

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

IXe KAMER

A R R E S T

**nr. 249.250 van 16 december 2020
in de zaak A. 228.270/IX-9560**

In zake: de BVBA FM PROMOTION
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Tanju Turkeli en Stijn Butenaerts
kantoor houdend te 1080 Brussel
Leopold II-laan 180
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

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

Tussenkommende partij:

de VZW FM GOUD BREE
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Tom De Gendt
kantoor houdend te 3000 Leuven
Koning Leopold I-straat 32
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van het beroep

1. Het beroep, ingesteld op 3 juni 2019, strekt tot de nietigverklaring van het ministerieel besluit van 5 april 2019 ‘houdende de erkenning als lokale radio omroeporganisatie van FM Goud Bree voor frequentiepakket 39 Bree [99.3 FM]; Kinrooi [107.9 FM]’, “en bijgevolg de niet-erkenning [van] de bvba FM Promotion”.

II. Verloop van de rechtspleging

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

De vzw FM Goud Bree heeft een verzoekschrift tot tussenkomst ingediend. De tussenkomst is toegestaan bij beschikking van 1 augustus 2019. De tussenkomende partij heeft een memorie ingediend.

Eerste auditeur Alexander Van Steenberge heeft een verslag opgesteld.

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

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 7 december 2020.

Kamervoorzitter Geert Van Haegendoren heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Tanju Turkeli, die tevens *loco* advocaat Stijn Butenaerts verschijnt voor de verzoekende partij, advocaat Bart Staelens, die verschijnt voor de verwerende partij en advocaat Tom De Gendt, die verschijnt voor de tussenkomende partij, zijn gehoord.

Eerste auditeur Alexander Van Steenberge heeft een met dit arrest eensluidend advies gegeven.

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

III. Feiten

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

3.2. Op 16 mei 2017 verschijnt in het Belgisch Staatsblad een oproep tot kandidaatstelling voor erkenning als lokale radio-omroeporganisatie.

Op 1 december 2017 verleent de Vlaamse minister, bevoegd voor de media, aan FM Goud Bree een erkenning als lokale radio-omroeporganisatie voor frequentiepakket 39 (Bree [99.3 FM]; Kinrooi [107.9 FM]). Ook verzoekster was kandidaat voor deze erkenning; er waren geen andere kandidaten.

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

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

3.4. Bij besluit van 5 april 2019 wordt het voormeld ministerieel besluit van 1 december 2017 opgeheven omdat het, aldus is te lezen in de consi-

derans van het opheffingsbesluit, “aangewezen is het besluit dat niet meer over de vereiste rechtsgrond beschikt uit de rechtsorde te verwijderen”. Bij arrest nr. 244.903 van 20 juni 2019 wordt het alsnog vernietigd.

3.5. Bij een ander ministerieel besluit van 5 april 2019 wordt de tussenkomende partij opnieuw erkend als lokale radio-omroeporganisatie voor frequentiepakket 39.

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

“Overwegende dat het besluit van 29 maart 2019 onder meer de frequentiegegevens uit het besluit van 21 april 2017 herneemt en dat er zich geen wijzigingen hebben voorgedaan in de feitelijke frequenties waarvoor de kandidaat-omroepen destijds hebben gekandideerd, waardoor deze kandidaatstellingen zelf aldus overeind blijven;

Overwegende dat de motivering van het vernietigingsarrest nr. 242.804 van 25 oktober 2018 vreemd is aan de beoordeling van een kandidatuur en vreemd is aan de erkenning van kandidaten na de vergelijking van kandidaturen;

Overwegende dat het besluit van de Vlaamse Regering van 29 maart 2019 niet inhoudt dat de ingediende en reeds beoordeelde dossiers van de kandidaat radio-omroeporganisaties op enige wijze hun relevantie zouden verloren hebben; dat aldus het nieuwe frequentiebesluit geen aanleiding geeft tot een wijziging in de ingediende kandidaatstellingsdossiers;

Overwegende dat het vertrouwensbeginsel en het rechtszekerheidsbeginsel impliceren dat een erkende radio-omroep er mag op rekenen dat een individueel besluit hem de daarin vermelde rechten verstrekt; dat de vernietiging van het besluit van de Vlaamse Regering van 21 april 2017 bij het arrest nr. 242.804 van 25 oktober 2018 vreemd is aan het kandidaatdossier van de radio-omroeporganisatie die een erkenning bekomen heeft;

Overwegende dat het besluit van 1 december 2017 houdende de erkenning als lokale radio-omroeporganisatie van FM Goud Bree bij besluit van 5 april 2019 is opgeheven;

Overwegende dat het motief voor deze opheffing vreemd is aan de vergelijking van de kandidaatsdossiers; dat de frequentiegegevens hier niet zijn gewijzigd; dat het nieuwe frequentiebesluit op geen enkele wijze zou impliceren dat kandidaatsdossiers enig ander en nieuw element zou moeten bevatten; overwegende dat bijgevolg opnieuw geoordeeld kan worden krachtens de vergelijking van de kandidaatsdossiers die is doorgevoerd onder de vigeur van het vernietigde frequentiebesluit;

Overwegende de beoordeling van de aanvragen op basis van de werkwijze die is opgenomen in de bijlage 1, die bij dit besluit is gevoegd en overwe-

gende dat aan elke aanvraag op basis van de werkwijze een score werd toegekend op basis van de motivering die is opgenomen in bijlage 2, die bij dit besluit is gevoegd;
Overwegende dat de kandidaat, vermeld in artikel 1, de hoogste totaalscore behaalde.”

