in the eye of the beholder* – de perceptie van schoonheid is in deze wedstrijd niet onvermengd subjectief: de regulator moet zijn keuze van de winnaar steunen op rechtens aanvaardbare en op werkelijke feiten berustende motieven, die hij met de nodige zorgvuldigheid heeft vastgesteld en tegen elkaar heeft afgewogen en op grond waarvan hij in redelijkheid tot zijn eindoordeel vermocht te komen. Dat is dan een zaak van materiële motiveringsplicht, die hierna aan bod komt.

9.3. Een schending van artikel 6 van het procedurebesluit is niet aangetoond.

10. De formelemotiveringswet brengt verzoekster in haar toelichting bij het middel niet meer uitdrukkelijk ter sprake. Blijkbaar stoort haar (enkel) dat de bestreden beslissing “geen enkel formeel [...] afdoende motief [bevat] waarom elke kandidaat een startquotering van de helft van de punten moet krijgen”.

De formelemotiveringswet reikt evenwel niet zo ver dat het bestuur ook een verantwoording van zijn motieven moet geven. De formelemotiveringsplicht verplicht de verwerende partij ertoe om inzichtelijk te maken waarom Norkring de licentie krijgt en de keuze op de tussenkomende partij viel, maar zij moet geen uitdrukkelijke verantwoording afleggen over elke mogelijke voorbereidende handeling die aan dat eindresultaat is voorafgegaan.

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

11. Aan de Raad van State is geen ‘transparantiebeginsel’ bekend als algemeen beginsel van behoorlijk bestuur. In die mate is het middel niet ontvankelijk.

In de memorie van wederantwoord brengt verzoekster dit ‘transparantiebeginsel’ voor het eerst in verband met de machtigingsrichtlijn (richtlijn 2002/20/EG van het Europees Parlement en de Raad van 7 maart 2002 ‘betreffende de machtiging voor elektronische-communicatienetwerken en -diensten’) en met een interpretatieve mededeling van de Commissie. In haar laatste memorie voert zij voor het eerst aan dat de licentieprocedure te kwalificeren is als ‘concessie’. Verzoekster had een schending van die bepalingen reeds in het inleidend verzoekschrift kunnen aanvoeren. Door pas in de memorie van wederantwoord en in de laatste memorie Unierecht te betrekken bij het middel, geeft zij een nieuwe grondslag aan het middel, dat initieel uitsluitend geput is uit internrechtelijke bepalingen en bestuursrechtelijke beginselen. Ook in die mate is het middel niet ontvankelijk, nog daargelaten of aan de aangevoerde bepalingen rechtstreekse werking kan worden gegeven.

12. De materiële motiveringsplicht houdt in dat de bestreden beslissing moet worden gedragen door rechtens verantwoorde motieven die kunnen blijken, hetzij uit de beslissing zelf, hetzij uit de stukken van het dossier.

Het valt de Raad van State in principe niet toe het feitenonderzoek over te doen om zich aldus, wat de appreciatie van de zaak betreft, in de plaats te stellen van de administratie. Het behoort wel tot de bevoegdheid van de Raad van State om desgevraagd na te gaan of de ingeroepen feiten werkelijk bestaan indien ze worden betwist. Indien wordt geoordeeld dat de beslissing steunt op onbestaande, onvoldoende bewezen feiten, dan is het materiële motiveringsbeginsel geschonden.

Zoals reeds is uiteengezet *sub* 9, behoort de werkwijze om tot de berekening van de scores te komen tot de beoordelingsvrijheid van de over-

heid, zij het dat die vrijheid beperkt wordt door de toepasselijke beginselen van behoorlijk bestuur, zoals het hier aangevoerde materiële motiveringsbeginsel.

Dit beginsel verplicht de overheid evenwel niet ertoe om die waarderingswijze noodzakelijk vooraf vast te leggen.

13.1. Verzoekster toont voorts niet aan waarom het gebruiken van een startquotering per criterium van de helft met gemotiveerde, aan het dossier verbonden plus- en minpunten niet adequaat is om een vergelijkende toets uit te voeren die het kwalitatieve verschil tussen de aanvraagdossiers daadwerkelijk tot uiting brengt.

13.2. Verzoekster geeft in de toelichting bij het middel zelf aan dat haar ontevredenheid – en dus haar wettigheidskritiek – in wezen verband houdt met de concrete toepassing van deze beoordelingsmethodiek en niet met de methodiek zelf, laat staan met het tijdstip waarop die methodiek is vastgesteld of bekendgemaakt. Zij schrijft immers zelf dat zij haar kritiek niet had hoeven te formuleren indien bij criterium 2 aan Norkring wegens haar monopoliepositie 10 punten aftrek ware gegeven in plaats van 3 minpunten. Met andere woorden: indien de methodiek van de startquotering en de plus- en minpunten wel vooraf was vastgesteld door de verwerende partij, zou dit voor verzoekster evenmin volstaan en zou zij nog steeds kritiek hebben op 3 punten aftrek voor Norkring. Het ogenblik van vaststelling van de methodiek is zonder enige invloed en verzoekster heeft dus geen belang bij de grief zoals zij die op dat punt heeft aangevoerd.

13.3. Het ligt dan op de weg van verzoekster om *in concreto* aan te tonen waarom de puntentoekenning, afgezet tegen de drie aanvraagdossiers, onregelmatig is.

Als het verzoekster griefte dat bij criterium 2 met een startquotering van 10/20 wordt gewerkt en dat Norkring “slechts” drie punten afgetrokken worden, werkt zij dit aspect van de grief evenwel amper nader uit. Zij wijst enkel op de marktpositie van Norkring. Marktpositie is echter slechts één van de tien

elementen die voor de beoordeling van criterium 2 in ogenschouw zijn genomen, zodat het criterium niet daartoe is te herleiden. Tegenover de marktpositie van Norkring, die al een licentie heeft voor frequentiepakket 11A, staat voorts dat verzoekster óók al een licentie heeft, voor frequentiepakket 12A. Verzoekster maakt in het geheel niet inzichtelijk waarom de aan haar en aan Norkring toegekende quotering voor criterium 2 – 17/20 voor verzoekster en 12,5/20 voor Norkring en inzonderheid een relatief groot onderling verschil van vier punten ingevolge het element ‘marktsituatie’ – de beoordelingsvrijheid van de verwerende partij te buiten gaat en, aldus, de materiële motiveringsplicht zou schenden.

14. Uit wat voorafgaat blijkt dat geen van de in het middel aangevoerde beginselen en bepalingen de verwerende partij ertoe verplicht om de vergelijking van de aanvraagdossiers te maken aan de hand van een uitdrukkelijk vooraf vastgestelde beoordelingsmethode.

15. Evenmin slaagt verzoekster erin de onregelmatigheid aan te tonen van de *in casu* voor criterium 2 aan Norkring toegekende score.

16. Ten overvloede stelt de Raad nog vast dat verzoekster de bewering dat zij een anders gestoffeerd dossier zou hebben ingediend indien de methode vooraf vastlag, niet nader onderbouwt. Hoe zij dat zou kunnen is ook een raadsel, aangezien verzoekster wél stelt dat de methode vooraf moest zijn vastgesteld, maar uitdrukkelijk aangeeft dat ze daarom niet ook vooraf moest zijn bekendgemaakt aan de kandidaten.

17. Het eerste middel, voor zover ontvankelijk, is ongegrond.

### *C. Tweede middel*

#### *Uiteenzetting van het middel*

18. Het tweede middel is geput uit de schending van het zorgvuldigheidsbeginsel, de artikelen 2 en 3 van de wet van 29 juli 1991 ‘betreffende de

uitdrukkelijke motivering van de bestuurshandelingen’, “minstens de materiële motiveringsplicht” en artikel 6 van het procedurebesluit, “door een aantal van de zeven criteria van de vergelijkende toets verder op te delen in subcriteria met een eigen weging die niet op voorhand werden bekendgemaakt en/of vastgesteld”.

Verzoekster licht toe dat de criteria in artikel 6 van het procedurebesluit “eigenlijk gunningscriteria” zijn, zodat een analogie met de principes en regels in verband met overheidsopdrachten “gepast” is. Deze criteria vormen de basis voor een vergelijkende beoordeling van de kwaliteit van de inschrijvingen. Subcriteria zijn in het domein van de overheidsopdrachten een permanente bron van geschillen wanneer bestaan, inhoud en weging ervan niet op voorhand bekend zijn.

Uit de vergelijkende toets blijkt dat de verwerende partij een aantal van de zeven criteria verder heeft opgedeeld in subcriteria dan wel heeft “ontdubbeld”. Aangenomen kan worden dat die opdeling gebeurde na ontvangst van de kandidaturen. Voor elk subcriterium werden punten in min of meer toegekend. Deze subcriteria waren niet alle op voorhand bekendgemaakt in artikel 6 van het procedurebesluit. Het gaat om criterium 1 ‘optimum verdeling masten, stand-by operationaliteit sites, planning & uitrol sites, contracting sites’ en om criterium 2 ‘limitering capaciteit, standaard aanbod bandbreedte, marktsituatie’.

Daarnaast worden sommige (sub)criteria die wel vermeld zijn in artikel 6 van het procedurebesluit meermaals onder een verschillende noemer beoordeeld. Het gaat om criterium 5 – “de eerste vier subcriteria zijn eigenlijk hetzelfde als de drie laatste” – en om criterium 6 – “elk van de subcriteria vermeld in de bestreden beslissing betreft steeds hetzelfde: de snelheid waarmee de kandidaat ervoor moet zorgen [dat] zijn net gebruikt kan worden voor radio-uitzendingen”.

De onvoorzienbaarheid hiervan maakt dat de kandidaten, en dus ook verzoekster, dit niet konden inschatten en verwerken in hun kandidatu-

ren. Indien zij dit wel had kunnen doen, “had dit mogelijk een andere kandidatuur en dus een andere beoordeling opgeleverd”, wat van belang is gelet op het kleine puntenverschil tussen haar en de tussenkomenende partij “dat een gevolg is van de verdere fragmentering van de criteria opgesomd in artikel 6 van het procedurebesluit”.

19. Verzoekster stelt in de memorie van wederantwoord dat de *exceptio obscuri libelli* opgeworpen door de tussenkomenende partij ongegrond is. Niet alleen bevat haar memorie in tussenkomst een omstandig verweer ten gronde tegen het middel, “wat aantoont dat ze het begrepen heeft”, maar in het verzoekschrift “is [...] concreet uiteengezet over welke criteria het gaat”.

Het valt verzoekster op dat de verwerende partij inhoudelijk geen enkel argument aanvoert over de wijze waarop zij de criteria 1 en 2 invulde, terwijl de tussenkomenende partij zich op de stoel van de regulator zet en in zijn plaats een uitleg tracht te geven voor deze opdeling, wat haar niet toekomt. Met het verweer van de tussenkomenende partij kan dus geen rekening gehouden worden.

Verzoekster herhaalt dat de criteria 1 en 2 voor de beoordeling ervan opgedeeld werden in tal van onderdelen (subcriteria) die niet op voorhand waren bekendgemaakt. Dat deze logischerwijs uit de wel op voorhand bekende hoofdcriteria 1 en 2 afgeleid konden worden, is volgens haar onjuist.

20. In haar laatste memorie dupliceert verzoekster dat een bondig geformuleerd middel niet per definitie een onduidelijk middel is.

