

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

IXe KAMER

A R R E S T

**nr. 249.983 van 5 maart 2021
in de zaak A. 228.362/IX-9577**

In zake: de VZW DE ALTERNATIEVE BRUGSE RADIO-OMROEP
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Christiaan Lesaffer
kantoor houdend te 2000 Antwerpen
Meir 22-24 bus 2
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

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

Tussenkommende partij:

de VZW RADIO BREYDEL
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Pieter Calus
kantoor houdend te 8020 Oostkamp
Sint-Elooisstraat 46
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van het beroep

1. Het beroep, ingesteld op 7 juni 2019, strekt tot de nietigverklaring van het ministerieel besluit van 5 april 2019 ‘houdende de erkenning als lokale radio-omroeporganisatie van Radio Breydel vzw voor frequentiepakket 041 – Brugge [107 FM]’.

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 Radio Breydel heeft een verzoekschrift tot tussenkomst ingediend. De tussenkomst is toegestaan bij beschikking van 21 augustus 2019. De tussenkomende partij heeft een memorie ingediend.

Eerste auditeur Alexander Van Steenberge heeft een verslag opgesteld.

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

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 25 januari 2021.

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 Pieter Calus, 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 de vzw Radio Breydel een erkenning als lokale radio-omroeporganisatie voor frequentiepakket 41 (Brugge [107 FM]). De vzw De alternatieve Brugse Radio-omroep (“Dabro”) was de enige andere kandidaat.

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 considerans van het opheffingsbesluit, “aangewezen is het besluit dat niet meer over de

vereiste rechtsgrond beschikt uit de rechtsorde te verwijderen”. Bij arrest nr. 244.816 van 18 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 41.

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 kandidaatsdossier 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 Radio Breydel 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 zouden 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 overwegende 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 de beide kandidaten is in bijlage 2 bij het besluit als volgt vastgesteld:

- de tussenkomenende partij 68,39/100
- verzoekster 52,57/100.

IV. Onderzoek van de middelen

A. Eerste middel

Standpunt van de partijen

4. In het eerste middel noemt verzoekster het bestreden besluit “onwettig omdat dit [zijn] noodzakelijke rechtsgrond vindt in het besluit van de Vlaamse Regering van 21 april 2017 houdende diverse uitvoeringsbepalingen over radio-omroep en houdende wijziging van diverse besluiten over radio-omroep [...] dat evenwel in toepassing van artikel 159 van de Grondwet buiten toepassing verklaard moet worden, zodat het bestreden besluit geen rechtsgrond meer heeft omdat”:

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

In de toelichting bij het middel stelt verzoekster met betrekking tot het *eerste middelonderdeel* dat de artikelen 10 en 11 van de voormelde wet van 16 juli 1973 (“cultuurpactwet”) of het voormelde decreet van 28 januari 1974 (“cultuurpactdecreet”) van toepassing zijn op de erkenningen van particuliere radio-omroepen. Radio-omroep is immers een culturele aangelegenheid zoals bedoeld in artikel 4, 6°, van de bijzondere wet van 8 augustus 1980 ‘tot hervorming der instellingen’. Het gaat hier ook, wat artikel 11 van de cultuurpactwet of het -decreet betreft, om de erkenning (licentie) van instellingen die activiteiten uitoefenen gericht op de gehele Vlaamse Gemeenschap. De vier frequentiepakketten voor netwerkradio-omroeporganisaties bevatten frequenties die de gehele Vlaamse Gemeenschap bestrijken en dit type van radio-omroeporganisatie heeft een “landelijke” finaliteit. De artikelen 143/1 tot 143/3 van het decreet van 27 maart 2009 ‘betreffende radio-omroep en televisie’ (“mediadecreet”) bevatten weliswaar erkenningsvoorwaarden, maar bevatten geen enkele regeling of zelfs maar een kader met basisbeginselen voor de procedure tot het verlenen van erkenningen als netwerkradio-omroeporganisatie. Het enige wat is opgenomen, is de opsomming van de zogenaamde aanvullende kwalificatiecriteria en een delegatie aan de regering om hier een weging aan te koppelen en uit te werken. Dit is evenwel slechts een onderdeel van de procedure, maar onvoldoende als basisbeginsel voor de uitwerking van de eigenlijke procedure door de uitvoerende macht. De artikelen 6 tot 15 van het besluit van de Vlaamse regering van 21 april 2017 ‘houdende diverse uitvoeringsbepalingen over radio-omroep en houdende wijziging van diverse besluiten over radio-omroep’ (“uitvoeringsbesluit”) waarin de procedure tot erkenning als netwerkradio-omroeporganisatie is geregeld, zijn dan ook strijdig met de artikelen 10 en 11 van de cultuurpactwet en moeten met toepassing van artikel 159 van de Grondwet door de Raad, zelfs ambtshalve, buiten toepassing gelaten worden. Dit heeft tot gevolg dat het bestreden besluit geen voldoende rechtsgrond meer heeft, nu dit is genomen op basis van een onwettige procedure.

Over het *tweede middelonderdeel* betoogt verzoekster dat de weging van de aanvullende kwalificatiecriteria voor de netwerkradio-

omroeporganisaties opgenomen is in artikel 4 van het uitvoeringsbesluit. Het gaat hier niet om de uitwerking van door de decreetgever vastgestelde beginselen. Het gaat om het vaststellen zelf van die beginselen. De weging bepaalt immers de waarde van de decretale aanvullende kwalificatiecriteria en hun onderlinge verhouding. De toekenning van die waarde is niet neutraal omdat ze de toepassing van deze criteria bepaalt. Dergelijke keuzes dienen, in het licht van de letter en de geest van de cultuurpactwet, door de decreetgever gemaakt te worden. De weging diende derhalve in het mediadecreet zelf opgenomen te worden. Artikel 4 van het uitvoeringsbesluit is dan ook onwettig, en moet op grond van artikel 159 van de Grondwet buiten toepassing gelaten worden.

5. De verwerende partij werpt op dat verzoekster het vereiste belang ontbeert om dit middel aan te voeren, aangezien zij geen erkenning als netwerkradio-omroeporganisatie nastreeft.

6. Ook de tussenkomenende partij begrijpt niet het nut om te verwijzen naar de artikelen van het mediadecreet en het uitvoeringsbesluit over de netwerkradio-omroeporganisaties en acht het middel om die reden onontvankelijk.

7. In de memorie van wederantwoord stelt verzoekster dat het verzoekschrift een materiële vergissing bevat, door te verwijzen naar de bepalingen over netwerkradio-omroeporganisaties. Bedoeld wordt artikel 146 van het mediadecreet en artikel 5 van het uitvoeringsbesluit.

Beoordeling

8. De toelichting bij het middel in het inleidend verzoekschrift bevat méér dan een loutere materiële verschrijving bij de verwijzing naar de regelgeving.