De totaalscore van elke kandidaat is in bijlage 2 bij het besluit als volgt vastgesteld:

- de tussenkomenende partij 84,89/100,
- verzoekster 70,38/100.

IV. Ontvankelijkheid van het beroep

A. Exceptie van de verwerende partij

4.1. De verwerende partij werpt op dat het beroep niet ontvankelijk is in de mate ermee de nietigverklaring wordt gevorderd van de impliciete weigering om verzoekster te erkennen.

4.2. Verzoekster vordert de nietigverklaring van zowel het ministerieel erkenningsbesluit als van de daaruit impliciet blijkende weigering om het voordeel van de erkenning aan haar te verlenen. Zo op beroep van verzoekster het eerste voorwerp met huidig arrest uit de rechtsordening wordt verwijderd, dan verdwijnt daardoor meteen ook de weigering om het voordeel aan verzoekster te verschaffen, aangezien die weigering alleen uit het bestaan van het erkenningsbesluit kan worden afgeleid.

Zoals de algemene vergadering van de afdeling Bestuursrechtpraak heeft uitgelegd in onder meer zijn arrest nr. 222.357 van 1 februari 2013, de Raad sedertdien met regelmaat herhaalt en hij geen reden ziet thans anders te oordelen, is een beroep tegen zo een impliciete weigering niet *a priori* onontvankelijk. Ten minste blijft, met het oog op een uitspraak over dat supplementaire beroep tegen de impliciete weigering, altijd na te gaan of de verzoekende partij

een middel aanvoert dat, gelet op alle gegevens waarmee in het kader van het beroep rekening moet worden gehouden, tot de uitzonderlijke vaststelling leidt dat de overheid geen andere keuze heeft dan de erkenning aan de verzoekende partij te verlenen. De al dan niet uiteindelijke vernietiging van de impliciete weigeringsbeslissing hangt dan ook samen met de grond van de zaak.

B. Exceptie van de tussenkomende partij

5.1. De tussenkomende partij werpt op dat verzoekster niet de hoogste score heeft behaald en niet aantoont dat zij na een nieuwe oproep aan kandidaten “automatisch” wel zou worden erkend. Die vaststellingen brengen mee, aldus de tussenkomende partij, dat verzoekster “geen rechtstreeks en actueel belang heeft zodat haar vordering niet ontvankelijk is”.

5.2. In het auditoraatsverslag kon de tussenkomende partij als kort en treffend antwoord op deze vreemde exceptie terecht lezen, dat het mag volstaan voor verzoekster om na een nietigverklaring een nieuwe kans te hebben op erkenning. Dit volstaat om het belang van verzoekster bij haar beroep aan te tonen.

In haar laatste memorie weerspreekt de tussenkomende partij de voormelde vaststelling niet en herhaalt zij geheel overbodig enkel, woord voor woord, wat zij schreef in haar memorie in tussenkomst. Daar dient een laatste memorie niet voor.

5.3. De exceptie faalt.

V. Onderzoek van de middelen

A. Eerste middel

Uiteenzetting van het middel

6. Het eerste middel is geput uit de schending van het zorgvuldighheidsbeginsel, het legaliteitsbeginsel en artikel 6 van het besluit van de Vlaamse regering van 21 april 2017 ‘houdende diverse uitvoeringsbepalingen over de netwerk- en lokale radio-omroeporganisaties en houdende wijziging van diverse besluiten over radio-omroep’ (“uitvoeringsbesluit”).

De thans bestreden erkenning van FM Goud Bree is verleend op basis van de frequentiepakketten zoals bepaald in het frequentiebesluit 2019, maar dan wel op basis van de dossiers die door verzoekster en de tussenkomende partij werden ingediend tijdens de oproep tot kandidaatstelling die is verschenen in het Belgisch Staatsblad van 16 mei 2017, dus zonder nieuwe oproep tot kandidaatstelling voor frequentiepakket 39.

Gelet op de aangevoerde algemene beginselen van behoorlijk bestuur en artikel 6 van het uitvoeringsbesluit mag volgens verzoekster verondersteld worden dat de verwerende partij een nieuwe erkenningsronde organiseert, daar middels het nieuwe frequentiebesluit 2019 maar liefst acht nieuwe frequentiepakketten ter beschikking werden gesteld, waarvan minstens één frequentiepakket in de provincie Limburg, zijnde frequentiepakket 126 ‘Maaseik [95.0 FM]’. Dat frequentiepakket heeft volgens verzoekster een invloed op de kandidaatstelling van de lokale radio-omroepen voor frequentiepakket 39. Zo frequentiepakket 126 van meet af aan ter beschikking gesteld ware, dan zou verzoekster of de tussenkomende partij haar aanvraag tot erkenning op een andere wijze hebben ingediend of dan zou de tussenkomende partij haar aanvraag zelfs niet hebben ingediend voor frequentiepakket 39. De vrijgave van frequentiepakket 126 heeft aldus een impact op de samenstelling van de kandidaatstellingsdossiers.