Verzoekster betoogt dat de beoordeling van criterium 1 is gedaan aan de hand van elementen die subcriteria zijn die niet op voorhand waren vastgesteld noch bekendgemaakt en die niet voorzienbaar waren voor de kandidaten. Zou zij die elementen en hun scorefactoren wel gekend hebben, dan had zij wellicht een aanbod gedaan dat nog beter aansluit op die criteria. Deze invulling door de verwerende partij betreft immers niet het gebruik van de frequenties,

maar technische aspecten van het zenderpark, wat aan bod komt in de criteria 5, 6 en 7. Dit zijn verschillende dingen: het is perfect mogelijk om met een zenderpark dat goed scoort op deze elementen, geen optimaal gebruik en invulling te geven aan de frequenties.

De beoordelingselementen die zijn gebruikt bij criterium 2 houden daarmee geen voorzienbaar rechtstreeks verband, maar wel met criterium 7.

De kritiek op criterium 5 spreekt voor zich: de eerste vier subcriteria betreffen elementen die leiden tot de resultaten die beoordeeld worden onder de laatste drie ‘criteria’: de laatste drie criteria zijn dus geen beoordelingselementen, maar het resultaat van de toepassing van de eerste vier.

Bij criterium 6 valt niet in te zien wat de verschillen zijn tussen ‘opgave planning’, ‘opgave uitrol’, ‘timing’ en ‘opgave tijdstabel’, nu daar geen onderscheid wordt gemaakt tussen de diverse chronologische fasen. Het gaat telkens om hetzelfde: binnen welke tijdspanne zal het netwerk, eventueel in fases, operationeel zijn voor radio-uitzendingen.

Ten slotte betoogt verzoekster dat het volstaat dat zij aantoont dat de werkwijze van de verwerende partij leidde tot een invulling en toepassing van de beoordelingscriteria die op voorhand onbekend en onvoorzienbaar waren, in welk geval zij een ander dossier had kunnen indienen volgens dat beoordelingsstramien. Van haar vergen óók concreet aan te tonen dat zij een andere kandidatuur zou hebben ingediend, zou de bewijslast van een verzoekende partij overstijgen.

### *Beoordeling*

21. De voorliggende procedure waarbij licenties worden toegekend na een toetsing van de aanvraagdossiers aan een reeks criteria is geen overheidsopdracht die wordt toegewezen op grond van een offerte na een uitgebreid vooraf bekendgemaakt bestek. De overheidsopdrachtenwetgeving is er niet op van toe-

passing (zie artikel 26 van de wet van 17 juni 2016 ‘inzake overheidsopdrachten’).

Het middel, dat volledig steunt op de premisse dat de regels en dienovereenkomstig de jurisprudentie inzake de overheidsopdrachten “naar analogie” van toepassing zijn, faalt alleen reeds om die reden.

22. De verwerende partij heeft in haar beslissing de elementen op grond waarvan zij de geschiktheid van de aanvraagdossiers volgens het model van de *beauty contest* vergelijkend heeft getoetst aan de criteria van het procedurebesluit geëxpliciteerd. De formelemotiveringsplicht reikt niet zo ver dat van haar verwacht wordt de keuze voor die elementen bijkomend uitdrukkelijk te motiveren.

23. Artikel 6 van het procedurebesluit verbiedt de gekozen aanpak niet. Om de *sub* 9 gegeven redenen is van een schending van artikel 6 van het procedurebesluit geen sprake.

24. Wat de materiële motiveringsplicht en het zorgvuldigheidsbeginsel betreft, lag het op de weg van verzoekster om aan te tonen dat die beoordelingselementen niet pertinent zijn of om een andere manier onregelmatig gekozen of toegepast of, erger nog, dat ze werden gemanipuleerd.

25. Verzoekster komt in haar inleidend verzoekschrift niet verder dan een louter hypothetische beschouwing, dat haar aanvraag “mogelijk” anders samengesteld zou zijn geweest indien zij die werkwijze vooraf had gekend, zonder dit te concretiseren of te illustreren. Anders dan zij beweert, gaat het haar “bewijslast” niet te boven om een grief in méér dan speculatieve formuleringen neer te schrijven en om minimaal aannemelijk te maken dat ze steun vindt in de realiteit.

Het stond elke kandidaat vrij om voor deze *beauty contest* een eigen strategie te ontwikkelen en om het eigen aanvraagdossier in functie daarvan

te stofferen zoals hij dat het beste vond. Op het aanvraagformulier konden de kandidaten lezen dat het hen toeviel om “bij de informatie die zij bij de aanvraag voegen per onderdeel van de verstrekte informatie duidelijk en specifiek [te vermelden] voor welk van de criteria vermeld in artikel 6 van het procedurebesluit zij de verstrekte informatie relevant achten” met het oog op de vergelijkende toets. De laatste rubriek van het formulier betreft ‘andere nuttige informatie (vrij in te vullen)’, wat er alweer op wijst dat het in de eerste plaats de kandidaat zelf toevalt om zijn sterktes naar voor te schuiven en de regulator hiermee te overtuigen.

Verzoekster toont niet aan dat zij daarin verschalkt is geweest, omdat de criteria of de onderscheiden elementen ervan zo diffuus of subjectief zouden zijn dat ze een eerlijke en geloofwaardige competitie onmogelijk maken.

26. In het auditoraatsverslag is de volgende beoordeling te lezen van hetgeen verzoekster in het inleidend verzoekschrift heeft aangebracht over de criteria 1, 2, 5 en 6:

“Het middel in het verzoekschrift is bijzonder summier uiteengezet en laat niet toe om te oordelen of de vermeende ‘subcriteria’ onder criteria 1 en 2 hieronder niet begrepen kunnen worden. Hetzelfde geldt voor de vermeende ‘subcriteria’ die meermaals onder verschillende noemer zijn vermeld.”

Voor zover die vaststelling, die de Raad deelt, al niet volstaat om dit aspect van het middel af te wijzen wegens *obscuri libelli*, mag in hetzelfde auditoraatsverslag nog de volgende beoordeling worden gelezen, die de Raad na eigen onderzoek van de stukken eveneens bijvalt:

“Wat het eerste criterium betreft, is niet aannemelijk dat er een onwettigheid voorligt. Het criterium ‘het optimale gebruik en de optimale invulling van de frequentieblokken en frequentiekanalen’ is immers in ruime bewoordingen geformuleerd en verleent dus een ruime appreciatiemarge aan de Vlaamse Regulator voor de Media. Het komt aan [hem] toe om op grond hiervan de elementen van de aanvraagdossiers te beoordelen en te vergelijken. De beoordeling van de aanvragen op grond van dit criterium wordt gestructureerd aan de hand van de volgende beoordelingselementen:

- Het eerste element waaraan wordt getoetst, is het aantal zendlocaties en de verdeling van de zendlocaties over het grondgebied (optimale verdeling).
- Het tweede element vormt de uitrol, ingebruikneming en invulling multiplex 5A/5D, daarbij wordt o.m. nagegaan of de beide frequentiekanalen gelijktijdig worden ingevuld en uitgerold. Daaronder valt de stand-by operationaliteit, d.i. het tijdsverloop waarin een zendlocatie operationeel kan worden gemaakt door minimal effort of door slechts minimale aanpassingen aan de infrastructuur/apparatuur. Onder planning en uitrol wordt begrepen: de manier waarop de sites in dienst worden gebracht. Onder contracting wordt gekeken hoe het contract met de omroepen het gebruik en invulling 5A/5D wordt bereikt.

Deze beoordelingselementen hebben duidelijk te maken met het optimaal gebruik en invulling van de frequentiekanalen waaraan de kandidaten zich kunnen verwachten, minstens toont de verzoekende partij niet aan dat dit niet het geval zou zijn. [...]

criterium 2: ‘de geboden waarborgen voor een eerlijke, redelijke en niet-discriminerende toegang tot de infrastructuur zoals die blijkt uit vooropgestelde bepalingen met de dienstenverdelers’ is eveneens in ruime bewoordingen geformuleerd en verleent dus een ruime appreciatiemarge aan de Vlaamse Regulator voor de Media. Dit criterium gaat na hoe de radio-omroepen toegang krijgen tot de infrastructuur om uitzendingen via DAB+ te verzorgen. Limitering capaciteit, standaardaanbod bandbreedte en marktsituatie zijn beoordelingselementen die hier rechtstreeks mee te maken hebben.

criterium 5: ‘het deel of de delen van de theoretisch beoogde gebieden van de frequentieblokken en frequentiekanalen die bediend zullen worden voor vaste dakontvangst, draagbare buitenhuisontvangst en draagbare binnenhuisontvangst’. Als beoordelingselementen [om] de beoordeling te structureren, kijkt de verwerende partij naar de 1) aangeleverde informatie en werkwijze; 2) planningsparameters & -criteria, 3) visualisaties (kaartinformatie), 4) aangifte percentages, 5) vaste dakontvangst (opp. en bevolking), 6) draagbaar buitenhuis (opp. en bevolking), [7)] draagbaar binnenhuis (opp. en bevolking). Zonder uitleg van de verzoekende partij kan niet worden aangenomen dat de eerste 4 ‘subcriteria’ samenvallen met de laatste 3 ‘subcriteria’.

criterium 6: ‘de timing waarin de zones, vermeld in punt 5°, zullen worden bediend voor vaste dakontvangst, draagbare buitenhuisontvangst en draagbare binnenhuisontvangst, en de eventuele ontwikkeling daarvan in de tijd, met inbegrip van een tijdstabel van de voorgestelde effectieve indienststelling van de verschillende geplande zendinstallaties’. De deelonderdelen beogen elk, zoals de verzoekende partij stelt, de snelheid na te gaan waarmee de kandidaat ervoor moet zorgen [dat] zijn net gebruikt kan worden voor radio-uitzendingen. Evenwel zijn de deelonderdelen wel van elkaar te onderscheiden en spitsen ze zich toe op verschillende fases van het uitzendklaar maken van de frequentiekanalen: 1) opgave planning, 2) opgave uitrol, 3) timing (tijdsverloop volledige operationaliteit), 4) op-

gave tijdstabel, 5) realiteitscheck (effectieve indiensteming i.f.v. de opge[ge]ven timing).”

Verzoekster overtuigt niet dat de verwerende partij, gelet op de beoordelingsvrijheid waarover zij beschikt, aldus onredelijk of onzorgvuldig heeft gehandeld.

27. Met de uiteenzetting in haar laatste memorie voegt verzoekster toe aan de initiële toelichting van het middel. Hiermee mag geen rekening worden gehouden in zoverre die nieuw is, en dus laattijdig. Dat een bepaalde onregelmatigheid naar de opvatting van een verzoekende partij voor zich spreekt, ontslaat haar niet ervan om ze op schrift te stellen en te adstrueren in het inleidend verzoekschrift. Anders oordelen zou erop neerkomen dat het aan de Raad van State wordt overgelaten om het middel te construeren en zou de rechten van verdediging zinloos maken.

28. Het middel wordt verworpen.

#### *D. Derde middel*

##### *Uiteenzetting van het middel*

29. Het derde middel is geput uit de schending van “het zorgvuldigheids- en vertrouwensbeginsel”, “doordat [de bestreden beslissing] genomen is zonder antwoord op de vragen van [verzoekster], terwijl de VRM op de hoogte was van de vragen die [verzoekster] stelde n.a.v. afgelaste informatievergadering, terwijl er overigens wel interesse was van minstens één partij ([verzoekster]) voor die vergadering en de gestelde vragen deels betrekking hadden op elementen die bepalend waren voor het opstellen van de kandidatuur van [verzoekster]”.

