

RAAD VAN STATE, AFDELING ADMINISTRATIE.

A R R E S T

**nr. 136.538 van 21 oktober 2004
in de zaak A. 148.519/XII-4079.**

In zake : VZW 77,
die woonplaats kiest bij
advocaat D. Matthys,
kantoor houdende te Gent,
Sint-Annaplein 34

tegen :

de VLAAMSE GEMEENSCHAP,
die woonplaats kiest bij
advocaat B. Staelens,
kantoor houdende te Brugge,
Canadesen Hof,
Bevrijdingslaan 4, bus 1.

tussenkomen de partij :

de VZW VRIJE PRIVATE OMROEPVERENIGING LAND VAN
WAAS,
die woonplaats kiest bij
advocaat W. De Cuyper,
kantoor houdende te Sint-Niklaas,
Vijfstraten 57.

DE Wnd. VOORZITTER VAN DE XIIe KAMER,

Gezien het verzoekschrift dat de vzw 77 op 8 maart 2004 heeft ingediend om de schorsing te vorderen van de tenuitvoerlegging van het Vlaams ministerieel besluit van 19 december 2003 houdende erkenning als lokale radio-omroep van vzw Land van Waas voor de lokaliteit Sint-Niklaas met frequentie 106.4 MHz;

Gezien het gelijktijdig ingediende verzoekschrift, waarbij dezelfde verzoekende partij de nietigverklaring vordert van dezelfde beslissing;

Gezien de nota van de verwerende partij;

Gezien het verslag opgemaakt door adjunct-auditeur S. De Taeye;

Gelet op de kennisgeving van het verslag aan partijen;

Gelet op de beschikking van 28 juni 2004 waarbij de terechtzitting bepaald wordt op 7 september 2004;

Gehoord het verslag van staatsraad G. van Haegendoren;

Gehoord de opmerkingen van advocaat D. Matthys, die verschijnt voor verzoekende partij, van advocaat B. Staelens, die verschijnt voor verwerende partij, en van advocaat E. Rentmeesters, die loco advocaat W. De Cuyper verschijnt voor de tussenkomende partij;

Gehoord het andersluidend advies van eerste auditeur E. Haesbrouck;

Gelet op de artikelen 17 en 18 en titel VI, hoofdstuk II, van de wetten op de Raad van State, gecoördineerd op 12 januari 1973;

Overwegende dat de vzw Vrije Private Omroepvereniging Land van Waas met een verzoekschrift van 26 maart 2004 heeft gevraagd om in het administratief kort geding te mogen tussenkomen; dat zij de begunstigde is van het bestreden besluit; dat er reden is haar verzoek in te willigen;

Overwegende dat het Vlaams Commissariaat voor de Media met een bericht in het Belgisch Staatsblad van 12 augustus 2003 verklaart “dat voor de frequenties, bepaald bij en omschreven in het besluit van de Vlaamse regering van 18 juli 2003 houdende bepaling van het aantal particuliere landelijke, regionale en lokale radio-omroepen dat kan worden erkend en houdende de opstelling van het frequentieplan en de vaststelling van de frequentiepakketten en de frequenties die ter beschikking worden gesteld van de particuliere landelijke, regionale en lokale radio-omroepen, met bijlagen (Belgisch Staatsblad van 25 juli 2003) en betrekking hebbende op het grondgebied van de provincies Oost-Vlaanderen en West-Vlaanderen, een aanvraag tot erkenning als lokale radio-omroep kan worden ingediend”;

Overwegende dat verzoekende partij is opgericht in 1982 en sedert meer dan twintig jaar uitzendingen verzorgt, eerst als onafhankelijke radio voor Sint-Niklaas, later in samenwerking met Topradio; dat zij zich kandidaat stelt voor

erkenning als lokale radio-omroep voor elk van de drie beschikbare frequenties in de lokaliteit Sint-Niklaas; dat de Vlaamse minister van wonen, media en sport bij ministerieel besluit van 17 oktober 2003 zeven kandidaturen waaronder die van verzoekende partij en tussenkomende partij ontvankelijk verklaart en uiteindelijk, bij het bestreden besluit van 19 december 2003, tussenkomende partij voor de duur van negen jaar erkent als lokale radio-omroep, voor de frequentie 106.4 MHz in de lokaliteit Sint-Niklaas; dat hij motiveert :

“Overwegende dat de kandidatuur van VZW Radio Solymar met maatschappelijke zetel Plezantstraat 264 te 9100 Sint-Niklaas, de kandidatuur van VZW Vrije Private Omroepvereniging Land Van Waas met maatschappelijke zetel Lange Rekstraat 38 te 9100 Sint-Niklaas, de kandidatuur van VZW Stichting Communicatie Waasland met maatschappelijke zetel Europark-Noord 39 te 9100 Sint-Niklaas, de kandidatuur van VZW 77 met maatschappelijke zetel Heidebloemstraat 233 te 9100 Sint-Niklaas, VZW Radio Progres met maatschappelijke zetel Driekoningenstraat 48 te 9100 Sint-Niklaas, VZW Stadsradio Sint-Niklaas met maatschappelijke zetel Prins Boudewijnlaan 107 te 9100 Sint-Niklaas en de kandidatuur van VZW Waasland Broadcasting Company met maatschappelijke zetel Lodewijk Dosfelstraat 1 B3 te 9100 Sint-Niklaas ontvankelijk werden bevonden voor de lokaliteit Sint-Niklaas, zoals blijkt uit het ministerieel besluit van 17 oktober 2003 houdende de lijst van alle ontvankelijk bevonden kandidaturen ter erkenning als lokale radio-omroep;