7. In de memorie van wederantwoord voegt verzoekster hieraan toe, zonder toelichting, dat alle voorbereidende handelingen die kaderen in het frequentiebesluit 2017 “behept werden met een onwettigheid”.

8. In haar laatste memorie beperkt verzoekster zich ertoe als haar standpunt te handhaven dat de procedure hernomen moest worden vanaf het begin.

Beoordeling

9. Verzoekster verduidelijkt niet precies hoe het legaliteitsbeginsel *op zich* geschonden zou zijn. In zoverre het middel mede hierop steunt, valt het samen met de ingeroepen schending van artikel 6 van het uitvoeringsbesluit.

10. Artikel 6 van het uitvoeringsbesluit, dat verzoekster zowel in het verzoekschrift als in de memorie van wederantwoord geschonden noemt en ook zelf citeert, luidt:

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

Deze bepaling is vreemd aan het voorliggende geschil, dat niet de erkenning als netwerkradio-omroeporganisatie maar wel als lokale radio-omroeporganisatie betreft.

In zoverre faalt het middel naar recht.

11.1. De verwerende partij en de tussenkomende partij hebben zich echter verweerd op grond van artikel 16 van het uitvoeringsbesluit, zodat dit mee in de beoordeling kan worden betrokken.

Dit artikel luidt:

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

11.2. Artikel 16 van het uitvoeringsbesluit is geen op straffe van nietigheid voorgeschreven vormvereiste. Dit artikel schrijft ook niet uitdrukkelijk voor dat een nieuwe oproep moet gebeuren wanneer een erkenningsbesluit wordt vernietigd.

11.3. Het doel van de opgelegde bekendmaking in het Belgisch Staatsblad is om alle gegadigden voor een frequentie gelijktijdig te informeren van de start van de erkenningsprocedure en aan hen also de kans te bieden om zich kandidaat te stellen.

Verzoekster is geen “nieuwe” kandidaat voor het in geding zijnde frequentiepakket. Zij heeft haar belangstelling reeds kenbaar gemaakt na de bekendmaking met oproep aan kandidaten in het Belgisch Staatsblad op 16 mei 2017 en zij heeft toen een ontvankelijk dossier ingediend. Tot die oproep is toentertijd overgegaan ter uitvoering van artikel 16 van het uitvoeringsbesluit.

De bestreden erkenning is er dan ook gekomen na oproeping bekendgemaakt in het Belgisch Staatsblad. Het doel van die bekendmaking is, althans wat verzoekster betreft, bereikt.

De bewering dat FM Goud Bree zich niet meer kandidaat zou stellen na een nieuwe oproep is niet enkel louter hypothetisch, maar ook volstrekt ongeloofwaardig. De tussenkomen partij heeft zich niet teruggetrokken uit de erkenningsronde, noch heeft zij afstand gedaan van de erkenning die haar is verleend bij het thans bestreden erkenningsbesluit.

Verzoekster heeft bijgevolg geen belang bij een nieuwe oproep, die slechts voor méér concurrentie had kunnen zorgen.

11.4. Voor zover het middel bijgevolg ook opgevat mag worden als een schending van artikel 16 van het uitvoeringsbesluit, is het onontvankelijk bij gebrek aan belang.

12. Een andere vraag is dan, of de verwerende partij los van een nieuwe oproep mocht voortgaan op de reeds ingediende dossiers dan wel of zij de kandidaten moest toelaten – of verplichten – om hun dossier te actualiseren. Die vraag hangt samen met het in het middel ook aangevoerde beginsel van de zorgvuldigheidsplicht.

13. De nietigverklaring van het frequentiebesluit 2017 en het vervangen ervan door het frequentiebesluit 2019 verplicht het bestuur om met laatstgenoemd besluit rekening te houden als rechtsgrond wanneer zij een nieuwe erkenning verleent voor frequentiepakket 39, nadat haar vroegere erkenningsbesluit vernietigd is door de Raad van State.

Verzoekster betwist overigens niet dat dit is gebeurd. Voor frequentiepakket 39 wordt alvast niet beweerd dat de technische gegevens werden gewijzigd.

Hierbij mag worden opgemerkt, dat het frequentiebesluit 2019 grotendeels identiek is aan het vernietigde frequentiebesluit. De verwerende partij wou, zo legt zij uit in de memorie van antwoord, ter wille van de rechtszekerheid maximaal rekening houden met de individuele erkenningen die reeds voorheen waren verleend en die ondertussen definitief zijn en met de afspraken waartoe zij reeds – of eindelijk – was gekomen in het samenwerkingsakkoord met de andere gemeenschappen.

14. Die nieuwe rechtsgrond betekent echter niet dat alle voorbereidende handelingen *ipso facto* onwettig zijn en overgedaan moeten worden.

Zoals de verwerende partij terecht opmerkt, volgt uit het vernietigingsmotief dat bij arrest nr. 242.804 heeft geleid tot de nietigverklaring van het frequentiebesluit 2017 niet dat ook alle voorbereidende handelingen die in de individuele erkenningsronde zijn gesteld, onregelmatig zijn. In voormeld arrest werd een inbreuk op de machtigingsrichtlijn vastgesteld bij de wijze waarop de consultatie over de beperking van de gebruiksrechten in het frequentiebesluit was verlopen. Die onregelmatigheid staat niet in enig rechtstreeks verband met de wettigheid van de voorbereiding van de individuele erkenningen, zoals bijvoorbeeld het indienen van de aanvraagdossiers.