In de toelichting stelt verzoekster dat er weliswaar geen formele plicht op de verwerende partij rust om informatievergaderingen te organiseren in het kader van de licentietoekenning voor DAB+, maar het zorgvuldigheids- en het vertrouwensbeginsel verplichten haar er wel toe om haar eigen engagement

IX-9476-22/55

na te komen. Dat er slechts weinig geïnteresseerden zijn, is niet relevant. Dit was immers te verwachten en daarenboven heeft de verwerende partij op voorhand geen minimumaantal deelnemers als voorwaarde vereist. Dat veel vragen gesteld werden aan de vooravond van de informatievergadering is evenmin dienstig. Verschillende vragen hadden in het bijzonder betrekking op de inhoud van de kandidaturen en de wijze waarop de diverse criteria beoordeeld zouden worden. Indien verzoekster op voorhand had geweten dat de verwerende partij een hogere quotering zou geven aan de kandidaten die niet alleen de methode gebruiken van de Regionale Radioconventie van Genève (RCC06), de gebruikelijke internationale norm, maar ook die van de EBU, dan had zij ook deze methode kunnen toepassen in haar kandidatuur. Bovendien is het ook mogelijk dat het dossier van de tussenkommende partij minder goed zou scoren dan dat van verzoekster indien enkel het RCC06-model wordt toegepast. Dit toont aan dat de bestreden beslissing op onzorgvuldige wijze tot stand is gekomen door geen antwoord te geven op de vraag van verzoekster.

30. In de memorie van wederantwoord en in haar laatste memorie blijft verzoekster erbij dat een zorgvuldig handelende overheid die later moet oordelen aan de hand van kwalitatieve beoordelingscriteria niet zonder uitleg en met als enige rechtvaardiging een lage opkomst, een informatiesessie afzegt die juist tot doel heeft de potentiële kandidaten antwoorden te geven op de vragen die zij zouden hebben bij het hele proces van de licentieverlening. Dit klemt des te meer omdat de verwerende partij de gestelde vragen ook schriftelijk had kunnen beantwoorden, wat zij eveneens niet deed: de vragen werden voorgelegd aan de algemene kamer, maar kregen geen antwoord. Een zelfs oppervlakkige blik op haar vragenlijst toont niet alleen de relevantie ervan aan, maar ook de redelijke kans dat, mochten er antwoorden zijn gekomen, dit een invloed zou hebben gehad op haar kandidaatstelling.

### *Beoordeling*

31. Het middel, zoals het initieel is toegelicht, heeft enkel betrekking op het annuleren van de informatiesessie. De kritiek die verzoekster pas

voor het eerst in haar laatste memorie formuleert over het ontbreken van een schriftelijk antwoord op haar vragenlijst blijft buiten het debat, aangezien zij hiermee een laattijdige en niet ontvankelijke nieuwe grondslag geeft aan het middel.

32. Het houden van een informatievergadering is, zoals verzoekster het zelf stelt, geen verplichting die door de toepasselijke rechtsregels wordt opgelegd.

Het zorgvuldigheids- en het vertrouwensbeginsel verplichten de verwerende partij er in beginsel niet toe om een geplande facultatieve informatievergadering steeds te laten plaatsvinden. In de concrete omstandigheden valt het de verwerende partij niet te verwijten dat zij een vergadering afgelast daags voordat ze gepland is, wanneer zij vaststelt dat er – op het ogenblik van haar beslissing – geen afdoende belangstelling voor is.

33. Het middel is ongegrond.

#### *E. Vierde middel*

##### *Uiteenzetting van het middel*

34. De bestreden beslissing schendt luidens het vierde middel artikel 7.3 van de machtigingsrichtlijn en artikel 8 van de kaderrichtlijn (richtlijn 2002/21/EG van het Europees Parlement en de Raad van 7 maart 2002 ‘inzake een gemeenschappelijk regelgevingskader voor elektronische-communicatienetwerken en -diensten’), “en/of de formele, minstens de materiële motiveringsplicht en het zorgvuldigheids- en redelijkheidsbeginsel als beginselen van behoorlijk bestuur”, “doordat, ondanks de door de VRM vastgestelde en door toekenning van de licentie nog te versterken monopoliepositie van [Norkring] in de Vlaamse markt van DAB+-netwerken voor particuliere radio- (en televisie-omroepen (DVB-T)), dit gegeven slechts een marginale impact had op de beoordeling van de kandidatuur van [Norkring] (min drie punten op twintig voor criterium 2) en

de andere kandidaten [...] slechts één punt meer kregen omdat hun deelname aan de markt de monopoliepositie van [Norkring] zou afzwakken, wat de mededinging ten goede zou komen”.

In de toelichting stelt verzoekster dat de verwerende partij erkent dat de toekenning van de licentie aan de tussenkomende partij een negatief effect heeft op de mededinging en risico's inhoudt voor een eerlijke en niet-discriminerende toegang tot de infrastructuur. Dit leidde evenwel slechts tot 3 minpunten. Eveneens erkende de verwerende partij dat het toegangsmodel dat de tussenkomende partij wil hanteren totaal niet transparant is. Dit leidde echter niet tot minpunten, maar slechts tot een neutrale score. Uit artikel 7.3 van de machtigingsrichtlijn en artikel 8 van de kaderrichtlijn blijkt dat bijzondere aandacht moet worden besteed aan de mededinging en met name dat beperking of verstoring ervan dient te worden tegengegaan. Een zorgvuldig handelende nationale regelgevende instantie dient aandacht te hebben voor een monopoliepositie. Het is onzorgvuldig en onredelijk om slechts drie punten minder te geven. Een nul-score voor niet-transparantie op een geheel van twintig punten voor het criterium 2 drong zich op. Wanneer gunningscriteria gebruikt worden is een loutere quotering in punten immers niet afdoende als motivering. De andere twee kandidaten, die garant staan voor meer mededinging bij toekenning van de licentie krijgen elk slechts één punt meer hiervoor. De bestreden beslissing motiveert niet waarom zij niet elk minstens drie punten meer hebben gekregen.

35. In de memorie van wederantwoord stelt verzoekster dat zij in het middel nergens spreekt over een uitsluitingsgrond. Dat zij kanaal 12A beheert voor de VRT is naast de kwestie. Dat kanaal, exclusief toegekend aan de openbare omroep, is niet beschikbaar voor particuliere omroepen en zij heeft geen enkel recht om dit kanaal geheel of gedeeltelijk te commercialiseren. De verwerende partij heeft geen repliek op de essentie van het middel, namelijk dat de objectief vaststelbare monopoliepositie van de tussenkomende partij op de markt van DAB+ voor particuliere radio- (en televisie-)omroepen slechts een beperkte neerslag kende in de quotering op het tweede criterium, hoewel het om een essentieel gegeven ging in het licht van de kaderrichtlijn en de machtigingsrichtlijn.

36. In haar laatste memorie wijst verzoekster erop dat de verwerende partij onder woorden brengt dat een voorkeur gegeven werd aan een nieuwe speler, ook al zou dit op termijn theoretisch tot een duopolie leiden – wat nog altijd beter is dan een monopolie. De quoterings weerspiegelt niet deze motivering “doordat:

- NKB bij voorbaat, zonder rekening te houden met haar als negatief beoordeelde marktpositie, toch al 10/20 kreeg via de ‘startscore’; voor deze keuze bevat de bestreden beslissing geen enkel formeel noch materieel afdoend motief en,
- tien subcriteria gehanteerd werden, waarvan ‘marktsituatie’ en ‘transparantie’ er twee waren, waardoor wat in de bestreden beslissing in de motivering in woorden terecht veel aandacht kreeg (‘analyse marktsituatie: monopolie of concurrentiële markt’ [...] en essentieel is in het licht van de Kader- en Machtigingsrichtlijn en als dusdanig ook behandeld in de motivering in woorden, ook al is marktpositie geen hoofdcriterium opgelegd door de toepasselijke interne regelgeving, ondergewaardeerd werd in de motivering in punten”.

#### *Beoordeling*

37. Voor zover de kritiek van verzoekster op het scoresysteem samenvalt met het eerste middel, wordt naar de beoordeling ervan verwezen.

38. Zoals reeds is opgemerkt bij de bespreking van het eerste middel, is de marktpositie slechts één element dat bijdraagt tot de beoordeling van criterium 2.

Bovendien erkent verzoekster zelf dat het innemen van een monopoliepositie als zodanig geen uitsluitingsgrond is – en dus niet noodzakelijk strijdig met de in het middel aangevoerde bepalingen en beginselen.

Het standpunt van verzoekster dat de verwerende partij voor geen andere keuze stond dan aan de tussenkommende partij een nulscore toe te kennen voor dit criterium, kan dan ook niet slagen.

Overigens stelt de Raad vast dat verzoekster ten behoeve van dit middel wel accepteert dat een niet in artikel 6 van het procedurebesluit uit-

drukkelijk vermeld gegeven – ‘marktpositie’ – wordt ondergebracht bij één van de wel uitdrukkelijk opgesomde criteria.

39. Zoals verzoekster óók opmerkt, heeft de verwerende partij ruim aandacht gegeven aan de marktpositie van de kandidaten. In het onderzoeksrapport is daarover het volgende te lezen:

“De huidig geldende licentie voor het aanbieden van een radio-omroepnetwerk in Vlaanderen (voor multiplex 11A) werd op 22 juni 2009 toegekend aan NKB voor een periode van 15 jaar.

NKB werd daardoor de enige particuliere licentiehouders voor het gebruik van digitaal frequentiespectrum in de Vlaamse Gemeenschap NKB staat daarnaast ook nog tot begin maart 2019 als operator in voor de DAB+-uitzendingen van de VRT via multiplex 12A

NKB beschikt zodoende momenteel over een, weliswaar wettelijk tot stand gekomen, monopoliepositie inzake het aanbieden van DAB+spectrum

Op 5 maart 2019 komt daar weliswaar verandering in doordat het beheer en de exploitatie van de (publieke) VRT-multiplex overgedragen zal worden van NKB naar Broadcast Partners

De kanalen 5A en 5D zijn daarnaast momenteel de enige digitale frequentiekanalen, die voor de Vlaamse Gemeenschap nog beschikbaar zijn voor het ontwikkelen en de exploitatie van digitale radio-omroep

In het geval waarin de frequentiekanalen 5A en 5D zouden worden toegewezen aan dezelfde organisatie als huidige licentiehouders van de enige andere commerciële multiplex, dan komen alle beschikbare frequentiekanalen voor digitale radio-omroep in handen van één en dezelfde organisatie, met name NKB

In de feiten zou het huidig bestaande marktmonopolie niet alleen worden bestendigd maar zelfs worden versterkt

In het geval waarin de frequentiekanalen 5A en D toegewezen worden aan een andere organisatie dan de huidige licentiehouders van de andere commerciële multiplex (11A), wordt het huidige marktmonopolie doorbroken en kan een nieuwe marktdynamiek ontstaan doordat een nieuwe aanbieder de markt betreedt

In het geval waarin de licentie toegekend wordt aan de huidige licentiehouders van de enige andere commerciële multiplex, wordt de huidige monopoliepositie van de particuliere exploitant van het DAB+spectrum dus verder versterkt

Dit kan een impact hebben op de redelijke toegang tot de infrastructuur, zoals verder wordt toegelicht

