

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

IXe KAMER

A R R E S T

**nr. 249.984 van 5 maart 2021
in de zaak A. 228.353/IX-9574**

In zake: de GCV RADIOWORKS
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Stijn Verbist en Joris Claes
kantoor houdend te 2000 Antwerpen
Graaf van Hoornestraat 51
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

Tussenkomende partij:

de VZW RADIO MINERVA
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Reiner Tijs
kantoor houdend te 2000 Antwerpen
Nassaustraet 37-41
bij wie woonplaats wordt gekozen
en bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Marc De Block
kantoor houdend te 2000 Antwerpen
Bourlastraat 3

I. Voorwerp van het beroep

1. Het beroep, ingesteld op 11 juni 2019, strekt tot de
nietigverklaring van het ministerieel besluit van 5 april 2019 ‘houdende de
erkenning als lokale radio-omroeporganisatie van Minerva voor Frequentiepakket

11 Antwerpen [98.0 FM]’ en van de impliciete weigering om de gcv Radioworks te erkennen voor datzelfde frequentiepakket.

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 Minerva heeft een verzoekschrift tot tussenkomst ingediend. De tussenkomst is toegestaan bij beschikking van 5 september 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 25 januari 2021.

Kamervoorzitter Geert Van Haegendoren heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Joris Claes, die tevens *loco* advocaat Stijn Verbist verschijnt voor de verzoekende partij, advocaat Bart Staelens, die verschijnt voor de verwerende partij en advocaat Laura Van Dooren, die *loco* advocaten Reiner Tijs en Marc De Block verschijnt voor de tussenkomende partij, zijn gehoord.

Eerste auditeur Alexander Van Steenberge heeft 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.

Bij besluit van 1 december 2017 verleent de Vlaamse minister, bevoegd voor de media, aan de tussenkomen partij een erkenning als lokale radio-omroeporganisatie voor frequentiepakket 11 (Antwerpen [98.0 FM]). Ook verzoekster was kandidaat voor deze erkenning.

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”.

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 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 Minerva 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 zouden 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 vigour 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.”

Een vierde kandidaat was ambtshalve geschrapt omdat deze reeds een erkenning had gekregen als netwerkradio-omroeporganisatie. De totaalscore van elk van de drie overgebleven kandidaten is in bijlage 2 bij het besluit als volgt vastgesteld:

- de tussenkomende partij 86,76/100
- verzoekster 86,37/100
- derde kandidaat 75,27/100.

IV. Regelmatigheid van de rechtspleging

A. Verzoek tot heropening van het debat

Verzoek

4. Na sluiting van het debat richt de tussenkomende partij aan de Raad van State een verzoek tot heropening van het debat.

Zij stelt dat verzoekster “extreem laatijdig”, te weten op vrijdag 22 januari 2021, een bijkomende nota en stukken heeft bezorgd aan de Raad “waardoor verhinderd werd daarop nog te reageren”.

Voorts wenst zij nog te antwoorden op het advies van het audietoraat.

Zij vraagt de heropening van het debat om haar toe te laten “standpunt in te nemen omtrent [het] stuk neergelegd op 22 januari 2021 door

Radioworks” en “ondergeschikt”, het auditoraat “te verzoeken een aanvullend verslag op te maken met betrekking tot de hoedanigheid en het belang van partij Radioworks en de impact van het lopende strafonderzoek”.

Beoordeling

5. De Raad van State kan de tussenkomende partij hierin volgen, waar zij stelt het onbehoorlijk te vinden voor het goede procesverloop, als een partij nog aan de vooravond van de terechtzitting stukken of nota’s bijbrengt die zij reeds vroeger had kunnen neerleggen.

6. Op de terechtzitting heeft de raadvrouw van de tussenkomende partij echter de brief van 22 januari 2021 – die zij, op hetzelfde ogenblik als de Raad, per e-mail heeft ontvangen – ter sprake gebracht. Zij heeft op de terechtzitting niet ter sprake gebracht dat zij onvoldoende tijd had om haar standpunt voor te bereiden. Zij heeft niet gevraagd om de zaak uit te stellen. Zij is in haar pleidooi integendeel ingegaan op de inhoud van deze brief en heeft er haar verweer over gevoerd. Overigens worden de gegevens aangereikt in die brief hierna niet in de beoordeling van de excepties of van het middel betrokken.

In zijn advies heeft het auditoraat voorts zijn conclusie, ingenomen in het auditoraatsverslag, niet gewijzigd. Ook heeft de raadvrouw van de tussenkomende partij na het aanhoren van het advies en vóór de sluiting van het debat niet gevraagd om nog te mogen reageren.