Overwegende dat na onderzoek van de aanvragen blijkt dat elk van de kandidaten voldoet aan de decretale voorwaarden om te worden erkend als lokale radio-omroep;

Overwegende dat na grondig onderzoek van de aanvragen en ingevolge het respectievelijke overwicht ten opzichte van de andere kandidaten op basis van de invulling van de voorgeschreven criteria, VZW Radio Solymar werd erkend als lokale radio-omroep voor de frequentie 107,9 Mhz en VZW Stichting Communicatie Waasland werd erkend als lokale radio-omroep voor de frequentie 106,8 MHz, beiden in de lokaliteit Sint-Niklaas, en deze rechtspersonen bijgevolg niet meer in aanmerking komt voor de toekenning van de overige ter beschikking gestelde frequentie in de lokaliteit Sint-Niklaas;

Overwegende dat uit de dossiers na grondig onderzoek enerzijds blijkt dat de kandidaturen vanwege VZW Vrije Private Omroepvereniging Land Van Waas en VZW Radio 77 op het gebied van de aantoonbare en beschreven band die is opgebouwd met de lokale gemeenschap, in het bijzonder de band die is ontstaan door gedurende een langere periode een continuïteit in de radio-uitzendingen te hebben verzorgd, -door het verzorgen van uitzendingen gedurende 21 jaar, door de contacten en samenwerking met plaatselijke verenigingen, door het contact met de luisteraar en door de band van de eigen medewerkers met het verzorgingsgebied zelf- op een gelijkwaardige wijze als de meest degelijke van de betrokken kandidaatstellingen dienen te worden beschouwd terwijl anderzijds blijkt dat de concrete invulling door VZW Vrije Private Omroepvereniging Land van Waas van het programma-aanbod en zendschema, in het bijzonder het aanbod aan eigen programma's en het programma-aanbod met informatie over het eigen verzorgingsgebied -door het verzorgen van een volledig eigen en gevarieerd programma-aanbod met veel lokale informatie en interactie met de luisteraar- als de meest degelijke van de betrokken kandidaatstellingen dient te worden beschouwd;

Overwegende dat uit de dossiers na grondig onderzoek daarnaast blijkt dat de kandidaturen vanwege VZW Vrije Private Omroepvereniging Land van

Waas, VZW Radio 77 en VZW Stadradio Sint-Niklaas inzake de aantoonbare en beschreven kennis en radio-ervaring op het vlak van de productie en exploitatie van een radioprogramma voor het verzorgingsgebied in kwestie, - door het jarenlang verzorgen van uitzendingen en door de jarenlange radio-ervaring van de lokale medewerkers- op gelijkwaardige wijze als de meest degelijke van de betrokken kandidaatstellingen dienen te worden beschouwd;

Overwegende dat niettegenstaande uit de dossiers na grondig onderzoek blijkt dat de kandidaturen vanwege VZW Radio Progres en VZW Waasland Broadcasting Company inzake de infrastructuur, met name de materiële en technische uitzendmogelijkheden waarover de kandidaat zal beschikken, op gelijkwaardige wijze als de meest degelijke van de betrokken kandidaatstellingen dienen te worden beschouwd en de kandidatuur vanwege VZW Radio 77 inzake de degelijkheid van het opgegeven financiële plan en de financiële structuur als de meest degelijke van de betrokken kandidaturen dienen te worden beschouwd, VZW Vrije Private Omroepvereniging Land Van Waas door het overwicht ten opzichte van de andere kandidaten op basis van de invulling van de voorgeschreven criteria, omwille van de hierboven vermelde redenen in aanmerking komt voor de toekenning van de in derde orde aangevraagde frequentie 106,4 MHz in de lokaliteit Sint-Niklaas, omwille van de hierboven vermelde redenen, in overeenstemming met de bedoeling van de decreetgever dat de opdracht die wordt toegekend aan de lokale radio-omroepen erin bestaat een kwalitatief hoogstaand en gevarieerd aanbod te bieden dat rekening houdt met de eigenheid van het verzorgingsgebied”;

Overwegende dat er vooralsnog geen noodzaak bestaat om over de door de verwerende partij opgeworpen ontvankelijkheidsexcepties uitspraak te doen; dat een onderzoek van en een uitspraak over die excepties alleen nodig is indien zou komen vast te staan dat de grondvoorwaarden voor het toewijzen van de vordering tot schorsing vervuld zijn, wat, zoals hierna zal blijken, niet het geval is;

Overwegende dat krachtens artikel 17, § 2, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State slechts tot schorsing van de tenuitvoerlegging kan worden besloten onder de dubbele voorwaarde dat ernstige middelen worden aangevoerd die de vernietiging van de aangevochten beslissing kunnen verantwoorden en dat de onmiddellijke tenuitvoerlegging van de bestreden beslissing een moeilijk te herstellen ernstig nadeel kan berokkenen;