In een monopolistische markt heeft de aanbieder (in dit geval de netwerkoperator/dienstenverdelers) geen concurrentie te dulden aangezien alle consumenten (in dit geval de radio-omroeporganisaties) op hem zijn aangewezen voor het door hen geleverde aanbod (hier DAB+-transmissie)

Een monopolistische marktsituatie wordt hierdoor in het algemeen gekenmerkt door hogere marktprijzen dan in het geval van een volkomen concurrentiële markt, omdat de monopolist winstmaximalisatie kan/wil/zal nastreven

Radio-omroepen hebben als vragende partij quasi geen onderhandelingsmacht omdat ze tegenover de enige aanbieder (netwerkoperator/dienstenverdelers) van het product of de dienst in kwestie staan. Daarnaast wordt de monopolist, door het ontbreken van concurrentie, ook niet uitgedaagd om tegen de laagst mogelijke kosten en/of met de meest geavanceerde technologie te werken

De monopolist zal streven naar maximale winst en zijn prijs verhogen tot de situatie van een goed werkende concurrentiële markt. Dit leidt tot hogere prijzen voor de consument, wat de toetreding tot de infrastructuur minder redelijk maakt

Hoewel de huidige monopolist aangeeft dezelfde prijzen te zullen hanteeren als voor de huidige multiplex 11A, geeft een dergelijke verklaring geen sluitende zekerheid over het tarief, dat in de toekomst effectief door de organisatie gehanteerd zal worden

Eénzelfde probleem stelt zich ook voor het geponeerde voornemen inzake het hanteren van een contractduur van 5 jaar voor elk eerst afgesloten contract, om zo de toegangsdrempel te verlagen

De VRM kan, ingeval de licentie eveneens toegekend zou worden aan de huidige licentiehouders, geen toezicht houden op het nakomen van dit voornemen, om dit eventueel te corrigeren. De organisatie is in de praktijk immers niet wettelijk gebonden aan deze elementen

De economische wetenschap geeft aan dat een monopolist, gedreven door winstmaximalisatie, zijn prijzen zal optrekken

In de eerste periode na de aanvang van de huidige licentietermijn in 2009 voor de 11A-multiplex ervoer de licentiehouders als monopolist een gebrek aan interesse bij de commerciële radio-omroepen om uit te zenden via DAB+. Omdat initieel de vraag naar het opnemen van capaciteit uitbleef, werden investeringen door de licentiehouders uitgesteld en zette dit tevens een neerwaartse druk op het prijsniveau

Doordat er heden sprake is van een geheel andere situatie omdat de capaciteit van de huidige geëxploiteerde multiplex (11A) volledig benut wordt, omdat een aantal netwerkradio's nog verplicht een DAB+-aanbod moeten implementeren en de omslag naar een digitaal radiolandschap volop gemaakt en gepromoot wordt, is er vanuit de radio-sector duidelijke interesse voor en vraag naar het spectrum dat bijkomend ter beschikking gesteld wordt

Dit plaatst de toekomstige onderhandelingsmacht veeleer bij de aanbieder dan bij de vragende partij en economisch gezien zal dit een opwaartse druk op de kostprijs zetten

Indien de licentie toegewezen wordt aan één van de andere kandidaten wordt de huidige monopoliesituatie binnen het commerciële DAB+-aanbod gewijzigd doordat er een tweede speler op de markt komt

Dit kan, zeker in eerste instantie, fungeren als een grotere waarborg inzake een redelijke toegang tot de infrastructuur. Een nieuwe licentiehouders zal moeten investeren en heeft daarnaast recurrente werkingskosten. Ten-

einde de investering te kunnen terugverdienen, heeft de nieuwe licentiehouders er alle baat bij om zijn aanbod op zo kort mogelijke tijd te benutten, zodat er een inkomstenstroom kan gegenereerd worden

Bovendien kan de concurrentiedruk een neerwaartse druk zetten op de vraagprijs tav de radio-omroeporganisaties en zal de concurrentie eveneens een incentive zijn om kostenefficiënt te werk te gaan

Deze toename van concurrentie kan ervoor zorgen dat de prijs lager komt te liggen, waardoor het algemeen welvaartsverlies zal afnemen en het consumentensurplus zal toenemen

Een concurrentiële situatie zorgt dus voor een meer redelijke toegang tot de netwerkinfrastructuur.

Op middellange termijn, wanneer de capaciteit op de multiplex beperkter wordt, bestaat er evenwel het risico dat er zich een duopolie-situatie vormt, waarbij er een opwaartse druk op de prijs kan ontstaan, evenals op de andere waarborgen inzake een redelijke toegang tot de infrastructuur. Daarbij kan de prijs eveneens hoger komen te liggen dan bij volkomen concurrentiële marktsituatie, maar nog steeds lager dan bij een monopolie. De bestending en versterking van het huidige monopolie houdt risico's in m.b.t. de geleverde waarborgen voor een eerlijke, redelijk en niet-discriminerende toegang tot de infrastructuur, terwijl het toevoegen van een nieuwe licentiehouders aan de markt, zeker op de korte termijn, veeleer een positief effect kan hebben op de geboden waarborgen inzake een eerlijke, redelijk en niet-discriminerende toegang tot de infrastructuur. Voor dit element krijgt NKB als reeds bestaande licentiehouders 3 punten in mindering.

Voor dit element wordt 1 bijkomend punt toegekend aan TVV Digitaal en aan BTD als mogelijke nieuwe licentiehouders.”

40. De verwerende partij heeft aldus alleszins de nadelen van een overwegende marktpositie onder woorden gebracht en deze afgewogen tegen de situatie waarbij meer concurrentie tot stand zou komen – namelijk een evenmin ideaal duopolie bij toekenning van de licentie aan één van de andere kandidaten.

41. Een en ander resulteert in het toekennen van drie minpunten aan de tussenkomende partij en één extra punt aan elk van de twee andere kandidaten. Dat is, overigens, het grootste puntenverschil tussen de kandidaten van alle gequoteerde beoordelingselementen.

Als gevolg van dit deelonderdeel bestaat er dus een relatief belangrijk verschil van 4 punten tussen de tussenkomende partij en de andere kandidaten, wat neerkomt op 25% van het totaal aantal gewogen punten (20) op criterium 2 (zie *sub* 50 voor de overzichtstabel van dit criterium). Er is dan ook

IX-9476-29/55

geen sprake van een marginale weerslag, temeer nu in criterium 2 ook rekening wordt gehouden met tal van andere zaken die toelaten om ‘de geboden waarborgen voor een eerlijke, redelijke en niet-discriminerende toegang tot de infrastructuur zoals die blijkt uit vooropgestelde contractuele bepalingen met de dienstverdelers’ te beoordelen.

42. Het valt niet aan de Raad van State toe om de beoordeling van de dossiers over te doen en een eigen waardering van de kandidaten in de plaats te stellen van die van het bestuur. De Raad is als wettigheidsrechter enkel bevoegd om, desgevraagd, na te gaan of de overheid is uitgegaan van de juiste feitelijke gegevens, of zij die correct heeft beoordeeld en of zij op grond daarvan in redelijkheid tot haar besluit is gekomen.

Verzoekster mag – als het aan haar lag – zelf gekozen hebben voor een strengere ‘bestrafing’ van de monopoliepositie van de tussenkomen- de partij, maar zij toont niet aan dat de quotering zoals de verwerende partij ze heeft toegekend en gemotiveerd, de grenzen van haar beoordelingsvrijheid overschrijdt.

43. Het middel faalt.

#### *F. Vijfde middel*

##### *Uiteenzetting van het middel*

44. In het vijfde middel wordt de schending aangevoerd van artikel 6 van het procedurebesluit, het redelijkheidsbeginsel, het zorgvuldigheidsbeginsel en de artikelen 2 en 3 van de wet van 29 juli 1991 ‘betreffende de uitdrukkelijke motivering van de bestuurshandelingen’, “minstens de materiële motiveringsplicht”, omdat voor elk van de zeven criteria de motivering in punten niet consistent is met de motivering in woorden, waardoor de tussenkomen- de partij te veel punten in meer (of te weinig in min) kreeg en verzoekster te weinig in meer (of te veel in min).

In de toelichting stelt verzoekster dat een loutere quotering in punten niet afdoende is. Het is vereist dat de quotering in punten met de beoordeling in woorden overeenstemt en steunt op correcte feiten die door de overheid met de nodige zorgvuldigheid werden vastgesteld.

Vervolgens overloopt zij de zeven criteria en verwoordt zij kritiek bij bepaalde quoteringen.

### *Beoordeling*

#### *a. algemeen*

45. De memorie van wederantwoord dient voornamelijk om te repliceren op het verweer en de laatste memorie om te antwoorden op het auditoraatsverslag. In zoverre houdt de Raad ermee rekening bij de beoordeling van het middel. In zoverre deze procedurestukken door verzoekster worden aangegrepen om nieuwe argumenten te lanceren die zij al in het verzoekschrift had kunnen aanvoeren – bijvoorbeeld over de gebruikte rekenmodellen – wordt haar betoog buiten het debat gelaten aangezien dit laatsttijdig is.

46. Met dit middel wil verzoekster aantonen dat zij een hogere score moest krijgen dan de tussenkommende partij.

Zij argumenteert daartoe op meer of minder uitvoerige wijze waarom de toekenning van de punten verkeerd verlopen zou zijn.

Aan de Raad van State valt het als wettigheidsrechter niet toe om de aanvragen inhoudelijk te beoordelen en om zelf aan de kandidaten een score te geven op elk criterium. In de mate waarin het middel uitnodigt om de aanvragen met elkaar te vergelijken en opnieuw te beoordelen, is het onontvankelijk.

In het middel mengt verzoekster daarenboven wettigheidskritiek met opportuniteitskritiek. Hiervóór is reeds gewezen op de beoordelingsvrijheid van de verwerende partij. Een uiteenzetting waarin verzoekster uitlegt dat ook een andere benadering mogelijk is en dat zij, hing het van haar af, strenger zou zijn voor de tussenkomen partij of milder voor zichzelf, is niet ter zake. Het bewijst immers in geen dele dat de beoordeling van de verwerende partij onwettig is.

Door aldus te werk te gaan in de toelichting van het middel, zal verzoekster daarenboven moeten verdragen dat eerst in het auditoraatsverslag en vervolgens door de Raad in dit arrest hierover een inschatting wordt gemaakt. In dit verband wordt eraan herinnerd dat een eenzijdige administratieve rechtshandeling, zoals de bestreden beslissing er één is, een vermoeden van wettigheid geniet, óók wat de eraan ten grondslag liggende motieven betreft. Het staat dan ook aan een verzoekende partij voor de Raad van State om aan de hand van overtuigende argumenten de ondeugdelijkheid van die motieven aan te tonen. De bewijslast op dit vlak rust op de verzoekende partij. Loutere beweringen of verwijzingen zonder meer naar neergelegde stukken zijn daartoe alvast ontoereikend.

*b. criterium 1 'het optimale gebruik en de optimale invulling van de frequentieblokken en frequentiekanalen'*

47. Het onderzoeksrapport besluit tot volgende quotering voor criterium 1:

CRITERIUM 1	TVV Digitaal	NKB	BTD
startquotering	10	10	10
Invulling 5A	1	1	1
Invulling 5D	1	1	1
Gebruik 5A	1	1	1
Gebruik 5D	1	1	1
Optimum verdeling masten	0,5	0	1
Stand-by Operationaliteit sites	0,5	1,5	1
Planning & Uitrol sites	1	1,5	0,5
Contracting sites	0,25	0,75	0,5

TOTAAL	16,25	17,75	17
--------	-------	-------	----

48. Wat het eerste criterium betreft, luidt de kritiek van verzoekster als volgt.

Volgens verzoekster worden criteria gebruikt die uit de andere beoordelingscriteria komen: technische middelen, theoretisch beoogde gebieden, planning en uitrol, modulatie. Hetzelfde wordt dus tweemaal beoordeeld zodat de weging van criterium 1 meer is dan 20%.