Wel kan er vanwege het tijdsverloop sinds het nemen van de vernietigde beslissing reden zijn om de overheid verplicht te achten om hoe dan ook eerst de feitelijke gegevens van de zaak te herzien en aan te vullen, alvorens een nieuwe beslissing te nemen.

15. Tussen het eerste erkenningsbesluit van 1 december 2017 en het thans bestreden erkenningsbesluit van 5 april 2019 verstreken zestien maanden. Dit tijdsverloop toont niet uit zichzelf en spontaan aan, wat de reeds ingediende dossiers betreft, dat het bestuur er niet meer goed kon op vertrouwen.

Het ligt dan op de weg van verzoekster om aan te tonen dat niettemin zo een reden voorhanden is en dat zij bij een dergelijke herziening belang heeft.

16. In de hiervóór *sub* 3.5 aangehaalde considerans van het thans bestreden besluit kon verzoekster een verantwoording lezen, waarom de verwerende partij meent te mogen voortgaan op de reeds ingediende dossiers en “dat bijgevolg opnieuw geoordeeld kan worden krachtens de vergelijking van de kan-

didaatdossiers die is doorgevoerd onder de vigore van het vernietigde frequentiebesluit”.

Die motieven worden door verzoekster in het middel niet bestreden.

De enige reden die verzoekster opgeeft, is de vaststelling dat in het frequentiebesluit 2019 een nieuw frequentiepakket beschikbaar is gesteld voor Maaseik.

Zij leidt hieruit af dat de tussenkomende partij of zichzelf een ander dossier hadden ingediend, als hiermee rekening was gehouden in 2017.

Dit is loutere speculatie. Zelfs wat haar eigen situatie betreft, die verzoekster het beste kent, laat zij na om haar stelling te onderbouwen. Haar grief is ongeloofwaardig, minstens niet bewezen. De Raad kan er geen rekening mee houden.

Afgezet tegen de hiervóór geciteerde motieven, toont verzoekster niet aan dat het thans bestreden erkenningsbesluit steunt op achterhaalde feitelijke gegevens.

Een schending van het zorgvuldigheidsbeginsel is niet aangetoond.

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

B. Tweede middel

Uiteenzetting van het middel

18. Verzoekster voert in het tweede middel de schending aan “van het artikel 146, § 1 van het Decreet van 27 maart 2009 betreffende radio-omroep en televisie, artikel 5 van het [uitvoeringsbesluit] en van de beginselen van behoorlijk bestuur, meer bepaald, het zorgvuldigheidsbeginsel, de materiële motiveringsplicht, transparantiebeginsel en rechtszekerheids- en vertrouwensbeginsel, alsmede machtsoverschrijding”.

Verzoekster ziet de schending van de voormelde bepalingen en beginselen hierin gelegen dat de verwerende partij steunt “op kwalificatiecriteria die niet zijn voorgeschreven in het Mediadecreet, noch diens uitvoeringsbesluiten en bovendien niet op voorhand werden gecommuniceerd aan de deelnemers”.

Volgens verzoekster mogen de aanvraagdossiers uitsluitend beoordeeld worden op basis van de bij artikel 5 van het uitvoeringsbesluit ter uitvoering van artikel 146, § 1, van het decreet van 27 maart 2009 ‘betreffende radio-omroep en televisie’ (“mediadecreet”) vastgestelde aanvullende kwalificatiecriteria. Bij “lezing van bijlage 1 houdende de gevolgde procedure bij de beoordeling van de aanvraagdossiers”, stelt verzoekster vast dat elk aanvullend kwalificatiecriterium “inhoudelijk werd aangevuld met talloze subcriteria/subvragen die niet zijn voorgeschreven door het mediadecreet, noch diens uitvoeringsbesluit” en dit “op een zeer arbitraire wijze”. Het is voor verzoekster onduidelijk op basis van welke maatstaven ze zijn opgesteld, wie ze heeft geformuleerd en goedgekeurd. Ze zijn niet op voorhand gecommuniceerd aan de deelnemers. Verzoekster citeert de bijlage en trekt de conclusie dat het om nieuwe kwalificatiecriteria gaat.

Aan de hand van het overzicht van de scores stelt verzoekster vast dat de verwerende partij een score heeft toegekend aan de “subcrite-

ria/subvragen”, wat wijst op een individuele beoordeling ervan die volgens haar ook het mediadecreet en het uitvoeringsbesluit schendt.

Beoordeling

19. Aan de Raad van State is geen “transparantiebeginsel” bekend als algemeen beginsel van behoorlijk bestuur.

Het middel, dat van een tegengestelde opvatting uitgaat, faalt in die mate naar recht.

20. Artikel 146, § 1, van het mediadecreet draagt de Vlaamse regering op om “aanvullende kwalificatiecriteria” vast te stellen en aan elk van die criteria een weging toe te kennen. Die aanvullende kwalificatiecriteria moeten betrekking hebben op 1° de concrete invulling van het programma-aanbod en het zendschema, 2° het financiële plan en 3° de technische (zend)infrastructuur.

21. Verzoekster bestrijdt niet dat aan deze bepaling uitvoering is gegeven bij artikel 5 van het uitvoeringsbesluit en zij stelt de wettigheid van deze bepaling niet in vraag.