Het middel is wezenlijk opgebouwd en toegelicht vanuit de premisse dat verzoekster als kandidaat netwerkradio-omroeporganisatie be-

schouwd moet worden als een instelling die activiteiten uitoefent gericht op de gehele Vlaamse Gemeenschap – uitgangspunt ook precies van artikel 11 van de cultuurpactwet en het -decreet.

9. Het middel is alleen reeds om die reden niet ontvankelijk.

10. Louter ten overvloede mag hieraan worden toegevoegd dat de Raad in zijn arresten nrs 249.979, 249.980 en 249.981 van heden heeft toegelicht dat de in het middel aangevoerde bepalingen niet van toepassing zijn op de procedure voor de erkenning van netwerkradio-omroeporganisaties. Verzoekster voert geen argumenten aan waarom het voor de erkenning van lokale radio-omroeporganisaties anders zou zijn.

B. Tweede middel

Uiteenzetting van het middel

11. Verzoekster voert in het tweede middel de schending aan van “het zorgvuldigheidsbeginsel als algemeen beginsel van behoorlijk bestuur en de materiële motiveringsplicht, alsook het gelijkheids- en transparantiebeginsel”, omdat de erkenning is gegeven aan de vzw Radio Breydel, “zonder eerst een nieuwe oproep te hebben gelanceerd voor het indienen van nieuwe kandidaturen, terwijl de op 5 april 2019 gekende feiten en het feitenverloop dat als enig zorgvuldige oplossing dicteerden”.

Verzoekster merkt op dat de Vlaamse decreetgever voor de toekenning van gebruiksrechten op FM-frequenties uit de beschikbare modellen koos voor het model van een vergelijkende toets van de aanvraagdossiers (*beauty contest*). De inhoudelijke beoordeling heeft betrekking op concrete aanvraagdossiers voor lokale omroeporganisaties. De scores, het resultaat en de diverse aanvraagdossiers zijn dus onlosmakelijk verbonden. Het logische gevolg daarvan is dat de erkende omroepen zich later aan hun aanvraagdossier en profiel moeten

houden en niet van hun aanvraagdossier kunnen afwijken op een wijze dat daardoor de eerdere beoordeling van hun aanvraag zinledig wordt doordat in realiteit een ander radioproject wordt gerealiseerd.

Het zorgvuldigheidsbeginsel legt op dat de verwerende partij met kennis van zaken en na een gedegen onderzoek en analyse beslissingen neemt. De verwerende partij dient rekening te houden met de informatie en stukken waarvan zij kennis nam na de initiële erkenning op 15 september 2017 (lees: 1 december 2017 – verzoekster verwacht opnieuw met de erkenningsprocedure voor de netwerkradio-omroeporganisaties), “met name die haar meegedeeld in de zaak met rolnummer G/A.224.532/IX-9242”. Voortschrijdend inzicht omwille van nieuwe feiten of feiten die bij de eerste beslissing niet bekend waren, kan leiden tot een andere beslissing.

De verwerende partij wist dat de beoordeling die zij van de aanvraag van de tussenkomende partij maakte in 2017 onjuist, minstens onvolledig was “gezien de feiten en de informatie” die zij later in de procedure A. 224.532 voor de Raad van State had vernomen.

Weliswaar, aldus verzoekster, is er geen regel van positief recht die de verwerende partij verplicht om eerst een nieuwe oproep te publiceren, maar dit niet doen is onzorgvuldig. Anno 2019 zijn de aanvraagdossiers achterhaald door het tijds- en feitenverloop. Dit is zeker zo voor het dossier van de vzw Radio Breydel, maar ook voor de andere kandidaten: “op een voorziene bedrijfsuitbating van negen jaar (duur van de erkenning) zijn er intussen al bijna twee jaar verstreken zodat de diverse commerciële, financiële en technische aannames niet meer actueel zijn en deze ook niet meer opnieuw op een zinvolle wijze kunnen beoordeeld worden (bv. het subcriterium timing van de uitrol van het zender-netwerk: de tijdslijn die elke kandidaat opgaf, was op 5 april 2019 volledig achterhaald en niet realiseerbaar meer)”. Het bestreden besluit schendt op die manier ook het gelijkheids- en transparantiebeginsel, nu verzoekster niet de mogelijkheid had om haar aanvraagdossier aan te passen, terwijl het bestreden besluit ten aan-

zien van de tussenkomende partij “minstens impliciet rekening hield met wijzigingen en verschillen [ten opzichte van] de aanvraag uit 2017 door deze niet in de beoordeling te betrekken”.

12. In de memorie van wederantwoord herhaalt verzoekster dat “[de] onjuistheden, de gewijzigde feitelijke context en het verloop van de tijd” op zich voldoende elementen waren die de verwerende partij “ertoe hadden moeten brengen om zich de vraag te stellen of de zgn. voorbereidende handelingen (met name de beoordeling) nog wel relevant waren”. Het herstellen van de rechtsgrond van de erkenning – het formeel motief van het bestreden besluit – heeft niets te maken met die gewijzigde feitelijke context met betrekking tot de inhoud van de aanvraagdossiers.

Beoordeling

13. 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.

14. Verzoekster stelt dat het niet zorgvuldig is om geen nieuwe oproep te publiceren.

15. Zoals verzoekster terecht stelt, “is er geen regel van positief recht die verwerende partij [...] verplichtte om eerst een nieuwe oproep te publiceren”. Uit de toepasselijke regelgeving volgt immers niet dat in het geval een individueel erkenningsbesluit wordt vernietigd, een nieuwe oproep in het Belgisch Staatsblad moet gebeuren.

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

16. De vraag die verzoekster met het middel bijgevolg in wezen aan de orde stelt is, of de verwerende partij zonder meer 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 aangevoerde beginsel van de zorgvuldigheidsplicht.

17. 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 het een nieuwe erkenning verleent voor frequentiepakket 41, nadat zijn vroegere erkenningsbesluit vernietigd is door de Raad van State.

Verzoekster betwist overigens niet dat dit is gebeurd. Voor het in geding zijnde frequentiepakket wordt alvast niet beweerd dat, vergeleken met het frequentiebesluit 2017, in het frequentiebesluit 2019 enige gegevens werden gewijzigd.

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

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.

19. Tussen het eerste erkenningsbesluit van 1 december 2017 en het thans bestreden erkenningsbesluit van 5 april 2019 verstreken zestien maan-

den. 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 weg van verzoekster om aan te tonen dat de toentertijd toegekende scores hun relevantie hebben verloren, zodat een reden voor bijkomend onderzoek voorhanden is én dat zij bij zo een herziening belang heeft.

20. Verzoekster ziet die reden allereerst in het loutere feit dat van de initiële erkenning de nietigverklaring is gevorderd bij de Raad van State en dat de verwerende partij in die procedure “feiten en informatie” heeft vernomen.