Wat ‘stand-by operationaliteit sites’ betreft, gaat de verwerende partij eraan voorbij dat verzoekster voor de VRT bouwt en dus net zo goed direct kan starten en snel kan bijschakelen. Er is geen dienstig motief voor het verschil van ½ punt.

Wat ‘planning en uitrol sites’ betreft, gaat de verwerende partij uit van een verkeerde lezing van de kandidatuur van verzoekster. Verzoekster levert in de fase ‘primaire uitrol’ het belangrijkste gedeelte van het netwerk op, net zo snel als de tussenkomende partij en ten onrechte is niet onderkend dat haar uitroltijd flexibel is. Bij voldoende belangstelling lopen de drie fases simultaan en in dat geval is de dekking zelfs beter dan die van de tussenkomende partij.

Voor ‘contracting sites’ gaat de verwerende partij eraan voorbij dat in fase 1 het belangrijkste deel van haar net beschikbaar is en de uitrol flexibel is. Het verschil van ½ punt met de tussenkomende partij steunt dus alweer op een verkeerde interpretatie van haar kandidatuur.

49.1. De Raad stelt vast wat volgt.

49.2. Als de verwerende partij in het beoordelingsverslag bij elk criterium aangeeft waar in het aanvraagdossier – versta: in welke rubriek – de informatie is gevonden om het criterium te beoordelen, volgt daaruit niet dat de

weging van de criteria wijzigt. Het is immers niet uitgesloten dat een rubriek van het aanvraagdossier informatie bevat die dienstig is voor meer dan één criterium. Het is zelfs niet uitgesloten dat een specifiek gegeven nuttige informatie oplevert voor meer dan één criterium. Zonder nadere concretisering, die in de toelichting bij het middel ontbreekt, kan deze kritiek niet slagen.

49.3. Wat stand-by operationaliteit betreft, krijgt de tussenkomende partij ½ punt meer dan verzoekster, omdat de tussenkomende partij een hogere staat van stand-by operationaliteit heeft. Volgens verzoekster gaat de verwerende partij eraan voorbij dat zij net zo goed snel kan schakelen. Deze opvatting toont niet de onwettigheid van de bestreden beoordeling aan. In het onderzoeksrapport houdt de verwerende partij immers rekening met het feit dat verzoekster “de aanbesteding voor de uitbating van het VRT DAB+netwerk (12A) heeft gewonnen en aldus ook de bestaande infrastructuur zal kunnen aanwenden voor uitbouw van het 5A/5D netwerk”. Daar staat tegenover dat de tussenkomende partij “stelt 17 sites [...] zeer snel in dienst te kunnen brengen” omdat die “behoren [...] tot het operationele netwerk van 11A [...] en elk van deze 17 zendstations [...] al uitgerust [is] met DAB+ antennes”. Voorts neemt de verwerende partij het aandeel sites in eigendom in overweging evenals het aantal sites waar de installatie nog volledig dient te gebeuren (vier nieuwe sites voor de tussenkomende partij en tien nieuwe sites voor verzoekster). Gelet op deze elementen vermocht de verwerende partij een onderscheid te maken tussen de beide partijen voor dit element. Verzoekster toont niet aan dat een verschil van ½ punt onredelijk is.

49.4. Wat de ingebruikname (uitrol) betreft, krijgt de tussenkomende partij 1 punt meer dan verzoekster. Verzoekster verwijst in de toelichting bij het middelonderdeel naar haar aanvraag. Daarin staat dat de uitrol in drie fases verloopt, namelijk fase 1 ‘primaire uitrol’ met beoogde realisatiedatum 1 februari 2019, fase 2 ‘uitbreiding netwerk’ met beoogde realisatiedatum 1 augustus 2019 en fase 3 ‘uitbreiding naar landelijke dekking’ met beoogde realisatiedatum 1 februari 2020. De Raad ziet niet waarom de verwerende partij hieruit noodzakelijk moest begrijpen dat die uitrol flexibel kon gebeuren en kon versnellen – er worden integendeel drie duidelijk afzonderlijke data vermeld. Het argument dat

fase 1 het belangrijkste gedeelte van het netwerk oplevert, terwijl de fases 2 en 3 verbeteringen zijn, toont niet de onwettigheid van de beoordeling aan.

49.5. Wat *contracting* betreft, verwijst verzoekster opnieuw en dus eveneens vergeefs naar de “foutieve interpretatie” van haar gefaseerde uitrol.

49.6. De kritiek op de beoordeling van het eerste criterium faalt.

*c. criterium 2 ‘de geboden waarborgen voor een eerlijke, redelijke en niet-discriminerende toegang tot de infrastructuur zoals die blijkt uit vooropgestelde contractuele bepalingen met de dienstenverdelers’*

50. Het tweede criterium leidt in het onderzoeksrapport tot de volgende quotering:

CRITERIUM 2	TVV Digitaal	NKB	BTD
startquotering	10	10	10
Basisprincipe toegangsmodel	1	1	1
Voorrangsregel	1	1	1
Transparantie	0,5	0	2
Wachttijl	-1	1	1
Andere (imitering capaciteit)	-1	0	0
Standaard aanbod bandbreedte	1	1	1
Contracttaal	0	0	0
Prijszetting	0,25	0,5	0
Contractuele Looptijd	0	1	0
Marktsituatie	1	-3	1
TOTAAL	12,75	12,5	17

51. Wat het tweede criterium betreft, heeft verzoekster de volgende bezwaren.

Zij verwijst naar het vierde middel wat ‘marktsituatie’ betreft.

Wat ‘prijszetting’ betreft heeft de tussenkomende partij ½ punt meer gekregen omdat zij de prijs hanteert die evenredig is met de gekozen bandbreedte. Verzoekster heeft aangegeven dat de prijs volledig van de onderhandelingen zal afhangen (wet van vraag en aanbod). Evenwel heeft ook zij aangegeven niet-discriminatoir te handelen, zodat dit een gelijke quotering moest geven. Dat de prijszetting van Norkring niet-discriminatoir is, is voorts geen garantie dat ze marktconform is.

Wat ‘contractuele looptijd’ betreft, krijgt de tussenkomende partij 1 punt extra omdat het eerst gesloten contract beperkt is tot een looptijd van vijf jaar om de toegankelijkheid te vergroten, terwijl dit bij verzoekster zal afhangen van de onderhandelingen. De vijfjarige looptijd loopt evenwel niet samen met de erkenningsperiode van negen jaar, zodat dit net een drempel is in plaats van een voordeel – althans voor de huidige houders van FM-erkenningen. Het open model van verzoekster biedt bovendien meer ruimte voor maatwerk en maakt bijvoorbeeld voor kleinere spelers of starters voor wie vijf jaar geen korte periode is, ook korte-termijncontracten mogelijk.

Wat ‘contractueel’ betreft, is de beslissing contradictorisch. Gelet op de motieven in woorden had verzoekster extra punten moeten krijgen aangezien zij als enige een ontwerpcontract in het Nederlands voorlegt.

De tussenkomende partij beperkt zich tot het contracteren met radio-omroepen die voldoen aan de voorwaarden van het mediadecreet en dus onder de bevoegdheid van de Vlaamse Gemeenschap vallen. Het rapport houdt met deze beperking van de toegang tot het netwerk geen rekening.

52.1. Over deze bezwaren oordeelt de Raad als volgt.

52.2. Het vierde middel is hiervóór verworpen, zodat de kritiek op de beoordeling van de marktsituatie faalt.

52.3. Wat de prijszetting betreft heeft verzoekster slechts een andere kijk dan de verwerende partij op het feit dat zij de prijs volledig laat afhangen van de onderhandelingen, terwijl de tussenkomen- de partij voor alle klanten eenzelfde prijs hanteert. Dit betreft loutere opportuniteitskritiek.

Tegenover de opmerking dat een vaste prijszetting zoals voorgesteld door de tussenkomen- de partij niet een marktconforme prijs garandeert, staat de niet door verzoekster weersproken beoordeling in het onderzoeksrapport dat de onderhandelingsmacht hier veeleer bij de aanbieder ligt en het weinig waarschijnlijk is dat het door verzoekster voorgestelde onderhandelingsysteem zal leiden tot financieel voordelige contracten voor de omroeporganisaties.

52.4. Wat de contractuele looptijd betreft, waarvoor de tussenko- mende partij 1 punt meer krijgt dan verzoekster, stelde de tussenkomen- de partij voor om het eerste gesloten contract te beperken tot vijf jaar om de toegankelijk- heid van het DAB+ platform te vergroten. Verzoekster zou de contractuele loop- tijd volledig laten afhangen van onderhandelingen.

Volgens verzoekster is het beperken van een contract tot vijf jaar een nadeel. Ook dit betreft evenwel loutere opportuniteitskritiek. Er kunnen goede redenen zijn om over de contractduur te onderhandelen, maar daarmee is niet aangetoond dat de voorkeur die de verwerende partij geeft aan contracten met een initiële vaste duur van vijf jaar onwettig is.

Dat verzoekster bij haar onderhandelingen rekening zou hou- den met de aard van de vragende omroeporganisatie – kleine speler, starter, be- staande houder van een negenjarige FM-vergunning – is in haar dossier niet uit- gespeeld, zodat het onderzoeksrapport mocht vaststellen dat verzoekster “inzake de contractuele looptijd geen verdere waarborgen [vermeldt] om te zorgen voor een eerlijke, redelijke en niet-discriminerende toegang tot [haar] infrastructuur”, terwijl het voorstel van Norkring alleszins “voor iedereen hetzelfde” is en de con- tractduur ertoe bijdraagt “om de toegankelijkheid tot het DAB+-platform te ver- groten”.

52.5. Wat de contracttaal betreft, waarvoor de tussenkomende partij en verzoekster hetzelfde aantal punten krijgen, blijkt dat verzoekster een voorbeeldcontract in het Nederlands bijvoegt en de tussenkomende partij een contract hanteert dat in het Engels is opgesteld. Het onderzoeksrapport is van oordeel dat het aspect aangaande de gehanteerde contracttaal geen weerslag heeft op de puntentoekenning. Dit oordeel steunt op de volgende motivering:

“Het taalgebruik tussen bedrijven en hun klanten en de gehanteerde contracttaal is niet wettelijk gereguleerd.

In een internationaliserende wereld wordt de Engelse taal vaak gebruikt als standaardtaal wanneer contracten afgesloten worden tussen bedrijven onderling of tussen bedrijven en hun klanten.

In een marktsituatie die in de eerste plaats gericht is op het verzorgen van een Vlaams (Nederlandstalig) radioprogramma-aanbod via DAB+ aan een Vlaams (Nederlandstalig) luisterpubliek lijkt het positief om ook het Nederlands te hanteren als contracttaal, zoals kandidaten TVV Digitaal en BTD doen.

Door contracten uitsluitend in het Nederlands aan te bieden, kan dit anderzijds ook discriminerend en toegangsremmend werken voor buitenlandse spelers.”