Dit artikel luidt:

“De aanvullende kwalificatiecriteria voor de lokale omroeporganisaties waaraan de aanvragen tot erkenning inhoudelijk en kwalitatief worden getoetst, zijn:

1° voor de concrete invulling van het programma-aanbod en het zendschema:

a) het format van de radio-omroeporganisatie, namelijk:

1) de omschrijving van het specifieke programma-aanbod, het specifieke profiel of de specifieke doelgroep tot wie de radio-omroeporganisatie zich richt;

2) de motivering van de credibiliteit en de aantoonbare publieke waarde van het vooropgestelde project; de aantoonbare publieke waarde is de omschrijving van wat het concept van de omroep kan betekenen voor de samenleving;

3) een gedetailleerd zendschema;

- 4) de band met lokale gemeenschap als verbindende factor;
- b) de inhoud, de mix en de diversiteit van de programma's;
- c) de concrete invulling van het programma-aanbod voor informatie en journaals uit het eigen verzorgingsgebied, met bijzondere aandacht voor:

- 1) het aantal en de duur van de onderscheiden geplande journaals per dag;
- 2) de verscheidenheid aan onderwerpen bij het brengen van informatie;
- 3) de voorgenomen verslaggeving van sociale en culturele evenementen binnen het verzorgingsgebied;

2° voor het financiële plan:

- a) een geprojecteerde balans van de twee eerstvolgende exploitatiejaren;
- b) de specificatie van de herkomst van de financiële middelen in eigen vermogen en vreemd vermogen;

3° voor de technische (zend)infrastructuur:

- a) de voorziene gedetailleerde technische uitrusting, infrastructuur, transmissie, vestiging en uitbouw van het zenderpark;
- b) de concrete timing voor de uitrol van technische investeringen.

De aanvullende kwalificatiecriteria, vermeld in het eerste lid, worden op de volgende wijze gewogen:

- 1° 55% voor het criterium, vermeld in het eerste lid, 1°, met een weging van 20% op onderdeel a) 20% op onderdeel b) en 15% op onderdeel c);
- 2° 30% voor het criterium, vermeld in het eerste lid, 2°, met een weging van 10% op onderdeel a) en 20% op onderdeel b);
- 3° 15% voor het criterium, vermeld in het eerste lid, 3°, met een weging van 5% op onderdeel a) en 10% op onderdeel b)."

22. Artikel 146 van het mediadecreet noch artikel 5 van het uitvoeringsbesluit bevat een voorschrift met betrekking tot de beoordelingsmethodiek die de verwerende partij moet volgen, maar somt enkel de beoordelingscriteria op en legt een bepaalde weging ervan vast. Dit betekent dat het aan de verwerende partij wordt overgelaten om haar aanpak te bepalen bij de beoordeling en de waardering van de dossiers. Zij beschikt daarbij over een beleidsruimte. Wel moet zij de criteria toepassen zoals ze redelijkerwijze kunnen worden begrepen en haar keuze steunen op rechtens aanvaardbare en op werkelijke feiten berustende motieven, die zij met de nodige zorgvuldigheid heeft vastgesteld en tegen elkaar heeft afgewogen en op grond waarvan zij in redelijkheid tot haar eindoordeel vermocht te komen. Zij moet alle kandidaten op gelijke wijze aan de opgelegde beoordelingsmaatstaf onderwerpen.

23. De verwerende partij past in de vergelijking van de aanvraag-dossiers de reglementaire criteria en de bijbehorende weging toe. Hierbij mag zij, met inachtneming van de toepasselijke beginselen van behoorlijk bestuur, haar beoordeling structureren aan de hand van een nadere organisatie van de criteria.

Hoe zij daarbij concreet te werk is gegaan, wordt toegelicht in bijlage 1 bij het bestreden besluit.

De verwerende partij gaat haar beoordelingsvrijheid niet te buiten, door de aanvragen aan elk van de aanvullende kwalificatiecriteria “inhoudelijk en kwalitatief te toetsen” door middel van bundels van vraagstellingen die met het bedoelde criterium in verband staan. Dit dient bovendien de gelijkvormige beoordeling van de dossiers.

Deze werkwijze zou slechts onregelmatig zijn, indien de verwerende partij onder het mom van een dergelijke vraagstelling aan de opgelegde criteria zou toevoegen.

De bewijslast daarvoor ligt echter bij verzoekster. De loutere bewering van verzoekster “dat elke aanvullend kwalificatiecriterium inhoudelijk werd aangevuld met talloze subcriteria/subvragen die niet zijn voorgeschreven door het Mediadecreet, noch diens uitvoeringsbesluit” volstaat niet om de onwettigheid van het bestreden besluit aan te tonen. Evenmin volstaat het enkele pennen dat het zou gaan om “onmiskkenbaar nieuwe kwalificatiecriteria”.

Wil verzoekster de onwettigheid van de vermeende subcriteria en -vragen vaststellen, dan moet zij aantonen dat deze redelijkerwijze niet onder de decretale en reglementaire criteria kunnen worden begrepen, waardoor ze als arbitrair voorkomen.

In het inleidend verzoekschrift levert verzoekster dit bewijs alvast niet en onderneemt zij daartoe zelfs geen poging. Die poging komt er pas voor het eerst in de laatste memorie, maar dat is hoe dan ook laattijdig.