Overwegende dat verzoekende partij een eerste middel put uit de schending van artikel 18ter, § 1, tweede lid, van het besluit van de Vlaamse regering van 14 juli 1998 houdende vaststelling van de procedure voor het Vlaams Commissariaat voor de Media en houdende aanvullende kwalificatiecriteria en voorwaarden voor de erkenning van particuliere radio-omroepen (hierna: het procedurebesluit); dat de voorwaarde om slechts voor één lokaliteit een dossier te mogen indienen volgens verzoekende partij een ontvankelijkheidsvoorwaarde betreft, dat tussenkomende partij ook heeft gekandideerd voor de lokaliteit Sint-Niklaas

(Sinaai) en dus een onontvankelijke aanvraag heeft ingediend die *ab initio* buiten beschouwing moest worden gelaten;

Overwegende dat de verwerende partij in de nota repliceert, onder meer, dat de vermelding van de vierde frequentie in de aanvraag van tussenkomende partij “puur en alleen op een verkeerde interpretatie berust”, dat er door deze aanvrager klaarblijkelijk verkeerdelijk van uitgegaan is dat “Sint-Niklaas (Sinaai)” betrekking had op dezelfde lokaliteit als “Sint-Niklaas”, dat het volstrekt onevenredig zou zijn om de aanvraag te verwerpen omdat er enige verwarring bij tussenkomende partij bestond, dat deze verwarring te geen dele de oordeelsvorming met betrekking tot de aanvraag voor de lokaliteit Sint-Niklaas in de weg heeft gestaan of heeft tegengewerkt, dat volstrekt duidelijk was dat het de bedoeling was te kandideren voor een frequentie van de lokaliteit Sint-Niklaas; dat de tussenkomende partij opmerkt, onder meer, dat verzoekende partij geen enkel belang bij dit middel heeft aangezien zij niet aantoonde dat de beweerde aanvraag voor de andere lokaliteit ontvankelijk en gegrond zou zijn verklaard;

Overwegende dat het aangevoerde artikel 18ter, § 1, tweede lid, van het procedurebesluit luidt :

“Een kandidaat kan slechts voor één lokaliteit een dossier indienen. Indien er meerdere frequenties per lokaliteit beschikbaar zijn, duidt de aanvrager zijn orde van voorkeur aan. De kandidaturen tot het verkrijgen van een erkenning moeten op straffe van onontvankelijkheid binnen dertig kalenderdagen vanaf de publicatie van het bericht in het Belgisch Staatsblad ingediend worden bij het Commissariaat. Deze termijn kan verlengd, noch ingekort worden”;

Overwegende dat de lijst met de onderscheiden lokaliteiten en de frequenties voor lokale radio te vinden is in de bijlage 4 van het besluit van de Vlaamse regering van 18 juli 2003 houdende bepaling van het aantal particuliere landelijke, regionale en lokale radio-omroepen dat kan worden erkend en houdende de opstelling van het frequentieplan en de vaststelling van de frequentiepakketten en de frequenties die ter beschikking worden gesteld van de particuliere landelijke, regionale en lokale radio-omroepen; dat die lijst 177 lokaliteiten bevat; dat lokaliteit 148 Sint-Niklaas is, met drie frequenties (106.4; 106.8; 107.9 MHz) en lokaliteit 149 Sint-Niklaas (Sinaai) met één frequentie (105.5 MHz); dat niet wordt betwist dat tussenkomende partij slechts één dossier heeft ingediend; dat zij wel, zonder op het desbetreffende aanvraagformulier uitdrukkelijk een lokaliteit in te vullen, haar kandidatuur indient voor vier frequenties, opgegeven in volgorde van haar voorkeur :

106.8 MHz., 107.9 MHz., 106.4 MHz. en 105.5 MHz; dat overigens verzoekende partij op haar aanvraagformulier, zo lijkt, evenmin de door haar gevraagde lokaliteit uitdrukkelijk heeft vermeld; dat verzoekende partij anderzijds, op het eerste gezicht, terecht een onderscheid maakt tussen enerzijds de lokaliteit “Sint-Niklaas” en anderzijds de lokaliteit “Sint-Niklaas (Sinaai)”; dat zijzelf slechts kandideerde voor de drie eerstgenoemde frequenties;

Overwegende dat een ontvankelijkheidsvoorwaarde naleven één zaak is, de sanctie een andere; dat het aangehaalde artikel 18ter, § 1, tweede lid, de straf van onontvankelijkheid enkel reserveert voor de naleving van de termijn waarin het dossier moet worden ingediend; dat het bestuur mocht aannemen, zo lijkt, dat de opgave van de frequentie 105.5 MHz op een onbedoelde misvatting van de tussenkomende partij rust; dat de kandidatuur van de tussenkomende partij door het ministerieel besluit van 17 oktober 2003 houdende de lijst van alle ontvankelijk bevonden kandidaturen ter erkenning als lokale radio-omroep, *prima facie* terecht enkel voor de lokaliteit “Sint-Niklaas” ontvankelijk werd bevonden; dat tussenkomende partij het overigens niet anders zag, zo lijkt, nu zij tegen dit besluit geen rechtsmiddelen heeft aangewend; dat verzoekende partij niet aannemelijk maakt dat de opgave, als laatste keuze, van een frequentie in een andere niet uitdrukkelijk genoemde lokaliteit, op grond van de in het middel aangevoerde bepaling, met de algehele onontvankelijkheid van de ingediende erkenningsaanvraag moest worden bestraft; dat het middel niet ernstig is;