Wat die “feiten en informatie” dan wel zijn, laat verzoekster in het midden.

Vastgesteld moet worden dat de Raad zich in de procedure bekend onder rolnummer A. 224.532 niet heeft uitgesproken over enig middel dat op “feiten en informatie” betrekking heeft, zodat de verwerende partij – die uiteraard de aantijgingen van verzoekster in die procedure niet bijviel – zich niet verplicht moest voelen om *ipso facto* de dossiers opnieuw te onderzoeken.

Verzoekster gaat in dit middel ook met geen woord dieper in op de vermeend “nieuwe feiten”. Dat zij in haar laatste memorie refereert aan de toelichting die zij gaf bij haar vierde middel is laattijdig. Overigens mag zij van de Raad niet verwachten dat hij de puzzelstukken van een verzoekschrift herlegt om er een nieuwe puzzel van te maken: wat verzoekster uiteenzet als toelichting bij het vierde middel dient tot adstructie van de in dat middel aangevoerde vernietigingsgrond en niet om de in het tweede middel aangevoerde vernietigingsgrond te onderbouwen.

Met de enkele verwijzing naar een vroeger gevoerde procedure overtuigt verzoekster bijgevolg niet dat de op de verwerende partij rustende zorg-

vuldigheidsplicht haar ertoe dwingt om de dossiers aan een nieuw onderzoek te onderwerpen.

21. Verzoekster stelt voorts dat ingevolge het tijdsverloop “de diverse commerciële, financiële en technische aannames niet meer actueel zijn en deze ook niet meer opnieuw op een zinvolle wijze kunnen beoordeeld worden”.

Dit is niet meer dan een bewering, die verzoekster niet concretiseert tenzij met één opmerking over de “timing van de uitrol”.

Net dit voorbeeld is echter niet dienstig: aangezien de tussenkommende partij de erkenning in 2017 heeft gekregen, heeft zij sedertdien als enige de zendinstallatie kunnen operationaliseren, wat haar bij een nieuwe vergelijking net tot voordeel zou strekken ten opzichte van verzoekster die uiteraard nog niets heeft kunnen uitrollen.

22. Verzoekster slaagt niet erin, het middel zodanig te onderbouwen dat zij staft dat inderdaad nieuwe feiten voorlagen die de verwerende partij niet met goed fatsoen voorbij mocht zien alvorens opnieuw te beslissen over de voorliggende aanvraagdossiers.

23. Verzoekster toont bijgevolg niet aan dat de in het middel aangevoerde beginselen geschonden zijn.

24. Het middel is ongegrond.

C. Derde middel

Uiteenzetting van het middel

25. Het derde middel is geput uit de schending van “het zorgvuldigheidsbeginsel, de artikelen 2 en 3 van de wet van 29 juli 1991 betreffende de

formele motivering van bestuurshandelingen, minstens de materiële motiveringsplicht en artikel 142/2, § 2, tweede lid, van het mediadecreet en artikel 4 van het [uitvoeringsbesluit]”, omdat:

“- Eerste middelonderdeel, aan de decretaal bepaalde aanvullende kwalificatiecriteria niet op voorhand bekendgemaakte noch voorzienbare subcriteria worden toegevoegd met een eigen weging, en zonder vóór opening van de kandidaturen vastgestelde beoordelingsmethode en,
- Tweede onderdeel, er geen vergelijking van de aanvragen heeft plaatsgevonden door de bevoegde minister noch enige motivering daarover in zijn besluit werd opgenomen, nu zijn administratie elk dossier slechts geïsoleerd heeft bekeken.”

In de toelichting bij het middel verbetert verzoekster blijkbaar zichzelf en verwijst zij naar artikel 146, § 1, van het mediadecreet en artikel 5 van het uitvoeringsbesluit.

Verzoekster maakt een analogie met het domein van de overheidsopdrachten. De aanvullende kwalificatiecriteria “zijn eigenlijk gunningscriteria”. Een analogie is dan ook gepast. Aldus analoog redenerend, stelt verzoekster dat de criteria in principe vooraf bekendgemaakt moeten worden en dat de beoordelingsmethode vastgesteld moet zijn vóór de kennisname van de aanvragen.

Zij betoogt met betrekking tot het *eerste middelonderdeel* dat niet voorzienbare noch op voorhand bekendgemaakte subcriteria zijn toegepast. Er zijn zes [versta: drie] bij decreet bepaalde aanvullende kwalificatiecriteria. Bij artikel 5 van het uitvoeringsbesluit wordt hieraan per criterium een weging toegekend en worden subcriteria gedefinieerd met een eigen weging. In bijlage 1 van het bestreden besluit wordt echter “een reeks ‘vragen’ en ‘subvragen’ – m.a.w. verdere subcriteria” gebruikt met een eigen weging die niet zijn opgenomen in het mediadecreet noch in het uitvoeringsbesluit en die dus niet kenbaar noch voorzienbaar waren op het ogenblik van de indiening van de aanvragen. De “(sub)vragen” met hun weging, indien op voorhand bekendgemaakt, hadden de

kandidaten een richtlijn kunnen geven over de invulling van het betrokken criterium.

De beoordelingsmethode werd evenmin op voorhand bekendgemaakt en uit het bestreden besluit blijkt niet dat deze al vastgesteld was vóór kennis werd genomen van de kandidaten en hun aanvragen.

Met betrekking tot het *tweede middelonderdeel* stelt verzoekster dat de bevoegdheid om beslissingen te nemen over erkenningsaanvragen bij delegatie is toegekend aan de minister die bevoegd is voor het mediabeleid. Dat de beoordeling van de criteria gebeurt door de administratie ter voorbereiding van een beslissing door de minister noemt zij legitiem. *In casu* moet echter opgemerkt worden dat bijlage 2, van het bestreden besluit geen afdoende motivering kan vormen voor een erkenningsbeslissing omdat de administratie een essentieel element van de beoordeling níét uitvoerde. In bijlage 1 is te lezen dat de dossiers losstaand worden behandeld en dat geen vergelijking wordt gemaakt met de andere concurrerende dossiers in het pakket. Het viel met andere woorden nog steeds aan de bevoegde minister toe om op grond van bijlage 2 over te gaan tot een daadwerkelijke vergelijking van de betrokken aanvraagdossiers en formeel en materieel afdoende te motiveren welke kandidaat in vergelijking tot de andere het best scoort op grond van de decretale criteria. Dit vraagt een onderlinge afweging van de dossiers en niet een afzonderlijke optelsom per kandidaat van (sub)scores. Dit gebeurde niet in het bestreden besluit, wat onzorgvuldig is en een formeel en alleszins een materieel motiveringsgebrek uitmaakt.