De kritiek die verzoekster heeft op de gevolgde procedure, kan de aangevoerde onwettigheid niet aantonen.

24. 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. Een plicht tot voorafgaande mededeling van de beoordelingsmethodiek volgt noch uit de aangevoerde bepalingen, noch uit de aangevoerde algemene beginselen van behoorlijk bestuur. Verzoekster toont in het inleidend verzoekschrift niet aan dat zij verschalkt is geweest, omdat de criteria of de onderscheiden elementen ervan zo diffuus of subjectief zouden zijn dat ze het indienen van een behoorlijk gestoffeerd aanvraagdossier en een eerlijke en geloofwaardige competitie onmogelijk maken.

De kritiek van verzoekster over het ontbreken van voorafgaande bekendheid van het beoordelingsproces kan evenmin slagen.

25. Ook de werkwijze om tot de berekening van de scores te komen behoort tot de beoordelingsvrijheid van de overheid, zij het dat die vrijheid beperkt wordt door de toepasselijke beginselen van behoorlijk bestuur.

Over dit aspect van haar grief kon verzoekster het volgende lezen in het auditorsverslag:

- “Het overzicht van scoring, waarnaar de verzoekende partij verwijst, hanteert louter de weging zoals opgenomen in artikel 5, tweede lid, [van het uitvoeringsbesluit] en maakt dus geen verdere opdeling van de scores:
- Voor het eerste criterium (programma-aanbod en zendschema) wordt de weging van 55% onderverdeeld in a) format (20%); b) inhoud, mix, diversiteit (20%); en c) concrete invulling en journaals (15%);
 - Voor het tweede criterium (financieel plan) wordt de weging van 30% onderverdeeld in a) geprojecteerde balans van de twee eerstvolgende ex-

exploitatiejaren (10%); en b) herkomst van de financiële middelen in eigen en vreemd vermogen (20%).

- Voor het derde criterium (technische infrastructuur) wordt de weging van 15% onderverdeeld in a) technische uitrusting (5%) en b) concrete uitrol investeringen (10%).

De verzoekende partij verwijst tevens naar de toekenning van een score tot 2 punten na de komma en naar een excelbestand toegevoegd door de minister bij een antwoord op een parlementaire vraag om aan te tonen dat er op de vermeende subcriteria en -vragen een aparte score is gegeven. Zoals hiervoor gesteld, kan de verwerende partij de beoordeling structureren aan de hand van verdere onderverdeling van de aanvullende kwalificatiecriteria en vragen. Dit houdt dan ook in dat er een score kan worden gegeven op deze verdere onderverdeling.”

Na eigen onderzoek van het dossier maakt de Raad deze in de laatste memorie van verzoekster niet meer weersproken vaststellingen en conclusie tot de zijne.

26. Verzoekster geeft bij de aangevoerde schending van een reeks algemene beginselen van behoorlijk bestuur geen toelichting die nog een afzonderlijk antwoord behoeft.

27. Het middel is deels onontvankelijk, deels ongegrond.

C. Derde middel

Uiteenzetting van het middel

28. Het derde middel is “genomen uit de schending van het transparantiebeginsel, het zorgvuldigheidsbeginsel, de materiële motiveringsplicht, het onpartijdigheidsbeginsel en het gelijkheidsbeginsel als beginselen van behoorlijk bestuur”.

Verzoekster merkt op dat in bijlage 1 van het bestreden besluit de gevolgde werkwijze van de beoordeling is uiteengezet “zonder hierbij te verwijzen naar de concrete identificatie van de dossierbehandelaars en contro-

leurs, evenmin naar hun deskundigheid”. Het is voor haar onduidelijk “of alle erkenningsaanvragen door dezelfde controleurs en dossierbehandelaars werden beoordeeld”.

Zij noemt het “evident” dat de verwerende partij in haar beoordeling de deskundigheid van haar dossierbehandelaars en controleurs specifiek omschrijft. Tevens dienen in functie van het onpartijdigheids- en gelijkheidsbeginsel alle erkenningsaanvragen – minstens haar aanvraag en die van de tussenkomende partij – beoordeeld te worden door dezelfde controleurs en dossierbehandelaars.

Zij stelt nog te hebben vernomen dat de dossierbehandelaars “erg jonge stagiairs waren zonder enige vorm van ervaring”. Uit de vacatureberichten blijkt dat ervaring met het “radiolandschap” niet vereist was, maar enkel een pluspunt.

Beoordeling

29. Het middel faalt naar recht voor zover het de schending aanvoert van een immers onbestaand “transparantiebeginsel” als algemeen beginsel van behoorlijk bestuur.

30. Uit artikel 133, § 2, eerste lid, van het mediadecreet *iuncto* artikel 23, tweede lid, van het uitvoeringsbesluit vloeit voort dat het erkenningsbesluit wordt genomen door de Vlaamse minister, bevoegd voor het mediabeleid. De minister draagt dus de verantwoordelijkheid voor de bestreden erkenning en niet de dossierbehandelaars en de controleurs.