Overwegende dat de verzoekende partij als tweede middel de schending aanvoert van “inzonderheid de artikelen 28, 31, 35 en 36” van de op 25 januari 1995 gecoördineerde decreten betreffende de radio-omroep en de televisie (hierna: de mediadecreten), van artikel 1 van het besluit van de Vlaamse regering van 18 juli 2003 betreffende de procedure en de aanvullende kwalificatiecriteria en voorwaarden voor de erkenning van particuliere landelijke, regionale en lokale radio-omroepen (hierna: het erkenningsbesluit), van de artikelen 2 en 3 van de wet van 29 juli 1991 betreffende de uitdrukkelijke motivering van de bestuurshandelingen (hierna: de motiveringswet) en van de artikelen 10 en 11 van de Grondwet; dat zij toelicht dat de in het ministerieel besluit gegeven motivering uitermate vaag en in geen enkel opzicht onderbouwd is, dat zij “afgezien van de vraag of de conclusies [...] wel in overeenstemming zijn met de gegevens van de ingediende dossiers, en los van de vraag of de wijze waarop met deze gegevens werd omgegaan correct en aanvaardbaar is [...] *a priori* vast[stelt] dat verwerende partij zonder opgave van een

geldige reden de voorkeur geeft aan een criterium programma-aanbod en zendschema boven het criterium van financieel plan en financiële structuur”, dat verwerende partij die voorkeur motiveert door te gewagen van de bedoeling van de decreetgever, terwijl “over deze preferentie” in de mediadecreten “niets is terug te vinden” en ook het erkenningsbesluit “nergens [stelt] dat de criteria, opgesomd in artikel 1 ervan, tegenover mekaar een afgewogen waarde zouden vertonen”, dat *a contrario* zelfs mag worden gesteld dat de bedoeling van de Vlaamse regering kennelijk is geweest om de kwalificatiecriteria voor de lokale radio-omroepen als gelijkwaardig te beschouwen gezien het feit dat artikel 1 van het erkenningsbesluit voor de landelijke en regionale radio-omroepen wél een wegingsfactor toekent; dat volgens verzoekende partij de conclusie van haar vaststellingen is “dat de keuze, zoals verwoord in de aangevochten beslissing, strijdig is met voormelde decretale en reglementaire principes en bepalingen doordat ten onrechte een overwicht werd toegekend aan een criterium dat nooit als een overwegend criterium werd aangemerkt”;

Overwegende dat uit het betoog blijkt dat verzoekende partij met het eerste middel niet de concrete beoordeling van haar aanvraagdossier op de korrel neemt -dat doet zij in het tweede onderdeel van het tweede middel- maar wel de “methode” die het bestuur *in abstracto* heeft gehanteerd bij het toetsen van de aanvragen aan de vijf in het erkenningsbesluit gestelde erkenningscriteria en wat die methode betreft, dan nog enkel het gegeven dat aan één criterium “programma-aanbod en zendschema” doorslaggevend gewicht zou zijn gegeven terwijl uit de regelgeving moet blijken dat alle criteria een gelijke waarde hebben;

Overwegende dat de artikelen 36 en 38*decies* van de mediadecreten de Vlaamse regering opdragen de erkenningsprocedure te regelen en de erkenning te verlenen op basis van de in artikel 38*decies* opgesomde criteria en de mogelijk door de regering supplementair opgelegde voorwaarden; dat de kritiek van verzoekende partij wezenlijk de wijze betreft waarop verwerende partij is omgegaan met de criteria bedoeld in artikel 38*decies* van de mediadecreten -artikel dat zij vreemd genoeg nochtans niet in haar middel noemt; dat mét verzoekende partij op het eerste gezicht mag worden vastgesteld dat over een door het bestuur te hanteren methode voor de toetsing van een aanvraag aan de gestelde erkenningsvoorwaarden, en desgevallend een weging van die criteria, in de mediadecreten niets is terug te vinden; dat inderdaad ook het erkenningsbesluit geen weging oplegt; dat hetzelfde besluit inderdaad voor de landelijke en de regionale

radio-omroepen wél wegingsfactoren bepaalt voor de toetsing aan de aanvullende kwalificatiecriteria; dat de Raad uit een en ander in de huidige stand van de procedure besluit dat de mediadecreten noch het erkenningsbesluit voor de lokale radio-omroepen aan het bestuur een welbepaalde wegingsmethode opleggen noch dat zij aan het bestuur een bepaalde weging van de criteria verbieden;

Overwegende dat verwerende partij overeenkomstig artikel 1, vijfde lid, van het erkenningsbesluit de ontvankelijk bevonden kandidaturen op basis van vijf erkenningscriteria diende te beoordelen; dat deze criteria zijn :

- “1° de concrete invulling van het programma-aanbod en zendschema, in het bijzonder het aanbod aan eigen programma's en het programma-aanbod met informatie over het eigen verzorgingsgebied;
- 2° de aantoonbare en beschreven kennis en radio-ervaring van de kandidaat op het vlak van de productie en exploitatie van een radioprogramma voor het verzorgingsgebied in kwestie;
- 3° de aantoonbare en beschreven band die is opgebouwd met de lokale gemeenschap in het bijzonder de band die is ontstaan door gedurende een langere periode een continuïteit in de radio-uitzendingen te hebben verzorgd;
- 4° de infrastructuur, met name de materiële en technische uitzendmogelijkheden waarover de kandidaat zal beschikken;
- 5° de degelijkheid van het opgegeven financiële plan en de financiële structuur”;