26. In de memorie van wederantwoord merkt verzoekster op met dit middel niet te bestrijden dat het de verwerende partij toegelaten is om een beoordelingsmethode uit te werken. De essentie van het middel is dat bijkomende criteria met een eigen weging werden opgenomen onder het mom van een beoordelingsmethode. Dat de grens overschreden werd tussen het bepalen van een beoordelingsmethode en van (sub)criteria die beoordeeld moeten worden, blijkt ten overvloede uit de rekenbladen die de verwerende partij gebruikte en die nu in het

administratief dossier zijn neergelegd. Deze documenten bevestigen dat elk aanvullend kwalificatiecriterium werd opgedeeld in tal van subcriteria die niet in het uitvoeringsbesluit voorkomen en die ook niet voorzienbaar waren voor de kandidaten.

In hun blanco versie werden deze documenten aangemaakt door een kabinetsmedewerker van de minister op 6 juni 2017, dus vóór de uiterste indiendatum van de aanvragen, wat de mogelijkheid niet uitsluit dat de tussenkommende partij er kennis van had en haar dossier erop afstemde, wat in strijd is met het gelijkheidsbeginsel. De tussenkommende partij lijkt daarop te alluderen in haar memorie van tussenkomsst.

Voorts betoogt verzoekster dat de gevolgde werkwijze wel resulteert in een finale rangschikking. Dat is volgens haar echter geen vergelijking maar het gevolg van een geïsoleerde beoordeling van elk dossier.

27. In haar laatste memorie onderstreept verzoekster het belang van het zendschema. De uitwerking in bijlage 1 van het bestreden besluit, via een bundel van negentien vragen, verwatert echter het belang van het zendschema: het gaat slechts om vier van de negentien vragen met een quoterings van vier op de twintig te verdienen punten voor het subcriterium ‘format’. Dit is disproportioneel, nu de decreetgever duidelijk te kennen gaf dat het zendschema evenwaardig was als criterium als het programma-aanbod. Uitgaande van de omschrijving in het mediadecreet en de uitwerking ervan in het uitvoeringsbesluit mocht verzoekster ervan uitgaan dat het zendschema een essentiële rol zou spelen in de quoterings van het *format*.

Zij stelt voorts dat zij dit middelonderdeel in de memorie van wederantwoord heeft uitgebreid met een schending van het gelijkheidsbeginsel, namelijk in zoverre de tussenkommende partij vooraf op de hoogte was van de vragen.

Verzoekster betoogt voorts dat het eerste subcriterium ‘format’ zwaarder doorweegt dan het uitvoeringsbesluit vooropstelt, “20+6 op 45 punten”.

Zij herhaalt dat de verwerende partij niet aantoont dat de beoordelingsmethode (bijlage 1 van het bestreden besluit) niet pas is opgesteld na kennisname van de kandidaturen en dat dus de objectieve schijn bestaat dat de beoordelingsmethode in functie van de concrete kandidaten is opgesteld, minstens uitgewerkt. Dan volgt een ganse uiteenzetting over de Europese richtlijnen inzake media.

Beoordeling

a. ontvankelijkheid

28. De Raad van State neemt er akte van dat de verwerende partij in haar laatste memorie afstand doet van haar exceptie over het belang van verzoekster bij dit middel.

29. De toewijzing van de licentie voor het gebruik van een radiofrequentie is geen overheidsopdracht. Terecht voert verzoekster in het middel dan ook niet de schending aan van enige bepaling van overheidsopdrachtenregeling. De rechtspraak inzake de overheidsopdrachten mag verzoekster tot inspiratie strekken om dit middel te ontwikkelen, maar ze is niet ter zake.

30. Met wat verzoekster in haar laatste memorie voor het eerst uiteenzet omtrent de Europese mediarichtlijnen wordt geen rekening gehouden; dit is ruim te laat.

b. gegrondheid

31. De formelemotiveringsplicht, zoals opgelegd bij de formelemotiveringswet van 29 juli 1991, verplicht de verwerende partij om inzichtelijk te

maken waarom 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 oogpunt van die 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 met de eraan onderliggende bijlagen, voldoen hieraan ruimschoots. Verzoekster weet uit bijlage 1 welke werkwijze is gevolgd en uit bijlage 2 hoe de kandidaten hebben gescoord en zij kan zich daartegen dus verweren. Van een schending van de formelemotiveringswet is geen sprake.

32. Wat de beoordelingsmethode betreft om tot evaluatie van de aanvragen en tot de scores van de dossiers van de verschillende kandidaten te komen, dient de verwerende partij de aanvragen te toetsen aan de drie aanvullende kwalificatiecriteria vermeld in artikel 146, § 1, van het mediadecreet die zijn uitgewerkt in artikel 5 van het uitvoeringsbesluit.

33. 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. Blijkens artikel 23, tweede lid, van het uitvoeringsbesluit erkent de minister de lokale radio-omroeporganisaties.

Dit betekent dat het aan de minister wordt overgelaten om zijn aanpak te bepalen bij de beoordeling en de waardering van de dossiers. Hij beschikt daarbij 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 voor toewijzing van de erkenning te kiezen en over een beoordelingsruimte om het aanbod van elke kandidaat in te schatten. Wel moet hij de criteria

toepassen zoals ze redelijkerwijze kunnen worden begrepen en alle kandidaten op gelijke wijze aan de opgelegde beoordelingsmaatstaf onderwerpen.

De bewijslast ligt bij verzoekster om aan te tonen dat die beoordelingselementen niet pertinent zijn of op een andere manier onregelmatig gekozen of toegepast of, erger nog, dat ze werden gemanipuleerd.

De loutere bewering van verzoekster dat “een reeks ‘vragen’ en ‘subvragen’ – m.a.w. verdere subcriteria – gebruikt [worden] met eigen weging die niet zijn opgenomen in het mediadecreet noch in het uitvoeringsbesluit en dus die niet kenbaar noch voorzienbaar waren op het ogenblik van de indiening van de aanvragen” volstaat niet om de onwettigheid van het bestreden besluit aan te tonen.

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

Aan zelfs maar een poging tot bewijsvoering komt verzoekster in het inleidend verzoekschrift niet toe. Zij doet dit pas voor het eerst in haar laatste memorie. Niet enkel is dit te laat en dus onontvankelijk; bovendien zijn de feitelijke voorbeelden die verzoekster geeft blijkbaar alweer geput uit de behandeling van de netwerkradio-omroeporganisaties.

34. 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 en door de wegingsfactoren die zijn vastgesteld in artikel 5, tweede lid, van het uitvoeringsbesluit.

De verwerende partij mag de beoordeling structureren aan de hand van een nadere onderverdeling van de aanvullende kwalificatiecriteria. Dit houdt dan ook in dat er een score kan worden gegeven op deze onderverdeling, zolang het relatieve gewicht van de criteria dat in het uitvoeringsbesluit is vastgesteld gerespecteerd wordt.