In die omstandigheden een heropening vragen van het debat, komt voor als deloyale procesvoering. Het verzoek wordt afgewezen.

B. Toepassing van artikel 51 van het algemeen procedurereglement

Betichting van valsheid

7. De tussenkomende partij werpt op dat zij een strafklacht heeft ingediend tegen verzoekster omdat laatstgenoemde in de huidige procedure “valse stukken produceert en gebruikt”. Die “valselijk opgemaakte [...] stukken” hebben volgens de tussenkomende partij betrekking op “zowel de hoedanigheid en het belang zelf van [verzoekster]” en “op alle verdere middelen” en dit “met inbegrip van het inleidend verzoekschrift zelf dat dergelijke stukken incorporeert”.

De tussenkomende partij vraagt “verder te handelen overeenkomstig artikel 51 van het [algemeen procedurereglement]”.

8. Niet wordt betwist, dat de betichting thans nog hangende is bij de bevoegde rechter.

9. Op de terechtzitting verklaart verzoekster, hierover ondervraagd, dat zij gebruik wil maken van de bedoelde stukken.

Beoordeling

10. Artikel 51 van het algemeen procedurereglement luidt:

“Zo een partij een overgelegd stuk van valsheid beticht, wordt de partij die het stuk heeft overgelegd door de staatsraad of het lid van het auditoraat belast met het onderzoek, of door de kamer bij dewelke de zaak aanhangig is, verzocht zonder verwijl te verklaren of zij volhardt in haar bedoeling er van gebruik te maken.

Zo de partij op deze vraag niet ingaat, of zo zij verklaart dat zij van het stuk geen gebruik wenst te maken, wordt het verworpen.

Zo zij verklaart dat zij er gebruik wil van maken, wordt er zonder verwijl verslag over uitgebracht bij de kamer bij dewelke de zaak aanhangig is.

Wanneer deze oordeelt dat het van valsheid beticht stuk geen invloed heeft op haar eindbeslissing, wordt er geen rekening mede gehouden.

Zo zij, integendeel, oordeelt dat het stuk van wezenlijk belang is voor de oplossing van het geschil, dan schorst zij het geding tot het bevoegd rechtscollege over de valsheid uitspraak heeft gedaan.”

11. Uit de stukken die aan de Raad zijn bezorgd blijkt dat de tussenkomende partij stukken van valsheid beticht heeft, die betrekking zouden hebben op de hoedanigheid van verzoekster, op “de voorgehouden luistercijfers” en “met betrekking tot financiële cijfers”.

Anders dan de tussenkomende partij het wil voorstellen, vormt het inleidend verzoekschrift zelf niet het voorwerp van de valsheidsprocedure.

12. Zoals hierna zal blijken, kan de Raad reeds uitspraak doen over de opgeworpen excepties en over het middel dat in het auditorsverslag onderzocht is, zonder dat hij gebruik moet maken van de stukken die van valsheid zijn beschuldigd. Met die stukken wordt, met andere woorden, overeenkomstig artikel 51, vierde lid, van het algemeen procedurereglement in de huidige stand van de rechtspleging geen rekening gehouden.

Er is bijgevolg thans geen reden om het geding te schorsen tot dat het bevoegde rechtscollege over de strafklacht van de tussenkomende partij uitspraak heeft gedaan.

V. Ontvankelijkheid van het beroep

A. Exceptie van de verwerende partij

Exceptie

13. De verwerende partij werpt op dat het beroep niet ontvankelijk is in de mate ermee de nietigverklaring wordt gevorderd van de impliciete weige-

ring om verzoekster te erkennen. De tussenkommende partij sluit zich aan bij deze exceptie.

Beoordeling

14. 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 Bestuursrecht spraak heeft uitgelegd in onder meer zijn arrest nr. 222.357 van 1 februari 2013, is een beroep tegen zo een impliciete weigering niet *a priori* onontvankelijk. De Raad van State ziet geen reden om thans anders te oordelen. 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. Excepties van de tussenkomende partij