Overwegende dat in de ambtelijke onderzoeksrapporten de wijze waarop de aanvraag overeenstemt met ieder criterium afzonderlijk wordt onderzocht, beschreven, beoordeeld en gewaardeerd, zonder tot een totaaloordeel te komen of een onderlinge afweging te maken; dat dit wordt overgelaten, zo lijkt, aan het uiteindelijke oordeel van de minister die over de erkenning moet beslissen; dat de onderzoeksrapporten verzoekende partij en tussenkomende partij voor het tweede, derde en vierde criterium op gelijke wijze heeft gewaardeerd, in die zin dat aan hen voor die criteria telkens dezelfde score is toegekend; dat verzoekende partij daarentegen voor het eerste criterium de neutrale score “0” krijgt en tussenkomende partij de positieve score “+”, terwijl verzoekende partij voor het vijfde criterium de hoogste score “++” krijgt toebedeeld en tussenkomende partij de positieve score “+”; dat de situatie er dan een is, zo lijkt, van twee aanvragers waarvan de minister in het bestreden besluit afgaande op de rapporten terecht overweegt dat zij elk voor drie criteria als “meest degelijke” uit de bus komen, waarvan twee maal met elkaar *ex aequo*; dat hij als doorslaggevend element om aan tussenkomende partij dan het overwicht te gunnen, de score voor het eerste criterium zwaarst heeft laten doorwegen; dat hij dat heeft gedaan op grond van de vermeende wil van de decreetgever “dat de opdracht die wordt toegekend aan de lokale radio-omroepen

erin bestaat een kwalitatief hoogstaand en gevarieerd aanbod te bieden dat rekening houdt met de eigenheid van het verzorgingsgebied”; dat in de huidige stand van de procedure wordt aangenomen dat die vermeende doelstelling van de decreetgever spoort met hetgeen is verwoord als taak van de lokale radio-omroepen in artikel 38*octies*, eerste lid, van de mediadecreten, met hetgeen als hoofdzakelijk doel van de radio krachtens artikel 38*nonies*, 1°, van de mediadecreten moet blijken uit de statuten en met hetgeen uitdrukkelijk als erkenningscriterium is vermeld in artikel 38*decies* van de mediadecreten; dat verzoekende partij er niet toe komt aan te tonen aan de hand van de regelgeving of van de parlementaire totstandkoming ervan, dat het criterium van de degelijkheid van het opgegeven financieel plan en de financiële structuur minstens evenwaardig is geacht door de decreetgever; dat die voorwaarde op eerste gezicht een “supplementaire voorwaarde” vormt in de zin van artikel 38*decies* van de mediadecreten; dat vooralsnog wordt aangenomen dat de verwerende partij haar beoordelingsvrijheid niet te buiten is gegaan door de finaal gemaakte afweging; dat tenslotte de motiveringswet het bestuur daarbij ook niet lijkt te verplichten om de keuze van de *in abstracto* bij de beoordeling van al de erkenningsaanvragen gevolgde methode uitdrukkelijk te motiveren; dat voor het overige de motiveringswet aan bod komt bij de bespreking van het eerste onderdeel van het derde middel; dat verzoekende partij niet toelicht waarom het gelijkheids- en niet-discriminatiebeginsel niet is nageleefd; dat het middel niet ernstig is;

Overwegende dat verzoekende partij in een derde middel de schending aanvoert van de formele en de materiële motiveringsplicht, van de artikelen 10 en 11 van de Grondwet, van het redelijkheidsbeginsel en van “machtsoverschrijding”; dat zij vervolgens dit middel in twee onderdelen opsplijt; dat de toelichting bij de beide onderdelen op de formele, resp. de materiële motivering van het bestreden besluit betrekking heeft; dat de Raad in de huidige stand van het geding niet ziet wat verzoekende partij méér wenst aan te tonen met het aanvoeren van beide grondwetsbepalingen en beginselen; dat het middel in zoverre niet ernstig is;

Overwegende dat verzoekende partij in een eerste onderdeel van het derde middel andermaal de formele motiveringsplicht geschonden noemt, omdat de aangevochten beslissing in hoofdzaak verwijst naar de ambtelijke onderzoeksrapporten die haar niet ter kennis werden gebracht voor of samen met de eindbeslissing;

Overwegende dat niet moet worden onderzocht of de in het ministerieel besluit veruitwendigde motieven niet reeds mogen volstaat ter naleving van de motiveringswet; dat immers verzoekende partij in het inleidend verzoekschrift erkent van de onderzoeksrapporten inzage te hebben gekregen, weze het nadat zij mededeling had ontvangen van de aangevochten beslissing; dat zij de gelegenheid had om tegen die rapporten grieven te ontwikkelen; dat zij die gelegenheid overigens blijkens het tweede onderdeel van dit middel ook daadwerkelijk te baat heeft genomen; dat de latere kennisneming van de rapporten zich op het eerste gezicht dan ook niet heeft voorgedaan in omstandigheden die haar recht om zich in rechte te verweren tegen de bestreden handeling in het gedrang brengt; dat in die omstandigheden het doel van de motiveringswet, namelijk de bestuurde een zodanig inzicht te verschaffen in de motieven van de beslissing dat hij in staat is om te oordelen of, ten aanzien van de motieven, het zin heeft zich tegen die beslissing te verweren met de middelen die het recht hem verschaft, op het eerste gezicht bereikt lijkt; dat het eerste onderdeel van het derde middel alleen reeds om die reden niet ernstig is;

Overwegende dat verzoekende partij in het tweede onderdeel van het derde middel de materiële motiveringsplicht geschonden acht; dat zij betoogt dat de conclusies in de onderzoeksrapporten voor het eerste en het vijfde criterium niet de logische gevolgtrekking is van de gegevens die zijn terug te vinden in de ingediende dossiers en van de inpassing ervan in de criteria van artikel 1 van het erkenningsbesluit; dat zij haar kritiek op de onderzoeksrapporten formuleert als volgt :

“(1) Wat het programma-aanbod betreft werden -terecht- drie facetten onderzocht, nl. (a) de concrete invulling, (b) het eigen programma-aanbod en (c) informatie over het eigen verzorgingsgebied.