Het is door de afweging van de verschillende *pro's* en *contra's* dat de verwerende partij ertoe komt om voor dit deelonderdeel de partijen niet verschillend te behandelen. De motieven zijn bijgevolg niet contradictorisch.

52.6. Verzoekster meent dat de tussenkomende partij een discriminatie invoert door te eisen dat het radiostation voldoet aan de voorwaarden van het mediadecreet. Zij leest dit in de volgende passus van bijlage E van het aanvraagdossier van Norkring:

“De enige vereiste die Norkring België oplegt is dat het radiostation voldoet aan de voorwaarden van het Mediadecreet om te mogen doorgegeven worden.”

Volgens de Raad leest verzoekster meer dan wat er staat. De geciteerde zin impliceert geenszins dat de tussenkomende partij enkel zal contracteren met “Vlaamse” kandidaten, maar vertaalt het in artikel 188, eerste lid, van het decreet van 27 maart 2009 ‘betreffende radio-omroep en televisie’ (“media-

decreet”) opgenomen verbod voor een dienstenverdelers om andere omroepprogramma’s door te geven dan die welke aan de decretale voorwaarden voldoen.

52.7. De kritiek op de beoordeling van criterium 2 faalt.

*d. criterium 3 ‘de technische middelen waarover de aanvrager beschikt en die hem in staat stellen een infrastructuur in de Vlaamse Gemeenschap aan te leggen, in stand te houden en te exploiteren’. Dit blijkt onder meer uit gegevens over het netwerk, het aantal masten en de curricula van de werknemers.*

53. Het derde criterium leidt in het onderzoeksrapport tot de volgende waardering:

CRITERIUM 3	TVV Digitaal	NKB	BTD
startquotering	6	6	6
Kennis FM & DAB+	1	1	1
Ervaring in DAB+	0,5	1	1
Curricula (technisch en opgegeven)	0,5	1	0,5
Netwerkopbouw	1	1	1
Sites	0,5	1	0,5
Masten (efficiëntie)	1	0,5	0,25
TOTAAL	10,5	11,5	10,25

54. Deze waardering is volgens verzoekster niet correct.

Ten aanzien van het opgegeven aantal medewerkers gaat de verwerende partij volgens verzoekster eraan voorbij dat zij een beroep kan doen op zeventig medewerkers van Broadcast Partners waarvan 41 technisch ondersteunenden. Er is geen dienstig motief voor het verschil van ½ punt, nu haar kandidatuur op dit punt minstens evenwaardig is aan die van Norkring en “eigenlijk zelfs beter (Norkring heeft maar 23 mensen in dienst waarvan 14 technisch ondersteunend, tegenover 41 bij [verzoekster])”.

Wat het aantal sites betreft is volgens het rapport doorslaggevend dat Norkring van sommige sites eigenaar is maar de verwerende partij gaat eraan voorbij dat het huren van sites verzoekster niet minder flexibel maakt of minder beheersbevoegdheid met zich zou meebrengen. Bovendien gaat het om reeds operationele sites waarover zij controle heeft op basis van “langjarige” huurovereenkomsten die haar alle nodige speelruimte bieden. Verzoekster besluit dat beide kandidaatstellingen met andere middelen hetzelfde resultaat opleveren wat de beschikbaarheid van sites betreft, maar dat geen afdoende motief wordt gegeven waarom een zuiver juridisch element – eigendom versus niet-eigendomsrecht – een hogere score rechtvaardigt. Bovendien kan Norkring nog geen landelijke dekking bieden omdat twee sites nog niet inzetbaar zijn.

Het motief over straling en energie is volgens verzoekster naast de kwestie, want dit was geen criterium. Bovendien kan energie-efficiëntie niet afgeleid worden uit het aantal sites. Het gebruik van minder sites noopt tot het gebruik van grote, zware zenders met verhoudingsgewijs veel meer straling per site. Andersom kan er, als er meer sites worden gebruikt, worden volstaan met kleine, lichte zenders met verhoudingsgewijs weinig straling per site. Die analyse of de optie met minder grote, zware zenders in zijn totaliteit tot minder straling zou leiden dan een optie met meer kleine, lichte zenders is niet gemaakt. In de memorie van wederantwoord licht verzoekster dit argument nader toe en werkt zij het ook technisch uit.

55.1. De Raad beoordeelt deze kritiek als volgt.

Wat het opgegeven aantal medewerkers betreft, waarvoor de tussenkomen partij ½ punt meer krijgt dan verzoekster, blijkt uit de vergelijking dat de tussenkomen partij 23 werkkrachten heeft met een overwicht inzake technisch operationele en ondersteunende personeelsinzet. Opgemerkt mag worden dat het criterium uitdrukkelijk refereert aan “de curricula van de werknemers”, zodat verzoekster zich niet verschalkt kan weten indien de beoordeling van de inzet en expertise van technische medewerkers blijkt te gebeuren aan de hand van de curricula. De tussenkomen partij heeft het cv van alle perso-

neelsleden meegedeeld. Voor verzoekster zelf werken zeventien personeelsleden waarvan twee technisch ondersteunend personeel. Zij heeft maar het cv van zes personen meegedeeld. Verzoekster stelt dat ten onrechte geen rekening werd gehouden met het aantal werknemers van de groep. Zij toont niet aan dat de verwerkende partij verplicht is om de werknemers op groepsniveau mee te tellen en zij heeft alleszins verzuimd om de curricula van deze personen mee te delen. De Raad sluit zich op dit punt aan bij de volgende opmerking van de verwerkende partij:

“Voor het derde criterium en het ‘hoge aantal’ medewerkers dat de verzoekende partij zou inzetten voor de exploitatie van het netwerk, wordt in (bijlage C van) het dossier van de verzoekende partij louter vermeld: ‘Het totale personeelsbestand van Broadcast Partners beslaat bijna 70 personen, daarvan is bijna 65% actief in de technische operatie. BTD BV beschikt in totaal over 17 ervaren FTE waar het gaat om de bouw en uitrol van zendernetwerken. Daarnaast kan zij aanspraak maken op de inzet van technici van elders in de groep, door onderlinge samenwerking binnen de groep’. Op geen enkele wijze wordt deze mogelijkheid verder geconcretiseerd met specifieke curricula of competentiegegevens van het ondersteunend personeel, waaruit dan nog eens zou blijken dat het merendeel technisch is en kan worden ingezet. De verzoekende partij kan moeilijk verwachten dat op basis van het CV van twee technici punten worden toegekend voor veertig technici.”

Verzoekster overtuigt dan ook niet dat ½ punt verschil met de tussenkomenende partij onterecht is.

55.2. Wat het aantal sites betreft, waarvoor de tussenkomenende partij ½ punt meer krijgt dan verzoekster, blijkt dat het onderzoeksrapport het eigendomsgegevens “belangrijk en zelfs doorslaggevend” acht:

“De eigenaar heeft volledige controle over het beheer van het eigendom en kan alle vereiste of gewenste aanpassingen aan de infrastructuur en de voorzieningen van de site onmiddellijk beslissen en doorvoeren, wat niet het geval is bij het huren van een site of van een mast.”

Verzoekster heeft hierover een andere zienswijze, namelijk dat zij niet minder flexibel is, noch over minder beheersbevoegdheid zou beschikken.

Dit verschil in opvatting toont nog niet de onwettigheid van het bestreden besluit aan.

55.3. Wat de analyse van de masten betreft, waarvoor de tussenkommende partij  $\frac{1}{4}$  punt meer krijgt dan verzoekster, blijkt dat de verwerende partij bij de beoordeling kijkt naar de energie-efficiëntie. Zo staat in het onderzoeksrapport:

“Theoretisch geldt dat hoe meer masten men plaatst hoe beter de dekking wordt (onder andere door gap-filling). Er dient echter ook een optimum te worden gezocht om enerzijds energie-efficiënt te werken en anderzijds de impact op het milieu in overweging te nemen. Immers hoe meer masten gebruikt worden, hoe meer ‘straling’ er is.”

Samen met verzoekster kan worden vastgesteld dat deze beoordeling, correct of niet, hoe dan ook niet volgt uit het derde criterium. Op grond van dit criterium moet worden nagegaan of de aanvrager in staat is om een infrastructuur aan te leggen, in stand te houden en te exploiteren. Daarin ligt geen milieutoets of energie-efficiëntietoets vervat.

De verwerende partij stelt dat de beoordeling van de energie-efficiëntie haar legitiem voorkomt en dat dit aspect mocht worden gewaardeerd. Zij meent dat het maar weinig uitmaakt onder welk criterium dit het best zou thuishoren, zolang het maar niet onderbelicht blijft. Dit verweer kan niet overtuigen. Indien de verwerende partij het maatschappelijk relevant vindt om de energie-efficiëntie en de milieu-aspecten van de aanvraag te beoordelen, dan moet zij dit kunnen onderbrengen onder één van de zeven criteria op straffe van een criterium onwettig aan de vergelijkende toets toe te voegen en moet zij het vervolgens ook onder dat criterium waarderen.

Evenwel heeft verzoekster slechts belang bij dit aspect van het middel, nu het verschil tussen haar en de tussenkommende partij slechts  $\frac{1}{4}$  punt bedraagt en verzoekster voor criterium 3 reeds 10,25/12 krijgt, indien zij de eerste plaats van de tussenkommende partij enigszins zou kunnen bedreigen. Uit de bespreking van het middel blijkt evenwel dat zij niet slaagt in dergelijke wettig-

heidskritiek op andere punten, waardoor zij bij een herbeoordeling van dit deelelement geen kans maakt om het totale puntenverschil van 3,25 met de tussenkomen- de partij te overbruggen.

Het gegrond bevinden van deze kritiek kan dus niet de nietigverklaring van de bestreden beslissing verantwoorden.

55.4. De kritiek op het derde criterium is deels ongegrond, deels en in de aangegeven mate gegrond, maar kan niet leiden tot nietigverklaring.

*e. criterium 4 'de financiële middelen waarover de aanvrager beschikt'*

56. Het vierde criterium leidt in het onderzoeksrapport tot de volgende quotering:

CRITERIUM 4	TVV Digitaal	NKB	BTD
startquotering	6	6	6
Financiële middelen – ratio's	0,5	2	1
Financieringswijze	0	1	0
Solvabiliteit	0	1	0
Steun van groep	0	1	1
TOTAAL	6,5	11	8

57. Ook deze waardering onderwerpt verzoekster aan kritiek.

Volgens haar kunnen grote vraagtekens worden geplaatst bij de cijfers van de tussenkomen- de partij voor haar *business case*. Zij heeft slechts een deel van de kosten in rekening gebracht en kosten zoals huur, afschrijving, verzekering, ontbreken. De *business case* werd niet in de beoordeling betrokken, terwijl deze samenhangt met de financiële middelen waarover de kandidaat kan beschikken en een impact heeft op de solvabiliteit. De verwerende partij handelt onzorgvuldig door de *business case* van Norkring klakkeloos te aanvaarden.