31. Noch uit de toepasselijke rechtsregels, noch uit de door verzoekster ingeroepen algemene beginselen van behoorlijk bestuur volgt dat de namen of de deskundigheid van de dossierbehandelaars en de controleurs in het

bestreden besluit of ergens anders moet worden omschreven. Evenmin wordt voorgeschreven dat wie bij de voorbereiding van de beslissing betrokken wordt over een welbepaalde vorming, diploma, leeftijd of ervaring moet beschikken.

32. In de memorie van antwoord wijst de verwerende partij terecht op “de omvang van de hele operatie” en de “strikte termijn” waarin de aanvragen onderzocht moesten worden. Artikel 23, eerste en tweede lid, van het uitvoeringsbesluit leert over die termijnen en de gevolgen bij het niet-naleven ervan wat volgt:

“Binnen dertig dagen na het verstrijken van de datum om een dossier in te dienen zendt de minister aan alle kandidaten een aangetekende brief met de lijst van alle kandidaturen die de minister ontvankelijk heeft bevonden. De aangetekende brief wordt gestuurd naar de maatschappelijke zetel van de rechtspersoon.

De minister erkent de lokale radio-omroeporganisaties binnen 120 dagen vanaf de datum van de in lid 1 bedoelde kennisgeving. Als de minister binnen die periode geen beslissing neemt, wordt de erkenning voor de betrokken frequentie of het betrokken frequentiepakket niet toegekend.”

In die omstandigheden kan inderdaad bezwaarlijk worden geëist dat alle dossiers door eenzelfde persoon of team van personen onderzocht worden.

In bijlage 1 bij het bestreden besluit is te lezen hoe de verwerende partij dit heeft ondervangen:

“In een eerste fase wordt elk dossier in detail gelezen, bestudeerd en krijgt het een definitieve eindbeoordeling.

- Elk dossier wordt beoordeeld door twee dossierbehandelaars die het dossier op alle aanvullende criteria toetsen. De beoordeling gebeurt per criterium. Deze toetsing bestaat uit het scoren van elk item en motiveren van die score.
- Het eindresultaat van deze stap is een totaalscore of de bepaling van de optelsom van de getoetste criteria en een gedragen definitieve gemotiveerde eindbeoordeling van het dossier.
- Dit gebeurt zo voor elk ingediend dossier. Merk op dat er om tot een definitieve gemotiveerde eindbeoordeling te komen dus geen vergelijking wordt gemaakt tussen dossiers maar dat elk dossier individueel wordt afgetoetst en gemotiveerd tegenover de aanvullende criteria. De dossiers

worden losstaand behandeld, er wordt geen vergelijking gemaakt met de andere concurrerende dossiers in het pakket.

In een tweede fase wordt de gemotiveerde eindbeoordeling gedetailleerd gelezen door een controleur. De controleur zorgt er in een tweede fase voor dat er geen interpretatieverschillen zijn in de strengheid van de score en de motivering.

- Wat op positieve of negatieve wijze wordt beoordeeld bij één dossier dient ook te gelden voor alle andere lokale dossiers. De taak van de controleur bestaat erin om de gegeven score en gebruikte motivatie van de verschillende individuele dossiers te dubbelchecken. Elk van de dossiers moet immers dezelfde toetsing tegenover de kwalificatiecriteria krijgen en geen van de dossiers in het pakket mag hierin strenger of milder beoordeeld zijn geworden.
- Na deze controle overleggen de verschillende controleurs met de dossierbehandelaars over mogelijke gevonden verschillen in interpretaties van score en/of motivering. Indien nodig verduidelijken de dossierbehandelaars de score en de motivering verder of wordt het eindoordeel aangepast.”

In de memorie van antwoord schetst de verwerende partij nog de aanwerving van de contractuele, tijdelijke medewerkers: vertrokken werd van zes profielen met uiteenlopende en complementaire competenties, de kandidaten werden onderworpen aan een selectietest die bestond uit een selectiegesprek en een *case study* van een dossier van een vorige ronde. Kritische ingesteldheid werd getoetst evenals de mogelijkheid om in teamverband te functioneren.

Naar het oordeel van de Raad bevat deze werkwijze in de gegeven omstandigheden en in haar geheel genomen, de nodige waarborgen om een uniforme, objectieve en onpartijdige behandeling van de erkenningsaanvragen te bewerkstelligen. Het valt dan aan verzoekster toe om aan te tonen dat bij de behandeling van haar dossier en dat van de tussenkomende partij *in concreto* niet op dezelfde wijze is getoetst, maar dat integendeel zij strenger of de tussenkomende partij milder is beoordeeld geworden. In dit middel komt verzoekster aan die bewijsvoering niet toe.

33. Verzoekster toont de schending van de in het middel aangevoerde algemene beginselen van behoorlijk bestuur niet aan. Het middel is ongegrond.

D. Vierde middel

Uiteenzetting van het middel

34. Het vierde middel put verzoekster uit de schending van het zorgvuldigheidsbeginsel, de materiële motiveringsplicht, het redelijkheidsbeginsel en het gelijkheidsbeginsel als algemene beginselen van behoorlijk bestuur.

Zij betoogt dat de verwerende partij de erkenningsaanvragen inhoudelijk op een verschillende wijze heeft beoordeeld.

In de toelichting bij het middel geeft verzoekster “een niet-exhaustie[f] overzicht [...] van voorbeelden”.

35. In de memorie van wederantwoord herhaalt verzoekster woorde-lijk het middel, zonder te repliceren op de excepties van zowel de verwerende als de tussenkomen- de partij omtrent haar belang bij het middel.