Verzoekster stelt evenwel vast dat een aantal commentaren van het beoordelingsrapport gratis zijn en nergens op gesteund.

(a) Concrete invulling

- Op blz.5 van het rapport over verzoekster staat dat er non-stop programma's zijn van 24 uur tot 6 uur, maar dat deze programma's niet zijn gepresenteerd (woord).

Welnu, deze affirmatie strijdt met de realiteit en met de gegevens van het door verzoekster ingediende dossier (zie bijlage 4 van dit dossier), vermits daarin duidelijk staat opgegeven dat op maandag, dinsdag, woensdag, donderdag en vrijdag van 04.00 tot 06.00 uur het programma 'The night club' wordt uitgezonden, waarover men onder andere leest : 'Een gepresenteerd ochtendprogramma. Een muzikale programmatie gericht op een breed publiek met weerbericht, nieuws in de marge. Naar het einde van het programma : een overzicht van de krantenkoppen'.

Op zaterdag is er inderdaad van 00 tot 06 uur een non stop nachtprogramma met nadruk op zeer veel muziek, maar op zondag loopt van 00 tot 05 uur een 'TOPradio live @ Bell's Café', met live uitzending (reeds vanaf 22.00 uur) vanop locatie : 'Deze animatievorm heeft groot succes en steunt op een perfecte samenwerking tussen de radio en een aantal lokale discotheken/café's of organisatoren van evenementen'.

Het is evident dat deze foute vermelding in het verslag een vertekend beeld geeft van één der criteria dat, zoals uit de vergelijking der scores blijkt, een determinerend verschil in weging heeft opgeleverd t.o.v. tegenkandidaat vzw Vrije Private Omroepvereniging Land van Waas. Bovendien leest men in het rapport dat de programmatie eerder gericht zou zijn op jong publiek : ook dit is manifest onjuist, vermits deze vermelding uitsluitend door verzoekster werd aangebracht bij de beschrijving van het programma TOPradio HOTline.

- Op blz. 5 van het rapport over vzw Vrije Private Omroepvereniging Land van Waas staat dat er 'dagelijks gepresenteerde programma's (met woord) vanaf 6½ tot 24u'. Deze affirmatie vindt echter helemaal geen steun in het door deze kandidaat ingediende dossier; nergens kan men hierin lezen dat het gepresenteerde programma's zouden zijn. Bovendien worden -in tegenstelling tot het dossier van verzoekster- bij de vzw Vrije Private Omroepvereniging Land van Waas -niet alle programma's inhoudelijk besproken, zodat een beoordeling ervan quasi onmogelijk is.

(b) Eigen programma's

Alweer moet worden vastgesteld dat in het onderzoeksrapport m.b.t. haar dossier een aantal onjuistheden staan vermeld. Zo leest men dat onduidelijkheid zou bestaan over lokale uitzendingen op weekenddagen, met de bijkomende commentaar 'mogelijk slechts drie uur'. Dit blijkt niet uit het ingediende dossier, dat immers uiterst precieze gegevens bevat over alle programma's (bijlage 4) en dus ook over wat tijdens de week-ends wordt uitgezonden.

Een analyse van het door vzw Vrije Private Omroepvereniging Land van Waas ingediende dossier leert daarentegen dat niet alle programma's inhoudelijk worden besproken : waarom leest men daaromtrent dan geen opmerking onder de rubriek 'vaststellingen inzake eigen programma's' ?

(c) Informatie verzorgingsgebied

De vergelijking tussen de gegevens van beide kandidaten wijst zeker niet uit dat in redelijkheid een voorkeur zou moeten worden gegeven aan de vzw Vrije Private Omroepvereniging Land van Waas.

Verzoekster verzorgt zelfs in aantal méér lokale journaals dan voormelde vzw, en in het onderzoeksrapport staat hierover zelfs een materieel foute vermelding : Tijdens de week-ends zijn er slechts vijf lokale journaals en niet zes.

Verder staat op dezelfde blz. 5 van het onderzoeksrapport over de vzw Vrije Private Omroepvereniging Land van Waas dat per dag ook een gemeente uit het Waasland extra wordt belicht; een onderzoek van het dossier wijst uit dat dit niet dagelijks is, waarmee nogmaals is aangetoond dat het rapport zeer onzorgvuldig werd samengesteld.

(d) Verzoekster leest in het onderzoeksrapport over haar dossier de vermelding dat dit bijna identiek is aan dat van kandidaat Radio ABC uit Lokeren. Wat die zin betekent, welke zijn relevantie is en waar hij mogelijks zou hebben moeten voor dienen is niet duidelijk. Het betreft in ieder geval een volstrekt irrelevante opmerking, die dus had moeten zijn weggelaten om te voorkomen dat hieraan enige connotatie zou kunnen worden gegeven.