Wat ‘financiële middelen - ratio’s’ betreft, is de financiële situatie van de tussenkomen partij en van verzoekster niet anders: de passiva overschrijden ruimschoots de ingeschatte investeringen. Er wordt bovendien duidelijk in haar aanvraag aangegeven dat verzoekster via haar holding BTH (Broadcast Technology Holding) en het ‘Broadcast Partners’ concern (de holding en haar dochters) ruimschoots over liquide middelen en kredietfaciliteit beschikt om de investeringen te dragen die nodig zijn om het netwerk te bouwen, te exploiteren of zo nodig verder uit te bouwen. Het was toegelaten om een beroep te doen op de financiële draagkracht van verbonden ondernemingen, maar dit is voor verzoekster niet in rekening gebracht. Dat Norkring over de meeste financiële draagkracht beschikt, is een louter feitelijk gegeven, terwijl de beoordeling sloeg op de vraag of de kandidaat over (meer dan) genoeg middelen beschikt om de investeringen uit te voeren.

De beslissing motiveert volgens verzoekster niet afdoende waarom zij geen extra punt krijgt voor ‘financieringswijze’. Uit haar aanvraag volgt glashelder welke middelen verzoekster ter beschikking heeft op groepsniveau, zodat daarmee ook beantwoord is hoe wordt gefinancierd.

Wat ‘solvabiliteit’ betreft, stelt verzoekster aangetoond te hebben dat zij ruimschoots aan de aflosverplichtingen voldoet. Als een gerenommeerde bank verzoekster solvabel vindt om leningen te verstrekken, valt niet te begrijpen waarom de regulator daar anders over kan denken. Het loutere feit dat de kandidaat solvabel is, volstaat voor de toetsing zonder dat solvabiliteitsratio’s in rekening mogen worden gebracht.

58.1. Andermaal leest de kritiek van verzoekster vooral als een opportuniteitskritiek, of zelfs als een uitnodiging aan de Raad om de beoordeling over te doen. Zelf zou verzoekster de aanvraagdossiers anders hebben benaderd en andere accenten hebben gelegd. Zelfs als zij haar invalshoek kan verantwoorden, dan betekent dit niet van de weeromstuit dat de zienswijze van de verwerende partij onregelmatig is. Zoals reeds herhaaldelijk aangegeven, impliceert een

discretionaire bevoegdheid dat uiteenlopende visies mogelijk zijn, die alle de wettigheidstoets kunnen doorstaan.

58.2. Wat de “grote vraagtekens” betreft die verzoekster “in algemene zin” plaatst bij de door de tussenkomende partij aangevoerde cijfers voor haar DAB+ *business case*, moet worden opgemerkt dat verzoekster haar “vraagtekens” niet uitwerkt, laat staan dat hieruit een onwettigheid van de bestreden beoordeling blijkt. Het vierde criterium beoordeelt ‘de financiële middelen waarover de aanvrager beschikt’. Het is geenszins vanzelfsprekend dat hieronder noodzakelijk ook een aparte haalbaarheidsstudie moet gebeuren. Het valt de Raad van State hoe dan ook niet toe om de zakelijke onderbouwing van de voorgestelde projecten te onderzoeken en daaruit af te leiden dat de beoordeling van het vierde criterium door de verwerende partij onzorgvuldig is.

58.3. Wat de analyse van ‘financiële middelen - ratio’s’ betreft, waarvoor de tussenkomende partij 1 punt meer krijgt dan verzoekster, blijkt dat de regulator op grond van de jaarrekening van oordeel is dat de tussenkomende partij over “aanzienlijke financiële middelen” beschikt, zeker in vergelijking met de financiële middelen van “het moederbedrijf van [verzoekster]”. Na een omstandige vergelijking van de kandidaten besluit het onderzoeksrapport:

“NKB beschikt overduidelijk over de meeste financiële slagkracht. Aangezien de passiva de ingeschatte investeringskost ruimschoots overschrijden, worden aan NKB 2 bijkomende punten toegekend.”

Over verzoekster staat te lezen dat zij de investeringskost onderschat, maar:

“Doordat er wel ruimschoots voldoende financiële middelen beschikbaar zijn binnen de groep, wordt aan BTD 1 bijkomend punt toegekend.”

Verzoekster betwist in het verzoekschrift niet dat de tussenkomende partij over de meeste financiële slagkracht beschikt, noch de overweging dat zij in tegenstelling tot de tussenkomende partij de daadwerkelijke investeringskost onderschat. Dit verklaart waarom de tussenkomende partij 1 punt meer

krijgt dan verzoekster. Verzoekster mag er anders over oordelen, maar zij toont niet aan dat de afweging die heeft geleid tot dat puntenverschil onredelijk is.

58.4. Wat ‘financieringswijze’ betreft, waarvoor de tussenkomende partij 1 punt meer krijgt dan verzoekster, verwijst verzoekster naar het vorige punt ‘financiële middelen - ratio’s’, dat zonet is verworpen.

In het onderzoeksrapport staat bijkomend dat de tussenkomende partij het nieuwe netwerk volledig met eigen vermogen kan financieren:

“Omdat het geen beroep moet doen op vreemd vermogen, wordt aan Norkring België 1 bijkomend punt toegekend.”

Over verzoekster staat er:

“Ook al lijkt de door BTD ingeschatte investeringskost aan de lage kant, de groep rond BTD beschikt over voldoende financiële middelen om dit op te vangen.

Er kan uit het dossier echter niet worden afgeleid op welke manier (Eigen Vermogen/Vreemd Vermogen) BTD deze investering zal financieren.”

Anders dan verzoekster het voorstelt, wordt een financiering op groepsniveau (“de groep rond BTD”) niet verboden – verzoekster krijgt overigens 1 punt extra voor ‘steun van groep’ – maar wel zit het de verwerende partij dwars dat die oorsprong van de financiering niet voldoende duidelijk is toegelicht en uitgewerkt, terwijl Norkring geen beroep moet doen op vreemd vermogen. Verzoekster weerlegt dit verschil tussen de beide kandidaten niet en toont niet aan waarom dit verschil in redelijkheid niet tot een extra punt voor de tussenkomende partij mag leiden.

58.5. Wat ‘solvabiliteit’ betreft, waarvoor de tussenkomende partij 1 punt meer krijgt dan verzoekster, blijkt dat de tussenkomende partij op grond van de solvabiliteitsratio beter scoort (74,98%) dan de moedergroep van verzoekster (16,15%). Verzoekster overtuigt niet ervan dat een vergelijkende toets van de kandidaten niet mag gebeuren aan de hand van de solvabiliteitsratio. Dit leidt in het rapport tot de volgende conclusie:

“NKB is uiterst solvabel. De financiële stabiliteit op lange termijn is veilig. Om deze reden wordt aan NKB 1 bijkomend punt toegekend. De solvabiliteit van BTD kan niet berekend worden, enkel die van de moedergroep van haar moedergroep. Bovendien is de solvabiliteit van BIH aan de lage kant. Om deze reden kunnen aan BTD geen bijkomende (deel)punten worden toegekend.”

De stelling van verzoekster dat zij ruimschoots aan aflosverplichtingen van het vreemd vermogen kan voldoen, wist het verschil tussen de kandidaten niet uit.

58.6. De kritiek op het vierde criterium is ongegrond.

*f. criterium 5 ‘het deel of de delen van de theoretisch beoogde gebieden van de frequentieblokken en frequentiekanalen die bediend zullen worden voor vaste dakontvangst, draagbare buitenhuisontvangst en draagbare binnenhuisontvangst. Hierbij worden de percentages van plaats en tijd, de gebruikte relevante technische parameters en een schatting van de bereikte bevolking vermeld’*

59. Het vijfde criterium leidt in het onderzoeksrapport tot de volgende quotering:

CRITERIUM 5	TVV Digitaal	NKB	BTD
startquotering	6	6	6
Aangeleverde informatie en werkwijze	0	0,5	0,25
Planningsparameters & -criteria (informatie)	0,25	0,75	0,5
Visualisaties (kaartinformatie)	1	0,5	0,5
Aangifte percentages	0,25	0,5	0,5
Vaste dakontvangst (opp. en bevolking)	0,5	0,5	0,5
Draagbaar buitenhuis (opp. en bevolking)	0,5	0,5	0,5
Draagbaar binnenhuis (opp. en bevolking)	0	0,5	0
TOTAAL	8,5	9,75	8,75

60. Wat het vijfde criterium betreft levert verzoekster in het inleidend verzoekschrift de volgende kritiek:

“NKB scoort beter voor draagbare binnenontvangst (bereikte dekking en bevolking).

Het verschil zit hier onder andere in het model dat NKB gebruikt (IRT 3D model). Dat is geen model uit Geneve06, zoals BTD dat wel gebruikt heeft (1546) (zie ook hoger wat betreft de keuze van het model).

Bovendien maakt NKB de dakontvangst niet inzichtelijk zonder daarvoor een strafpunt te krijgen.

Het verschil van één punt steunt dus niet op een dienstig motief.”

In de memorie van wederantwoord voegt zij daaraan toe dat de verwerende partij heeft verzocht om de dakontvangst aan te leveren. De tussenkomenende partij heeft dit niet gedaan omdat dit volgens haar niet gebruikelijk is bij DAB+. Dit wordt door de verwerende partij ongemotiveerd aangenomen, zonder hier consequenties aan te verbinden, terwijl verzoekster wel de dakontvangst heeft aangeleverd.

61.1. Dit technisch criterium krijgt in het onderzoeksrapport een uitgebreide beoordeling van veertien bladzijden. Daartegen afgezet leest de kritiek van verzoekster als een louter poneren van een bewering.

Van verzoekster wordt verwacht om aan de hand van overtuigende argumenten de ondeugdelijkheid van de motieven aan te tonen, des te meer nu van de Raad van State niet dezelfde technische deskundigheid mag worden verwacht als die waarover verzoekster en de administratie van de verwerende partij beschikken. Verzoekster laat na om dit te doen. Zij stelt dat de tussenkomenende partij een ander predictiemodel heeft gebruikt, maar toont niet aan dat dit onwettig is of de vergelijkende toets door de verwerende partij ondeugdelijk maakt. Norkring geeft uitleg over hoe het de vaste dakontvangst inschat en in het onderzoeksrapport wordt daarover een waardering uitgedrukt. Verzoekster gaat hierop niet in.

61.2. De kritiek op het vijfde criterium is niet ontvankelijk.

*g. criterium 6 ‘de timing waarin de zones, vermeld in punt 5°, zullen worden be-  
diend voor vaste dakontvangst, draagbare buitenhuisonvangst en draagbare  
binnenhuisonvangst, en de eventuele ontwikkeling daarvan in de tijd, met inbe-  
grip van een tijdstabel van de voorgestelde effectieve indienststelling van de ver-  
schillende geplande zendinstallaties’*

62. Het zesde criterium leidt in het onderzoeksrapport tot de volgende quotering:

CRITERIUM 6	TVV Digitaal	NKB	BTD
startquotering	6	6	6
Opgave Planning	1	1	1
Opgave Uitrol	1	1	1
Timing (tijdverloop volledige operationaliteit)	1	1	0
Opgave tijdstabel	0,5	0,5	0,5
Realitycheck (effectieve indienstneming i.f.v. de op- geven timing)	0,5	1,5	1
TOTAAL	10	11	9,5

63. Wat het zesde criterium betreft, krijgt verzoekster 1 punt minder omdat ze een jaar langer nodig heeft dan de tussenkomen- de partij. Dit steunt volgens verzoekster op een verkeerde lezing van haar kandidatuur “[z]oals uiteengezet onder criterium 1”.

64. Net zoals verzoekster slechts refereert aan haar toelichting bij criterium 1, mag worden verwezen naar de weerlegging ervan om ook de kritiek op het zesde criterium te verwerpen.