36. In haar laatste memorie geeft verzoekster “een bijkomend voorbeeld” waaruit moet blijken dat de verwerende partij “op een onzorgvuldige en kennelijk onredelijke wijze” heeft gehandeld. Zij besluit dat een eventuele vernietiging haar een kans biedt om opnieuw erkend te worden.

Beoordeling

37. Luidens artikel 2, § 1, 3°, van het algemeen procedurereg- lement moet het verzoekschrift een “uiteenzetting van de [...] middelen” bevatten. Op grond hiervan staat het aan de verzoekende partij om aan te tonen waarin de beweerde onzorgvuldige en kennelijke onredelijke beoordeling precies is ge- legen. Het valt de Raad van State niet toe om het middel met andere voorbeelden aan te vullen.

Het onderzoek is, gelet op deze stelplicht, dan ook beperkt tot wat verzoekster aanvoert in het inleidend verzoekschrift. Het voorbeeld dat zij schetst in haar laatste memorie kon zij reeds in het inleidend verzoekschrift uiteenzetten, zodat het laattijdig is en er geen rekening mee mag worden gehouden. Voor zover zij voorts haar voorbeelden “niet exhaustief” noemt, mag zij niet van de Raad van State verwachten dat hij in haar plaats het middel aanvult. Het is immers niet de opdracht van de Raad van State, als rechter van de wettigheid, om de beoordeling van de aanvraagdossiers over te doen en ze zelf te toetsen aan de criteria om vervolgens zijn zienswijze in de plaats te stellen van die van de verwerende partij. Scores die verzoekster in de toelichting bij het middel niet aanvecht, genieten het vermoeden van wettigheid waarover elke overheidshandeling beschikt.

38. In het auditorsverslag kon verzoekster de volgende vaststellingen lezen met betrekking tot haar wél gegeven detailkritiek:

“3. Als men de (deel)scores van de verzoekende partij en de tussenkomen- de partij vergelijkt, blijkt [...] dat de verzoekende partij de deelscores en motivering die het grootste verschil tussen de verzoekende partij en de tussenkomen- de partij in de eindscore teweegbrengen, niet aanvecht. Dit geldt voor de beoordeling van zowel criterium 1, b) ‘inhoud, mix en diversiteit van de programma’s’ (4 punten verschil), als van criterium 2, b) ‘specificatie van de herkomst van de financiële middelen in eigen en vreemd vermogen (5 punten verschil).

4. Wat de bekritiseerde deelscores en hun verantwoording betreft, blijkt dat bij een maximumscore voor de verzoekende partij, zij nog steeds niet een hogere eindscore ($70,38 + 13,83$) zou behalen dan de tussenkomen- de partij ($84,89$).

Dit geldt voor de volgende door de verzoekende partij bekritiseerde deelscores:

- Criterium 1.a. ‘Format’ 20 in plaats van 18 punten;
- Criterium 1.c. ‘Concrete invulling van het programma-aanbod voor informatie en journaals uit het eigen verzorgingsgebied’ 15 in plaats van 14,5 punten;
- Criterium 2.a. ‘Geprojecteerde balans van de twee eerstvolgende exploitatiejaren’ 10 i.p.v. 0 punten;
- Criterium 3.b ‘Concrete timing uitrol investeringen’, 10 i.p.v. 8,67 punten.

Hieruit volgt dat de verzoekende partij geen belang heeft bij het middel.”

39. In haar laatste memorie weerspreekt verzoekster terecht niet deze feitelijke vaststellingen.

Verzoekster is er voorts niet in geslaagd om de regelmatigheid van de procedure die de verwerende partij heeft ontwikkeld om de dossiers te beoordelen en te rangschikken onderuit te halen. Zij betwist evenmin de keuze van de minister om de erkenning toe te wijzen aan de best gerangschikte kandidaat.

Haar opmerking, dat zij bij een nietigverklaring op grond van dit vierde middel een nieuwe kans heeft op erkenning, kan dan niet slagen. Het geeft verzoekster in het voor haar meest gunstige geval enkel uitzicht op maximaal 13,83 extra punten. Het middel, zelfs al ware het gegrond, bevat geen enkele aansporing voor de verwerende partij om de andere scores te heroverwegen en leidt niet ertoe dat verzoekster nog voorbij de tussenkomende partij als eerste gerangschikt zou kunnen worden. Het middel kan niet tot nietigverklaring leiden aangezien de uiteindelijke rechtsherstellende beslissing zelfs dan geen andere draagwijdte kan hebben dan de bestreden beslissing. Bij zo een middel heeft verzoekster geen belang.

40. Het middel is niet ontvankelijk.

E. Vijfde middel

41. Verzoekster doet in de memorie van wederantwoord afstand van het vijfde middel, zodat het niet meer ter sprake moet komen.

BESLISSING

1. De Raad van State verwerpt het beroep.

2. De verzoekende partij wordt verwezen in de kosten van het beroep tot nietigverklaring, begroot op een rolrecht van 200 euro, een bijdrage van 20 euro en een rechtsplegingsvergoeding van 700 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 zestien december tweeduizend twintig, door de Raad van State, IXe kamer, samengesteld uit:

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

De griffier

De voorzitter

Vera Wauters

Geert Van Haegendoren