(e) Op grond van deze sub (a) t/m (d) besproken gegevens uitmonden in een minder positieve evaluatie voor verzoekster ten voordele van vzw Vrije Private Omroepvereniging Land van Waas komt neer op een onredelijkheid die niet aanvaardbaar moet worden genoemd.

(2) Verzoekster stelt daarenboven vast dat ook over de andere gehanteerde criteria heel wat te zeggen valt.

Zo rijst de vraag naar de opgave van het aantal medewerkers onder de rubriek 'radio-ervaring', die voor de beide kandidaten evenwaardig werd beoordeeld : waarom wordt bijvoorbeeld gesteld dat verzoekster slechts zeven lokale medewerkers zou hebben vermeld, terwijl het er in werkelijkheid achttien zijn ? Waar haalt verweerder het ten andere om te spreken van 'lokale' medewerkers ?

Verzoekster begrijpt al evenmin waarom haar voor het criterium 'infrastructuur' een 0 wordt gegeven, terwijl zij beantwoordt aan alle gestelde eisen; er werd immers nooit gevraagd om bij het dossier toelichtende nota's, technische fiches of documenten te voegen. Wanneer aan de eisen is voldaan -en dit blijkt uit de resultaten in het onderzoeksrapport- kan geen score 0 worden toegekend.

Tenslotte is het voor verzoekster een onopgeloste vraag waar op blz. 8 onder rubriek 'aantoonbare kennis en radio-ervaring' de stelling wordt vandaan gehaald 'voorbij jaren meer programma's aangeleverd door samenwerkingsverband'. Dit werd door verzoekster nooit beweerd, en al evenmin in het door haar ingediend dossier geaffirmeerd”;

Overwegende dat de Raad van State niet in de plaats van de administratieve overheid mag oordelen over de erkenningsaanvragen; dat hij binnen het raam van de aangevoerde onwettigheid enkel mag nagaan of de bestreden beslissing steunt op rechtens aanvaardbare en op werkelijke feiten berustende motieven, die door het bestuur met de nodige zorgvuldigheid werden vastgesteld; dat het -niet in het minst in een schorsingsprocedure- aan de verzoekende partij toekomt om haar grieven op het vlak van de materiële motivering voor de Raad niet “gratuit” te laten zijn, maar ze op concrete, precieze en nauwkeurige wijze te ontwikkelen en aan te tonen hoe de beweerde onzorgvuldigheid op de bestreden beslissing kan inwerken; dat, wanneer zij dit nalaat, niet van de Raad mag worden verwacht dat hij de aanvraagdossiers minutieus zou gaan ontleden; dat immers dan in werkelijkheid zou worden verwacht dat de Raad van State in de plaats van de verzoekende partij het verzoekschrift zou opstellen; dat bijgevolg enkel rekening wordt gehouden met de elementen die in het verzoekschrift met de nodige precisie worden aangebracht;

Overwegende dat voor een aantal geformuleerde grieven de vereiste concrete gegevens geheel ontbreken in het aangehaalde betoog : zo maakt verzoekende partij bij punt 1(b) niet concreet wélke eigen programma's dan wél op weekenddagen lokale uitzendingen zijn en hoe dit uit het dossier zou moeten blijken, toont zij met haar “vraag” waarom in het onderzoeksrapport betreffende de tussenkomende partij geen opmerking wordt gemaakt over het feit dat in het dossier niet alle programma's worden besproken, niet aan hoe deze vaststelling, voor zover juist, de bestreden beslissing vermag te vitiëren, toont zij niet aan welke voor haar negatieve weerslag de in punt 1(d) bekritiseerde zin -die zij ten gronde overigens niet tegenspreekt- heeft gehad op haar aanvraag; dat deze grieven neerkomen op loutere, op geen enkele wijze gestaafde beweringen; dat er bij de beoordeling van het middel geen rekening mee wordt gehouden;

Overwegende, wat de grief betreffende het weekendnacht-programma betreft, dat een programma dat volgens verzoekende partij op zondag om 00 uur start voor verwerende partij blijkbaar nog een programma is dat op zaterdagavond wordt uitgezonden; dat het ambtelijk onderzoeksrapport over de erkenningsaanvraag van verzoekster, wat het programma-aanbod op zaterdag en zondag betreft, immers wel degelijk melding lijkt te maken van de live-uitzendingen met het programma “TOPradio live@Bell's Café”, waar wordt gesteld : “Zaterdagavond (en nacht) live uitzendingen vanuit plaatselijke danszaak”; dat deze grief feitelijke grondslag mist;

Overwegende, wat de jonge leeftijd van het publiek van verzoekende partij betreft, dat haar bewering deze vermelding enkel te hebben aangebracht bij de beschrijving van het programma “TOPradio HOTline” feitelijke grondslag mist; dat immers verwerende partij in de nota met opmerkingen niet zonder grond verwijst naar het in de aanvraag bijgevoegde zendschema van verzoekende partij, waar zij voor het programma “Circus Gorus” schrijft “Naar doelgroepen richt ‘Circus Gorus’ zich, net zoals TOPradio zelf, vooral naar de jongeren”; dat de aangehaalde woorden “net zoals TOPradio zelf” daarenboven tegenspreekt, zo lijkt, dat de vaststellingen in het onderzoeksrapport ten gronde ook “manifest onjuist” zouden zijn, tenzij verzoekende partij zou willen beweren aan het bestuur verkeerde informatie te hebben voorgelegd;