a. tijdigheid

Exceptie

15. De tussenkomende partij werpt een exceptie *ratione temporis* op. Het bestreden besluit werd per aangetekend schrijven verzonden op 9 april 2019. Verzoekster toont niet aan dat de eerste aanbieding van dit schrijven niet correct is verlopen, bijvoorbeeld wegens een foutieve adressering. Bijgevolg moet ervan worden uitgegaan dat het aangetekend schrijven van 9 april 2019 correct werd aangeboden aan verzoekster, maar dat de zending niet tijdig door haar werd opgehaald. De correcte aanbieding van het aangetekend schrijven waarmee de bestreden beslissing werd aangezegd, geldt evenwel als betekening. Gelet op het feit dat verzoekster niet aantoont dat het aangetekend schrijven van 9 april 2019 niet correct aan haar werd aangeboden, mag ervan worden uitgegaan dat zij de bestreden beslissing heeft mogen ontvangen op 10 april 2019. Bijgevolg is de termijn waarbinnen verzoekster een verzoekschrift tot nietigverklaring heeft kunnen indienen, ruimschoots overschreden.

Beoordeling

16. Wie een exceptie opwerpt draagt er de bewijslast van. De tussenkomende partij doet allerhande gissingen maar toont niets aan. Uit de stukken waarop zij steunt – een verklaring van een medewerker van de verwerende partij – blijkt enkel dat de bestreden beslissing een eerste keer is “verzonden” op 9 april 2019 en is “terug gekomen”. Of en wanneer die zending is aangeboden blijft in haar geschriften in het ongewisse. Overigens, louter voortgaande op wat de tussenkomende partij opwerpt, zou naar analogie met artikel 53bis GerW moeten worden aangenomen dat de aangetekende zending geacht moet worden te zijn ontvangen op de derde werkdag die volgt op de verzending ervan – dat is 12 april 2019.

De verwerende partij bezorgt harerzijds evenwel met een brief van 6 april 2020 een afschrift van het verzendingsbewijs en van de zogenaamde *tracker* van Bpost, waaruit blijkt dat het bestreden besluit reeds op 11 april 2019 is “aangeboden zonder succes” aan verzoekster met een “[b]ericht gelaten in brievenbus”. Maar ook als hierop wordt voortgegaan, volgt dat 10 juni 2019 de laatste dag zou zijn binnen de verjaringstermijn. Evenwel valt pinkstermaandag als wettelijke feestdag op deze datum en is het beroep, ingesteld de eerstvolgende werkdag op 11 juni 2019 ook in die optiek hoe dan ook tijdig. Overigens weersprekt de tussenkomenende partij in haar laatste memorie niet deze vaststelling en conclusie, die zij reeds mocht lezen in het auditoraatsverslag. Ze gaat er gewoon niet op in.

17. De exceptie faalt.

b. hoedanigheid

Exceptie

18. De tussenkomenende partij werpt een exceptie wegens gebrek aan hoedanigheid op. Verzoekster stelt te kunnen optreden voor FG Radio of ent althans haar belangen op het (voort)bestaan van FG Radio. FG Radio is echter een gedeponeerde merk van de Franse vennootschap FG Concept SAS. Verzoekster brengt geen enkel stuk bij waaruit blijkt dat zij gerechtigd is de belangen van FG Concept SAS, hetzij Radio FG te vertegenwoordigen. Verzoekster beschikt niet over de juiste hoedanigheid.

In haar laatste memorie houdt zij staande dat nergens uit blijkt “dat Radioworks gerechtigd is om Radio FG te vertegenwoordigen en dus over de vereiste hoedanigheid beschikt” en wijst zij erop dat dit voorwerp uitmaakt van de lopende strafprocedure.

Beoordeling

19. De verwerende partij citeert zelf uit de statuten het maatschappelijk doel van verzoekster, namelijk “het verzorgen van radioprogramma’s in het toegekende verzorgingsgebied”.

Aangezien verzoekster een aanvraag heeft ingediend om erkend te worden als lokale radio-omroeporganisatie voor frequentiepakket 11, beschikt zij over de vereiste hoedanigheid om op te komen tegen de erkenning van een concurrent voor het door haar geambieerde frequentiepakket. Zij stelt de huidige vordering in als “Radioworks Gewone Commanditaire Vennootschap (GCV of Comm.V.), met maatschappelijke zetel te 2060 Antwerpen, Touwstraat 16 bus 4 en met KBO-nummer 0543.758.442” voor zichzelf als aanvrager van de erkenning en niet voor een andere rechtspersoon.

Of verzoekster al dan niet beweert de belangen van derden te vertegenwoordigen en of zij die bewering staft met valse stukken, heeft geen invloed op haar hoedanigheid om als afgewezen aanvrager huidig beroep in te stellen.