*h. criterium 7 ‘de kwaliteit van de uitzendingen per frequentieblok of frequentie-  
kanaal, rekening houdend met de geplande digitale capaciteit (uitgedrukt in  
Mbit/s) en met het aantal omroepprogramma’s dat kan worden doorgegeven’*

65. Het zevende criterium leidt in het onderzoeksrapport tot de volgende quotering:

CRITERIUM 7	TVVDigitaal	NKB	BTD
startquotering	6	6	6
Geplande modulatie en bijhorende parameters	1	1	1
Geplande digitale capaciteit	1	1	0,75
Aantal geplande omroepprogramma's	1	1	1
Kwaliteit frequentiekanaal	1	1	1
TOTAAL	10	10	9,75

66. Het kleine puntenverschil voor dit criterium is volgens verzoekster veroorzaakt door een verkeerde lezing van haar aanvraagdossier, door de onjuiste veronderstelling van de regulator dat er in fase 1 en fase 2 van haar plan maar doorgave van zes tot negen programma's mogelijk is. Technisch gezien zijn er direct twaalf mogelijk, maar er is gewoon een prognose gemaakt. In de memoerie van wederantwoord voegt zij hieraan toe dat haar kandidatuur uitgaat van een bezetting van de multiplex met zes omroepen. Dit is een bedrijfseconomische prognose waarbij in dat geval de hele mux voor de kwaliteit van die zes zal worden gebruikt en geen leegstand zal worden beoogd. Dit laat onverlet dat met een hogere bezetting ook meer stations kunnen worden doorgegeven, dan natuurlijk wel met een lagere doorgavekwaliteit.

67.1. Verzoekster neemt aanstoot aan de vermeend verkeerde interpretatie van haar dossier. Zij erkent echter dat zij in drie fases werkt en voor de eerste fase een doorgave van zes programma's noteert. Dit noemt zij nu een prognose, maar zij overtuigt weerom niet waarom de verwerende partij in het aanvraagdossier, zoals Martinus Nijhoff, zou moeten lezen wat er niet staat.

67.2. Ook de kritiek op het zevende criterium faalt.

*i. conclusie van het vijfde middel*

68. Het vijfde middel, voor zover ontvankelijk, is ongegrond.

## *G. Zesde middel*

### *Uiteenzetting van het middel*

69. Volgens verzoekster is de bestreden beslissing onwettig, aldus luidt het zesde middel, “omdat deze haar noodzakelijke rechtsgrond vindt in o.a. artikel 6 van het procedurebesluit dat evenwel in toepassing van artikel 159 van de Grondwet buiten toepassing verklaard moet worden, zodat het bestreden besluit geen rechtsgrond meer heeft, omdat het artikel 11, tweede lid, 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 schendt, nu de criteria gebruikt in de vergelijkende toets niet bij decreet werden bepaald, maar slechts in een uitvoeringsbesluit”.

In de toelichting stelt verzoekster dat de artikelen 10 en 11 van de voormelde wet van 16 juli 1973 (“cultuurpactwet”) van toepassing zijn op de “licenties” voor etheromroepnetwerken zoals DAB+. Radio-omroep is immers een culturele aangelegenheid zoals bedoeld in artikel 4, 6°, BWHI. Het gaat hier ook, voor wat betreft artikel 11 van de cultuurpactwet of het voormelde decreet van 28 januari 1974 (“cultuurpactdecreet”), om de erkenning (licentie) van instellingen die activiteiten uitoefenen gericht op de gehele Vlaamse Gemeenschap. Welnu, artikel 202 van het mediadecreet bevat weliswaar erkenningsvoorwaarden, maar bevat geen enkele regeling of zelfs maar een kader met basisbeginselen voor de procedure en criteria tot het verlenen van licenties voor etheromroepnetwerken. In artikel 201, § 1, van het mediadecreet wordt daarvoor enkel een delegatie gegeven aan de Vlaamse regering. De vergelijkende toets en de beoordelingscriteria met bijbehorende procedure worden enkel geregeld in het procedurebesluit. Artikel 6 van het procedurebesluit bevat zeven beoordelingscriteria en is manifest in strijd met de cultuurpactwet en het cultuurpactdecreet. Deze criteria moeten bij decreet worden geregeld.

70. Verzoekster voegt in de memorie van wederantwoord hieraan toe dat de regelgeving die het cultuurpact vastlegt van openbare orde is, zodat zij geen belang bij het middel moet hebben. Maar zij heeft hoe dan ook belang bij de zaak. Indien dit middel gegrond wordt bevonden, zal de verwerende partij pas opnieuw een licentie kunnen geven na aanpassing van het regelgevend kader en zal verzoekster een nieuwe kans krijgen om zich kandidaat te stellen, wat op zich al een voldoende belang is bij het middel.

Het argument van de verwerende partij dat de cultuurpactregelgeving inzake omroep enkel zou verwijzen naar een staatsomroep is ongenueanceerd. Zij refereert aan bepalingen van het cultuurpact die in deze zaak irrelevant zijn. Ook de stelling van de tussenkomenende partij dat de aangevoerde bepalingen enkel betrekking zouden hebben op de toekenning van subsidies voor geregelde culturele activiteiten is onjuist. Ook procedures van erkenning vallen eronder. Licentie dient in deze zaak gelezen te worden als erkenning: het gaat om de toelating van overheidswege in een culturele aangelegenheid (radio-omroep) om op exclusieve wijze voor een lange duur gebruik te maken van sociaal en economisch waardevolle goederen die aan niemand toebehoren en daarom door de overheid beheerd worden. Dit geldt hier des te meer, nu de licentie verleend wordt door een orgaan dat aan de democratische controle door het parlement onttrokken is, zodat de waarborgen van het cultuurpact een nog groter belang hebben.

Het verweer dat de procedure van licentieverlening in het mediadecreet is geregeld, is volgens verzoekster onjuist en het verweer over artikel 202 van het mediadecreet is naast de kwestie. Artikel 202 van het mediadecreet bevat immers enkel de voorwaarden om een licentie te verwerven. Het mediadecreet bevat geen kader met basisbeginselen voor de procedure en de criteria tot het verlenen van licenties voor etheromroepnetwerken. In artikel 201, § 1, van het mediadecreet wordt daarvoor enkel een algemene delegatie gegeven aan de Vlaamse regering zonder de minste afbakening van de krijtlijnen waarbinnen de Vlaamse regering dient te blijven, wat niet voldoende is wanneer het cultuurpact van toepassing is.

71. In haar laatste memorie stelt verzoekster dat de delegatie bij decreet aan de uitvoerende macht voor die laatste geen vrijstelling is van het cultuurpact, nu dit enkel een rechtsgrond levert voor het procedurebesluit. Ook besluiten genomen bij delegatie dienen daarnaast zelf aan de cultuurpactregels te voldoen. Aangezien het mediadecreet niet zelf de beoordelingscriteria bevat, konden en mochten deze niet bij uitvoeringsbesluit bepaald worden omdat daardoor die besluiten zelf het cultuurpact schenden.

Ondergeschikt is volgens verzoekster een prejudiciële vraag aan het Grondwettelijk Hof aan de orde omwille van een ongrondwettelijke ongelijke behandeling. Die ongelijke behandeling, zo stelt verzoekster:

“[...] is er tussen de (kandidaten voor een) etheromroepnetwerk (art. 201 mediadecreet) en de (kandidaten-)particuliere radio-omroeporganisaties die uitzenden via FM-frequenties, wat betreft de zendactiviteit (beide categorieën zijn op dat punt vergelijkbaar omdat zij individuele gebruiksrechten op frequenties verwerven. Etheromroepnetwerken zullen die dan verder commercialiseren; erkend radio-omroeporganisaties zullen ze zelf gebruiken). Voor de laatsten bevat het mediadecreet wel grotendeels de basisprincipes van de voorwaarden en de procedure van erkenning op basis waarvan ze een zendvergunning kunnen bekomen.”

*Beoordeling*

72. De cultuurpactwet (en het cultuurpactdecreet) strekt ter uitvoering van artikel 11 van de Grondwet tot de bescherming van de ideologische en filosofische levensbeschouwingen en beoogt niet de bescherming van commerciële of economische belangen.

73. De verwerende partij werpt op dat het middel onontvankelijk is, waarbij zij onder meer de vraag opwerpt hoe verzoekster zich zou situeren “op het cultuurpactveld”. Ook de tussenkomen partij werpt op dat de cultuurpactregels niet van toepassing zijn op de voorliggende licentieprocedure.

74. Het geschil betreft de licentie als aanbieder van een etheromroepnetwerk. Zo een aanbieder van een etheromroepnetwerk of netwerkoperator staat in voor “het bouwen, exploiteren, leiden en beschikbaar stellen van een

elektronisch communicatienetwerk” (artikel 2, 22°, mediadecreet). De netwerkoperator kan ook optreden als dienstenverdelers en levert dan omroepdiensten van derden aan het publiek (artikel 2, 7°, mediadecreet). In geen van beide gevallen is hij zelf een omroeporganisatie met redactionele verantwoordelijkheid voor de inhoud van de aangeboden radio-omroepprogramma’s, wat de vraag oproept of een kandidaat voor een licentie voor het aanbieden van een etheromroepnetwerk, zelfs indien hij zoals hier mogelijk ook optreedt als dienstenverdelers, behoort tot de categorie van “erkende instellingen die activiteiten uitoefenen gericht op een gehele cultuurgemeenschap” als bedoeld bij artikel 11 van de cultuurpactwet (of het -decreet). Gelet op wat volgt, behoeft die vraag geen antwoord.

75. Verzoekster is een rechtspersoon, opgericht onder de vorm van een bv, die luidens haar statuten in wezen tot doel heeft “het ontplooiën van activiteiten op het vlak van etherdistributie in de ruimste zin van het woord, waaronder, maar niet uitsluitend, begrepen het uitvoeren van diensten en werkzaamheden ten behoeve van etherdistributie, het leveren van materialen en producten, het creëren en operationeel maken en houden van uitzendlocaties met het oog op het uitzenden van programma’s, datasignalen en overige vormen van content van omroepen en andere gebruikers van etherdistributiediensten” en “het aanleggen en exploiteren van een radio-omroepnetwerk of televisie-omroepnetwerk in de Vlaamse Gemeenschap”. In die statuten is geen spoor terug te vinden van enige levensbeschouwelijke inslag die zij daarbij aankleeft of wil bevorderen. Ook in de toelichting bij het middel alludeert zij hierop geenszins.

Verzoekster kan zich dus hoe dan ook niet ontvankelijk beroepen op een waarborg die is aangenomen ter bescherming van belangen die zij op geen enkele wijze nastreeft of zelfs maar pretendeert na te streven.

76. Het middel is onontvankelijk.

Aangezien de reden hiervoor vreemd is aan het onderwerp van de prejudiciële vraagstelling, is er geen reden om het verzoek tot prejudiciële vraagstelling in te willigen.

## *V. Rechtsplegingsvergoeding*

77. Voor zover de nv Norkring België een rechtsplegingsvergoeding vordert, volstaat het deze partij erop te wijzen dat een tussenkomende 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 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 tussenkomende partij wordt verwezen in de kosten van de tussenkomst, begroot op 150 euro.**

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

Geert Van Haegendoren, kamervoorzitter,

Bruno Seutin, staatsraad,

Bert Thys, staatsraad,

bijgestaan door

Tiny Temmerman, griffier.

**De griffier**

**De voorzitter**

**Tiny Temmerman**

**Geert Van Haegendoren**

IX-9476-55/55