Overwegende dat het betoog luidens welk de in het onderzoeksrapport betreffende de tussenkomende partij aangenomen “dagelijks gepresenteerde programma’s (met woord)” geen steun vinden in het door deze partij ingediende erkenningsdossier, daar men nergens in het dossier kan lezen dat deze programma’s “gepresenteerde” programma’s zijn, niet gevolgd kan worden; dat immers de weliswaar bondige omschrijving van de programma’s in het in de erkenningsaanvraag opgenomen, gedetailleerde zendschema en de duidelijke vermelding van de non-stop muziekprogramma’s aldaar, de verwerende partij, op het eerste gezicht, toelaten, de “gepresenteerde” programma’s van de andere te onderscheiden; dat het gedetailleerde zendschema de verwerende partij, op het eerste gezicht, tevens toeliet om het programma-aanbod en het zendschema van de tussenkomende partij te beoordelen, zoals vereist door artikel 1, vijfde lid, 1°, van het erkenningsbesluit;

Overwegende dat verwerende partij zich wél lijkt te hebben vergist wat het beweerde nonstop karakter van het programma “the night club” betreft dat door verzoekende partij op weekdagen tussen 04.00u en 06.00u wordt uitgezonden; dat het aanvraagdossier hierover vermeldt “gepresenteerd ochtendprogramma”; dat de kritiek van verzoekende partij op dit punt terecht is; dat evenwel hier de vraag rijst welke weerslag deze onzorgvuldigheid in het onderzoeksrapport gehad heeft op de uiteindelijk toegekende score; dat uit de onderzoeksrapporten betreffende de kandidaturen van verzoekende en tussenkomende partij, op eerste gezicht niet mag blijken dat het feit dat verzoekende partij tijdens de week, met name tussen 4u en 6u, wél “gepresenteerde” programma’s uitzendt, enige invloed op het toekennen van de scores voor dit criterium zou hebben gehad; dat uit de onderscheiden wegingsadviezen met betrekking tot het eerste erkenningscriterium *prima facie* zelfs het tegendeel mag blijken, nu in het motiverend gedeelte van deze adviezen het aantal “gepresenteerde programma’s” zelfs niet wordt vermeld : in het wegingsadvies voor het eerste erkenningscriterium, krijgt verzoekster de neutrale score “0” op grond van de motieven : “Uitzendingen in samenwerkingsverband - 6 uur eigen lokale programma’s (op weekdagen) - gericht op een eerder jeugdig publiek - lokaal/regionaal informatief” en de tussenkomende partij krijgt voor datzelfde erkenningscriterium de positieve score “+”, op grond van de motieven : “enkel eigen programma’s - zeer gevarieerd programma-aanbod - lokaal informatief aanbod - interactie met luisteraar”;

Overwegende dat om dezelfde reden de door verzoekende partij vermelde misslagen in het dossier betreffende het aantal lokale journaals tijdens de week-ends (vijf en niet zes) en betreffende de “belichting” van gemeenten in het Waasland (niet dagelijks), die op het eerste gezicht wel als slordigheid aan te merken zijn, *prima facie* niet aantonen dat “het rapport zeer onzorgvuldig werd samengesteld”, laat staan dat zij de beoordeling van het onderzoeksrapport doen wankelen en, uiteindelijk, de bestreden beslissing vermogen te vitiëren;

Overwegende dat verzoekende partij ten slotte aankondigt, onder (2) van het overgeschreven betoog, heel wat te kunnen zeggen over de andere gehanteerde criteria, maar zich vervolgens beperkt tot het stellen van vragen, resp. tot de loutere bewering, zonder nadere uiteenzetting, dat zij voldoet aan alle gestelde eisen en haar zodoende geen score “0” kon worden toegekend; dat verzoekende partij hier voorbij gaat aan de vereiste om voldoende nauwkeurig aan te voeren welke precieze rechtsregel of rechtsprincipe zij geschonden acht en waarin de schending precies bestaat; dat met verzoeksters “vragen” en onbegrip bij de bestreden beslissing, wat de criteria radio-ervaring en infrastructuur betreft, dan ook, bij de beoordeling van het middel, geen rekening kan worden gehouden;

Overwegende dat om de hiervoor gegeven redenen, het middelonderdeel niet ernstig is;

Overwegende dat geen ernstige middelen voorhanden zijn; dat bijgevolg niet is voldaan aan een van de grondvoorwaarden voor een schorsing,

B E S L U I T :

Artikel 1.

Het verzoek tot tussenkomst van de vzw Vrije Private Omroepvereniging Land Van Waas in de vordering tot schorsing wordt ingewilligd.

Artikel 2.

De vordering tot schorsing wordt verworpen.

Artikel 3.

De uitspraak over de bijdrage in de betaling van de kosten van de vordering tot schorsing wordt uitgesteld.

De kosten van de tussenkomst in de schorsingsprocedure, bepaald op 125 euro, komen ten laste van de tussenkomende partij.

Aldus te Brussel uitgesproken in openbare terechtzitting, op eenentwintig oktober 2004, door :

de HH. G. VAN HAEGENDOREN,

F. BONTINCK,

De griffier,

wnd. kamervoorzitter,
staatsraad,
griffier.

De voorzitter,

F. BONTINCK.

G. VAN HAEGENDOREN.