20. Deze exceptie kan niet worden aangenomen.

c. belang

Exceptie

21. De tussenkomen partij werpt een exceptie wegens gebrek aan belang op. Zij betwist het financieel verlies, de terugval van luisteraars, de terugval van reclame en advertenties, het gebrek aan inkomsten, het verlies van contracten, de bezettingsvergoeding, de licentiekosten en de kosten grafisch ontwerper. Opmerkelijk is dat verzoekster nergens poneert dat zij de erkenning had

moeten verkrijgen. Er blijkt niet dat verzoekster enige kans had om in deze procedure als eerste te worden gerangschikt.

Beoordeling

22. Vooraf zij opgemerkt dat de kritiek van de tussenkomende partij voornamelijk refereert aan wat verzoekster over haar beweerd penibele financiële situatie had aangevoerd ter adstructie van de spoedeisendheid in de schorsingsprocedure, gericht tegen het ondertussen opgeheven erkenningsbesluit van 1 december 2017. Het belang om een beroep tot nietigverklaring in te stellen valt met de schorsingsvoorwaarde van de spoedeisendheid niet samen, daarenboven betrof het een andere zaak en een ander besluit.

23. Verzoekster, die kandidaat was voor het betrokken frequentiepakket, verwerft na een eventuele nietigverklaring opnieuw een kans om de erkenning in de wacht te slepen.

Die enkele vaststelling volstaat om het belang van verzoekster bij het beroep te staven, zonder dat moet worden gerekend op stukken die door de tussenkomende partij van valsheid zijn beschuldigd.

Daarmee is niet gezegd dat elk middel ontvankelijk is: een middel dat, zelfs al ware het gegrond, verzoekster nooit uitzicht geeft op de beste rangschikking, strekt haar niet tot voordeel en is niet ontvankelijk. Dit vereist evenwel een onderzoek van de afzonderlijke middelen en staat los van de ontvankelijkheid van het beroep. Hierbij moet wel reeds worden aangestipt dat tussen verzoekster en de tussenkomende partij een slechts uiterst miniem puntenverschil staat van 0,39/100.

De vraag of verzoekster al dan niet terecht “poneert dat zij de erkenning had moeten verkrijgen”, houdt slechts verband met de ontvankelijkheid van het beroep in de mate dat het gericht is tegen de impliciete weigering. Zoals

hiervóór reeds is opgemerkt, hangt de exceptie ook in die mate samen met de grond van de zaak.

Voor het overige is ze ongegrond.

VI. Onderzoek van het eerste middel

Uiteenzetting van het middel

24. Het eerste middel is geput uit de schending van de artikelen 145 en 146, § 1, van het decreet van 27 maart 2009 ‘betreffende radio-omroep en televisie’ (“mediadecreet”), gelezen in samenhang met artikel 7, lid 3, van richtlijn 2002/20/EG van het Europees Parlement en de Raad van 7 maart 2002 ‘betreffende de machtiging voor elektronische communicatienetwerken en -diensten’ (“machtigingsrichtlijn”), artikel 5 van het besluit van de Vlaamse regering van 21 april 2017 ‘houdende diverse uitvoeringsbepalingen over de netwerken lokale radio-omroeporganisaties en houdende wijziging van diverse besluiten over radio-omroep’ (“uitvoeringsbesluit”), van de formelemotiveringsplicht als bedoeld in de artikelen 2 en 3 van de wet van 29 juli 1991 ‘betreffende de uitdrukkelijke motivering van de bestuurshandelingen’ en van “het legaliteitsbeginsel, het rechtszekerheidsbeginsel, het vertrouwensbeginsel, het redelijkheidsbeginsel, het gelijkheidsbeginsel en het zorgvuldigheidsbeginsel als algemene beginselen van behoorlijk bestuur”.

Verzoekster argumenteert dat tijdens de erkenningsprocedure en nadat de betrokken radio-omroepen hun aanvraagdossier hadden ingediend aan de bij het mediadecreet en het uitvoeringsbesluit opgelegde aanvullende kwalificatiecriteria voor de lokale radio-omroeporganisaties “nog nieuwe subcriteria en subvragen (met een eigen specifieke weging)” werden toegevoegd die noch op voorhand bekendgemaakt werden, noch voorzienbaar waren. Die bijkomende (sub)criteria hebben een voor haar doorslaggevend nadelig verschil uitgemaakt in de beoordeling van de dossiers.