Ook op dit punt lag het op de weg van verzoekster om te overtuigen dat de wegingscoëfficiënten, zoals die *in concreto* toegepast zijn, dermate disproportioneel zijn dat ze niet in de discretionaire bevoegdheid van de verwerende partij zijn in te passen.

35. Geen van de in het middel aangevoerde bepalingen en beginzinnen vereist dat de beoordelingsmethode vooraf zo strikt wordt vastgelegd én meegedeeld, zoals verzoekster het zou willen.

36. Verzoekster voert na kennisname van de memorie van tussenkomst aan dat de tussenkomende partij op voorhand kennis zou hebben gehad van de vragen in bijlage 1. Zij verwijst naar de volgende passus in die memorie:

“Verzoekster in tussenkomst wenst hier nog aan toe te voegen dat elk van de kandidaten op dezelfde vragen dienden te beantwoorden. Daarenboven konden deze vragen door alle kandidaten perfect worden beantwoord.”

Hieruit kan evenwel niet worden afgeleid dat de tussenkomende partij over bijkomende en meer relevante informatie zou beschikken dan de andere kandidaten.

37. 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.

Verzoekster die beweert dat elk dossier slechts geïsoleerd is bekeken, leest bijlage 1 slechts partieel. De ambtelijk gevolgde werkwijze is in bijlage 1 beschreven als volgt:

“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 netwerkdossiers over de pakketten heen (voor zover het criterium van toepassing is op de betreffende pakketten). De taak van de controleur bestaat erin om de gegeven score en gebruikte motivatie van de verschillende individuele dossiers te gaan 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.”

Die medewerkers kregen voor hun onderzoek de volgende richtlijn mee:

“Daarbij wordt als richtlijn gehanteerd dat de gehele beoordeling in lijn dient te zijn met de in de wetgeving opgesomde aanvullende kwalificatiecriteria. De wetgever geeft verdere verduidelijking van de criteria in het

besluit en in het verslag aan de regering. Ook het onderling gewicht van de criteria wordt in het besluit vastgelegd. Deze verduidelijking en onderlinge verhouding van de criteria hebben de wijze bepaald waarop de dossierbehandelaars de dossiers inhoudelijk en kwalitatief toetsen.”

Nadat de dossierbehandelaars elk dossier individueel (“losstaand”) hebben getoetst – maar wel reeds alle aan dezelfde criteria – zorgt een controleur in een tweede fase ervoor “dat er geen interpretatieverschillen zijn in de strengheid van de score en de motivering” zodat elk dossier “dezelfde toetsing tegenover de kwalificatiecriteria krijg[t]”. Als volgens die methode een rangschikking wordt gemaakt op grond van de toegekende scores, vertaalt die rangschikking de onderlinge vergelijking van de dossiers. Als één kandidaat een hogere eindscore behaalt dan een andere kandidaat, is dit omdat die kandidaat *in globo* beter scoort op de criteria, en is een vergelijking van de aanvragen gebeurd. De minister heeft zich de beoordeling door de administratie en dus de toekenning van de scores blijkens het bestreden besluit eigen gemaakt, zodat die vergelijking aan de minister toegerekend moet worden.

38. Het middel is in beide onderdelen ongegrond.

D. Vierde middel

Uiteenzetting van het middel

39. Het vierde middel is geput uit de schending van het zorgvuldigheidsbeginsel en de materiële motiveringsplicht “doordat een erkenning aan vzw Radio Breydel werd gegeven zonder zorgvuldig onderzoek van haar aanvraag en alleszins zonder rekening te houden met het tijdsverloop en de feiten zoals gekend op 5 april 2019, terwijl sinds 1 december 2017 tal van (nieuwe) feitelijke elementen ter kennis van verwerende partij waren gebracht en die elementen, net zoals het tijdsverloop, van aard zijn om de rangschikking van de kandidaten te wijzigen”.

Samengevat, zo stelt verzoekster, “blijkt dat de aanvraag van Radio Breydel op tal van – zelfs cruciale – punten manifeste onjuistheden bevat en zelfs meermaals de medewerking van personen inroept die daar niet eens van op de hoogte waren”. Bovendien blijkt dat wat Radio Breydel heeft gerealiseerd sterk afwijkt van het aanvraagdossier zodat niet onredelijk aan te nemen is, zeker in combinatie met de vele onjuistheden in het aanvraagdossier, dat het nooit de intentie van Radio Breydel is geweest om dit daadwerkelijk uit te voeren. Zo de verwerende partij in september 2017 geweten had of moest hebben, wat zij op 5 april 2019 wist, had dit “mogelijk en wellicht” een andere beoordeling en dus scoring hebben opgeleverd.

Verzoekster licht toe waarin de onjuistheden en wijzigingen in de aanvraag van de tussenkommende partij zijn gelegen. Haar analyse heeft samengevat betrekking op:

- De opgegeven medewerkers, waarbij personen die opgegeven zijn als journalisten en presentatoren in het dossier, hiervan niet op de hoogte waren.
- Het programma-aanbod en het zendschema, waar in realiteit blijkt dat de tussenkommende partij slechts zeven dagen op zeven non-stop muziek uitzendt, terwijl het programma-aanbod overeenkomstig artikel 143/3, § 2, van het mediadecreet niet mag worden gewijzigd.
- De nieuwsgaring, waar in realiteit geen eigen redactie werkt maar Belgaberechtgeving wordt overgenomen en het aanvraagdossier nadruk legt op een samenwerking met een hogeschool die echter deze betrokkenheid ontkent.
- Inhoud, mix en diversiteit van programma's, waar de aanvraag onjuist vermeldt de rechten op het werk van Brugs artiest W.L. verworven te hebben.
- Het financieel plan, dat ongeloofwaardig is wegens een discrepantie tussen aantal medewerkers en opgegeven personeelskost.
- De band met de lokale gemeenschap, waar informatie wordt opgesomd die betrekking heeft op een andere radio en verwezen wordt naar onbestaande samenwerking met de stad Brugge.

Samenvattend is het voor verzoekster duidelijk dat de verwerende partij anno 2017 niet op zorgvuldige wijze de aanvraag van de tussenkomende partij heeft onderzocht en alleszins na de beoordeling en erkenning in 2017, op de hoogte is gebracht van tal van feitelijke elementen die aantonen “dat de aanvraag van bvba VBRO van in het begin onjuist was dan wel in de praktijk op tal van onderdelen, met name de programmatie en het Vlaams/Nederlandstalig aandeel, werd aangepast”. Dit maakt dat de verwerende partij op 5 april 2019 er niet mee kon volstaan om zonder enig nieuw onderzoek de rangschikking van de kandidaten uit 2017 zo maar over te nemen.

40. In de memorie van wederantwoord en haar laatste memorie handhaaft verzoekster die kritiek. De radio van de tussenkomende partij is nog steeds een nonstopzender. De vermelding, ten onrechte, van informatie over medewerkers die op datum van de aanvraag nergens van weten, gebeurt evident om een hogere score te behalen. Voor ‘informatie en journaals’ krijgt de tussenkomende partij 15/15 punten, daar moet de voorgenomen samenwerking met de hogeschool ergens voor tussen zitten. Dat de tussenkomende partij nu uitzendt zonder het programma-aanbod en het zendschema te respecteren mag dan wel onder de controle van de Vlaamse Regulator voor de Media vallen, maar is eveneens een feitelijk gegeven waarmee de verwerende partij rekening moest houden bij de tweede erkenning. Moest de verwerende partij op 5 april 2019 een nieuwe beoordeling hebben gemaakt, dan zou zij ook hebben moeten vaststellen dat de gegevens in het aanvraagdossier over de band met de lokale gemeenschap niet meer, minstens niet op dezelfde wijze worden aangetoond.

Beoordeling

41. Verzoekster heeft in dit middel zowel kritiek op het initieel ingediende aanvraagdossier van de tussenkomende partij, dat volgens haar onjuistheden bevat en zelfs frauduleus is, als op de wijze waarop de tussenkomende partij na haar erkenning heeft gehandeld, met een volgens verzoekster met het aanvraagdossier strijdig radioproject. Die gegevens hadden de verwerende partij

volgens verzoekster ertoe moeten brengen het aanvraagdossier van de tussenkommende partij in een ander licht te zien.

42.1. De minister die de erkenning verleent, moet er in principe kunnen op vertrouwen dat wat de aanvrager in zijn dossier aanbiedt, ook is wat hij zich voorneemt te doen met de erkenning.

42.2. Zo verzoekster meent dat de minister opzettelijk is voorgelogen door de tussenkommende partij op het ogenblik van haar aanvraag, dan ligt de bewijslast van dit bedrog bij haar.

De bewijslast torst zij ook, indien zij meent dat het dossier onjuistheden bevat die determinerend zijn geweest voor de toekenning van de erkenning, ongeacht enig bedrog.

42.3. Verzoekster toont evenwel niet aan dat de punctuele kritiek die zij heeft over het aanvraagdossier, méér is dan opmerkingen over de engagementen en intenties van de kandidaat én bepalend voor de toegekende score. Hierin verschilt haar uiteenzetting wezenlijk van de zaak waaraan zij refereert en die heeft geleid tot arrest nr. 240.783 van 22 februari 2018.

Wat de opgegeven medewerkers betreft, merkt de tussenkommende partij terecht op dat zij in haar dossier nergens heeft beweerd reeds vaste afspraken of contracten te hebben met de bedoelde personen. Verzoekster weerspreekt niet dat de door haar opgesomde personen in het verleden met de tussenkommende partij hebben meegewerkt. Verzoekster toont niet aan dat de intentie om met hen opnieuw samen te werken onecht is en slechts ingegeven om de verwerende partij op een verkeerd been te zetten. Ten slotte toont verzoekster niet aan dat de verwerende partij specifiek punten heeft toegekend aan de tussenkommende partij wegens de lijst van personen die verzoekster op de korrel neemt. Bij de motivering van de scores wordt alvast geen melding gemaakt van de medewerkers in kwestie.

De tussenkomende partij laat zich niet voorstaan op samenwerking met een hogeschool die beklonken is – ook hierin verschilt de zaak van die welke heeft geleid tot arrest nr. 240.783 van 22 februari 2018 – maar geeft aan dat “gesprekken lopende zijn”. Dat een medewerker van de hogeschool verklaart geen “structurele samenwerkingsverbanden met [...] VBRO” te hebben, spreekt dit niet tegen.

In de motivatie van het erkenningsbesluit staat over de invulling van het programma-aanbod voor informatie en journaals te lezen dat de tussenkomende partij voor het nationale en internationale nieuws een overeenkomst heeft met “een bekend nieuwsagentschap”. In het licht van dat motief kan het verwijt dat de tussenkomende partij “in realiteit” Belganieuwsberichten overneemt niet slagen om misleiding te bewijzen.

Wat de rechten van Brugs artiest W.L. betreft, valt niet in te zien hoe dit element bij de beoordeling heeft meegespeeld en welk belang verzoekster heeft bij deze kritiek op de aanvraag van de tussenkomende partij.

De tussenkomende partij wijst erop dat haar medewerkers een groep van voltijdse, deeltijdse en vrijwillige medewerkers vormt en dat de vooropgestelde personeelskost allesbehalve irreëel is. Die uitleg is voor een lokale radiozender niet onwaarschijnlijk. Verzoekster ontkracht ze niet. Haar loutere bewering dat het financieel plan ongeloofwaardig is wegens het onevenwicht tussen opgegeven medewerkers en personeelskost levert alleszins niet het bewijs dat het gegeven foutief is, laat staan frauduleus. Overigens ziet de Raad niet welk belang verzoekster heeft bij deze grief, aangezien de tussenkomende partij voor het financieel plan 0/30 punten kreeg en zij moeilijk nóg minder kan scoren.

Ook met betrekking tot de band met de lokale gemeenschap geeft de tussenkomende partij een aannemelijke verklaring. Zij wijst erop dat haar medewerkersgroep mensen omvat die in het verleden betrokken waren bij

VBRO waardoor zij verwijst naar een lijst van lokale partners waarmee VBRO heeft samengewerkt.

Bij geen enkel van haar punten van kritiek heeft verzoekster ten slotte toegelicht, behoudens in zeer hypothetische termen, hoe die eventuele onjuistheid mogelijk tot een andere score had geleid, gelet op de motieven van de beslissing. Zij heeft ook enkel bemerkingen bij het dossier van de tussenkomende partij; de score die zij voor haar dossier kreeg stelt zij niet in vraag. Zo-even is al opgemerkt dat de tussenkomende partij geen punten krijgt voor het tweede criterium. Haar score voor het derde criterium wordt door verzoekster niet aan kritiek onderworpen. Welnu, dan mag het volstaan vast te stellen dat tussen verzoekster en de tussenkomende partij een kloof gaapt van 15,82/100 punten en dat met de uiteenzetting van verzoekster gewoon niet valt in te zien hoe zij dit verschil bij een herwaardering van het dossier kan overbruggen, aangezien dit zou vereisen dat de tussenkomende partij voor het eerste criterium van 53,50/55 moet terugval- len op 37,67/55. Valt het de Raad van State niet toe om de dossiers in de plaats van het bestuur te beoordelen en te waarderen, dan moet verzoekster wel minimaal aannemelijk maken dat een heroverweging op grond van de door haar aan- gebrachte kritiek haar in redelijkheid kans geeft op een eerste plaats in de rang- schikking.

43. Verzoekster erkent dat de Vlaamse regulator en niet de verwe- rende partij belast is met “het toezicht op de naleving van en de beteugeling van de inbreuken op de bepalingen van [het mediadecreet] en zijn uitvoeringsbeslui- ten” (artikel 218, § 2, 1°, van het mediadecreet) en desnoods beteugelt wat een erkende radio-omroeporganisatie met haar erkenning aanvangt.

Zo verzoekster meent dat ná de erkenning niet, niet tijdig of anderszins niet conform de mediawetgeving wordt uitgezonden, dan staat het haar vrij hierover een klacht in te dienen bij de VRM.

Overeenkomstig artikel 39 van het besluit van de Vlaamse regering van 30 juni 2006 ‘betreffende de procedure voor de Vlaamse Regulator voor de Media’ gaat de VRM na of de voorwaarden in overeenstemming waarmee de erkenning is verleend, worden nageleefd. Na een ingebrekestelling kan de VRM overgaan tot schorsing of intrekking indien blijkt dat de erkende radio-omroeporganisatie niet aan de erkenningsvoorwaarden voldoet.

44. De Raad van State ziet ook niet in waarom de verwerende partij, gelet op de taak van de regulator, op 5 april 2019 spontaan het gedrag zou moeten onderzoeken van de tussenkomende partij sinds haar erkenning.

Verzoekster refereert ten onrechte aan artikel 143, § 2, van het mediadecreet, dat alweer de erkende netwerkradio-omroeporganisaties betreft.

Bovendien blijkt uit artikel 146, § 2, van het mediadecreet dat erkende lokale radio-omroeporganisaties wijzigingen mogen aanbrengen in de gegevens, vermeld in hun offerte, waardoor wordt afgeweken van de aanvullende kwalificatiecriteria.

De loutere vaststelling dat de tussenkomende partij na haar eerste erkenning niet uitzendt zoals zij het in haar dossier beschreef, betekent dus niet dat de nieuwe erkenning haar niet mocht of opnieuw mag worden toegekend op basis van haar aanvraagdossier.

45. Daarmee is niet gezegd dat een zorgvuldig handelend bestuur bij het hernemen van een vernietigde beslissing nooit rekening moet houden met feitelijk gewijzigde omstandigheden. Wel heeft elk zijn taak: minister en regulator. Indien de regulator bijvoorbeeld tussen de eerste erkenning en het thans bestreden besluit een beslissing zou treffen over de tussenkomende partij, kan de inhoud of de draagwijdte van die beslissing van aard zijn dat de minister ze in zijn afweging had moeten betrekken. Verzoekster beweert evenwel niet dat in de

huidige zaak door de regulator vóór 5 april 2019 zelfs maar een beslissing is genomen over de tussenkomende partij, laat staan een relevante.

46. Wat voorafgaat leidt tot de conclusie dat het middel, voor zover ontvankelijk, hoe dan ook ongegrond is.

E. Vijfde middel

Uiteenzetting van het middel

47. In het vijfde middel voert verzoekster de schending aan van artikel 145, 2°, a), van het mediadecreet en van het zorgvuldigheidsbeginsel “omwille van de verboden (onrechtstreekse) banden tussen RBO [versta: Radio Brugs Ommeland, de roepnaam van het radioproject van de tussenkomende partij] en een andere erkende lokale radio-omroep en een erkende netwerkroeporganisatie (bvba VBRO – netwerkfrequentiepakket 2)”.

Verzoekster argumenteert dat VBRO tot 1 januari 2018 een samenwerkingsverband van erkende lokale radio-omroeporganisaties was. De tussenkomende partij was één van de sinds 2004 erkende leden en diende in 2017 onder de roepnaam ‘Radio Brugs Ommeland’ een aanvraag in die leidde tot het bestreden besluit. Het programma-aanbod en zendschema opgenomen in de offerte van RBO is eigenlijk een kopie van dat van VBRO tot 31 december 2017 en moest dienen als een soort terugvalpositie indien de bvba VBRO geen erkenning als netwerkradio-omroeporganisatie zou verkrijgen. Vandaag staan alle FM-frequenties rond Brugge (frequentiepakketten 41, 42, 43, 44 en 45) onder de (feitelijke) controle van de zaakvoerder van VBRO. De vzw Belfort Media is een nieuwe vereniging en illustreert hoe blijkbaar via stromannen gewerkt lijkt te worden. RBO leidt zelf een marginaal bestaan: een “cassette-radio” die zeven dagen op zeven non-stop muziek uitzendt en geen website of streaming heeft. VBRO is een controversiële omroep. Samengevat is de kritiek dat VBRO een

grotendeels gefantaseerd aanvraagdossier indiende waar hij zich in de feiten niet aan houdt.

In de zaak A. 224.532 erkent de tussenkomende partij dat bindingen bestonden tussen haarzelf en andere rechtspersonen erkend als radio-omroep, maar dat deze banden begin 2017 doorgesneden werden. De vraag of er dus (on)rechtstreekse bindingen waren, moet niet meer worden beantwoord gelet op de erkenning in rechte door RBO. Het bewijs dat wel geleverd moet worden, is dat die bindingen nog bestonden op datum van het bestreden besluit. De tussenkomende partij verwijst naar statutenwijzigingen om aan te tonen dat de bindingen zijn verdwenen. Verzoekster ziet niet in hoe deze wijzigingen de eerdere bindingen ongedaan maken. Dat de bindingen tussen RBO en VBRO na begin 2017 bleven bestaan, blijkt bovendien uit het feit dat het aanvraagdossier van de bvba VBRO als netwerkradio-omroeporganisatie sterk lijkt op dat van RBO. De keten VBRO, waarvan Radio Breydel deel uitmaakte, is bovendien ook tot 31 december 2017 actief gebleven op basis van de tot dan geldende erkenningen en zendvergunning van de individuele leden ervan, dus lang na begin 2017. Op 13 november 2018 ging RBO tot actie over en activeerde hij een Facebookpagina. Eveneens werd een website gehost door VBRO. Blijkbaar is de website geactiveerd vanuit de bestaande pagina's van de website van Elisa FM, dat eveneens deel uitmaakt van de groep radio-omroepen rond VBRO om zo te kunnen gooien met de aanmaakdatum van website. Ook streaming van de radio-uitzendingen van RBO gebeurt via VBRO.

48. Gewezen op de regularisatiemogelijkheid, vermeld in artikel 13 van het uitvoeringsbesluit, repliceert verzoekster dat deze bepaling onwettig is en overeenkomstig artikel 159 van de Grondwet buiten toepassing moet worden verklaard. Deze regularisatiemogelijkheid holt de decretale erkenningsvoorwaarden uit waaraan luidens het mediadecreet voldaan moet zijn op datum van erkenning en niet twee maanden later.

Beoordeling

49. Verzoekster richt haar kritiek op het feit dat “begin 2017” de beweerd ongeoorloofde bindingen van de tussenkomende partij met een andere radio-omroeporganisatie niet ophielden te bestaan. Haar middel is hernomen uit de procedure A. 224.532, gericht tegen het erkenningsbesluit van 1 december 2017. Zij actualiseert tot de “dag van indiening ter griffie [...] van de memorie van wederantwoord” in die vorige procedure, waarop dan blijkbaar wel een Facebookpagina en een website opgestart werden.

Zoals het middel is toegelicht, blijkt dan ook niet dat de tussenkomende partij op het ogenblik dat het thans bestreden besluit werd genomen, namelijk op 5 april 2019, niet aan de erkenningsvoorwaarde in artikel 145, 2°, a), van het mediadecreet voldoet. De kritiek laat niet toe om tot de onwettigheid van het bestreden besluit te besluiten. In haar laatste memorie stelt verzoekster wel dat op 5 april 2019 niets aan de situatie is veranderd, maar dat heeft zij nu eenmaal niet zo geschreven in het inleidend verzoekschrift en nog minder met overtuigingsstukken aangetoond. Het ligt niet op de weg van de Raad van State om dat in haar plaats te doen. Wat verzoekster in haar laatste memorie alsnog schrijft is laattijdig en onontvankelijk.

50. Louter ten overvloede merkt de Raad van State op dat het uitvoeringsbesluit toelaat dat een kandidaat meedingt en dossiers indient voor maximaal vier frequentiepakketten over de verschillende soorten van radio-omroeporganisaties heen – dus zowel voor netwerkradio als voor lokale radio – en daarbij een volgorde en voorkeur moet opgeven. De organisatie die een erkenning krijgt, heeft dan een korte tijd – namelijk twee maanden – om haar eigendomsstructuren, statuten en bestuurders desgevallend aan te passen aan de voorwaarden van het mediadecreet en het uitvoeringsbesluit.

De Raad ziet geen bepaling in het mediadecreet die hieraan in de weg staat.

51. Het middel wordt verworpen.

F. Zesde middel

Uiteenzetting van het middel

52. In het zesde middel voert verzoekster de schending aan van artikel 13 van het uitvoeringsbesluit “doordat op datum van het bestreden besluit de termijn van 120 dagen voorzien in genoemd artikel 13 reeds lang verstreken was en er toen geen nieuwe termijn lopende was omdat dit niet meer mogelijk is”.

De in artikel 13, eerste lid, bedoelde kennisgeving viel in juli 2017, zodat op 5 april 2019 – datum van het bestreden besluit – de vervaltermijn van 120 dagen reeds lang voorbij was en, gelet op de definitief geworden opheffing van de erkenning van “15 september” (lees: 1 december) 2017 met ingang van 5 april 2019, de enig mogelijke beslissing ware geweest geen erkenning toe te kennen voor het betrokken profiel van “netwerkradio-omroeporganisatie” (*sic*). Door toch een erkenning te verlenen op basis van de aanvragen ingediend naar aanleiding van de oproep in 2017 schendt het bestreden besluit dan ook artikel 13 van het uitvoeringsbesluit. Het bestreden besluit werd immers niet genomen als vorm van rechtsherstel na vernietiging door de Raad van State van de erkenning van 1 december 2017. Wel integendeel, het bestreden besluit werd genomen nog vóór de Raad van State zich kon uitspreken over een hangend beroep tegen de erkenning van 1 december 2017 die bovendien werd opgeheven. Op 5 april 2019 – datum van het bestreden besluit – rustte er op de verwerende partij geen enkele plicht om, ingevolge een vernietigingsarrest, een nieuwe beslissing te nemen en was ook geen nieuwe termijn van 120 dagen lopende op dat moment.

Beoordeling

53. Artikel 13, tweede lid, van het uitvoeringsbesluit legt een termijn op van 120 dagen na kennisgeving aan de kandidaten van de lijst van de ontvankelijke kandidaturen om een erkenningsbesluit te nemen. Indien geen beslissing wordt genomen binnen deze termijn, “wordt de erkenning voor dat frequentiepakket niet toegekend”.

54. Gelet op de nietigverklaring van het frequentieplan 2017 – en bijgevolg het verdwijnen van de rechtsgrond van het erkenningsbesluit van 1 december 2017 – stond het voor de verwerende partij vast dat haar erkenningsbesluit van 15 september 2017 aangetast was door een onregelmatigheid.

Hangende het annulatieberoep dat tegen dit erkenningsbesluit was ingesteld en waarin het debat nog niet was gesloten, mocht de verwerende partij dit erkenningsbesluit opheffen op 5 april 2019. Verzoekster betwist dit overigens niet.

55. Door op 1 december 2017 een beslissing te nemen over het in geding zijnde frequentiepakket, heeft de minister binnen de opgelegde termijn zijn bevoegdheid uitgeoefend – maar ze ook uitgeput.

Dat hij naderhand om welke reden ook aan zijn beslissing, die normaal zou gelden voor een termijn van negen jaar, een voortijdig einde stelt door ze op te heffen, wijzigt in principe daaraan niets. Die opheffing geldt ook enkel voor de toekomst. Uit zichzelf doet ze de bevoegdheid van de minister niet herleven en doet ze geen nieuwe termijn van start gaan.

56. De opgeheven erkenning is evenwel een rechtsverlenende rechtshandeling waarover de verwerende partij overeenkomstig het uitvoeringsbesluit verplicht was te beslissen, eenmaal zij de oproep aan kandidaten had ge-

lanceerd – en zij bovendien reeds een beslissing over de ontvankelijkheid van de aanvraagdossiers had genomen.

Cruciaal is dan niet zozeer dat de erkenning door de verwerende partij is opgeheven, maar wel dat ze door de Raad van State is vernietigd.

Door die vernietiging moet de overheid worden geacht haar bevoegdheid nooit te hebben uitgeoefend.

In tegenstelling tot de opheffing, doet die vernietiging daarom wél de verplichting herleven om een nieuwe beslissing te nemen, met daartoe een nieuwe termijn aangezien het om een verplicht uit te oefenen bevoegdheid gaat.

57. Wat dan, ten slotte, leidt tot de vaststelling dat verzoekster geen belang heeft om aanstoot te nemen aan het feit dat de verwerende partij haar beslissing nam vóór de nieuwe beslissingstermijn is beginnen lopen, aangezien zij dat hoe dan ook mocht én moest doen na de nietigverklaring.

58. Het middel is niet ontvankelijk.

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 tussenkommende partij wordt verwezen in de kosten van de tussenkomst, begroot op 150 euro.

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van 5 maart tweeduizend eenentwintig, door de Raad van State, IXe kamer, samengesteld uit:

Geert Van Haegendoren,	kamervoorzitter,
Bruno Seutin,	staatsraad,
Patricia De Somere,	staatsraad,
bijgestaan door	
Vera Wauters,	griffier.

De griffier

De voorzitter

Vera Wauters

Geert Van Haegendoren