De drie aanvullende kwalificatiecriteria werden in artikel 146 van het mediadecreet opgenomen met de bedoeling de criteria voor lokale radio-omroeporganisaties – gelet op hun kleinschaligheid – zo beperkt mogelijk te houden door slechts rekening te houden met de essentiële kenmerken die een erkende lokale radio-omroep in zich moet hebben. Bij artikel 5 van het uitvoeringsbesluit wordt aan elk van deze drie aanvullende kwalificatiecriteria een weging toegekend en worden de criteria uitgebreid door middel van subcriteria die telkens ook een eigen weging krijgen per subcriterium.

Die aanvullende kwalificatiecriteria “zijn, of kennen minstens een zelfde finaliteit als gunningscriteria”. Een analogie met de principes en regels inzake overheidsopdrachten dringt zich dan ook op, zo stelt verzoekster. Vervolgens gaat zij dieper in op deze analogie, aan de hand van rechtspraak van de Raad van State en van het Europees Hof van Justitie en Europese richtlijnen betreffende het plaatsen van overheidsopdrachten.

Verzoekster stelt vast dat bij de beoordeling van de aanvraagdossiers een “bijkomende leidraad” is gebruikt die bijlage 1 bij het bestreden besluit vormt. Uit dit document blijkt dat er bij de beoordeling van de aanvraagdossiers een vragenlijst werd gehanteerd die de effectieve toetsing aan de aanvullende kwalificatiecriteria zou moeten mogelijk maken. In werkelijkheid worden er heel wat nieuwe subcriteria toegevoegd aan de beoordeling; subcriteria die geenszins voorafgaand aan het indienen van de aanvraagdossiers publiekelijk of aan verzoekster bekendgemaakt werden. Die subcriteria krijgen ook een eigen, vooraf niet bekendgemaakte weging.

Verzoekster geeft enkele voorbeelden:

- De verwerende partij heeft subvragen gesteld over “de credibiliteit en de aantoonbare publieke waarde”. Het is onbegrijpelijk dat hierbij naar de voorgeschiedenis wordt gekeken. Dit geeft een voorsprong aan reeds bestaande radio’s.
- Verzoekster verliest aangaande het gedetailleerd zendschema 0,25 punten omdat de dj een programmanaam is. De gekende kwalificatiecriteria vereisen slechts een

gedetailleerd zendschema. Het verlies van punten in de beoordeling omwille van de gekozen programmanamen mist alle relevantie, is onredelijk en was niet voorzien in de kwalificatiecriteria opgenomen in het mediadecreet en het uitvoeringsbesluit.

- Wat de band met de lokale gemeenschap betreft, wordt door subvragen van de aanvragers vereist dat zij concrete en recente bewijzen of voorbeelden zoals krantenartikelen, petities, interactie met de gemeenschap, aanwezigheid op activiteiten, enzomeer bijbrengen. Eveneens zou het al dan niet bijbrengen van “geloofsbrieven” van de lokale overheid uitdrukkelijk mee als criterium in rekening worden gebracht. Verzoekster krijgt slechts een score van 5,5 op 7. In de opmerkingen bij de score wordt het verlies van punten verklaard door “geen krantenartikels, geen petities” en “geen steunbrieven gemeentebestuur lokaliteit”. In de motivering bij het bestreden besluit wordt verzoekster uitdrukkelijk verweten geen kranten- of persartikels te hebben bijgebracht: “De band met de gemeenschap wordt gedeeltelijk aangetoond door recente en relevante bewijsstukken maar ontbreekt krantenartikels of persartikels”. Ook wordt opgemerkt dat er in haar aanvraagdossier “geen steun van de lokale overheid” werd opgenomen. Het moet duidelijk zijn dat het gebrek aan dergelijke documenten in het aanvraagdossier in het nadeel speelde voor verzoekster. In het uitvoeringsbesluit staat enkel vermeld dat de “band met de lokale gemeenschap als verbindende factor” moet worden aangetoond. De wijze waarop dit moet gebeuren, is niet geregeld. Uit de voorgelegde stukken blijkt de grote lokale verbondenheid. Indien de verwerende partij de “(sub)vragen” met hun weging en specifieke vereisten, tijdig en voorafgaand aan de erkenningsprocedures had bekendgemaakt, had verzoekster een dossier kunnen voorleggen waarin ook uitgebreide kranten- en persartikels waren opgenomen waarin haar band met de lokale gemeenschap wordt bevestigd. Verzoekster kon ook niet redelijkerwijs voorzien dat de verwerende partij maar een relatief lage (sub)weging zou geven aan het zendschema en aan het specifiek programma-aanbod, terwijl logischerwijs aangenomen mag worden dat dat net cruciale elementen zijn van het concept ‘programma-aanbod en zendschema’ waarmee het eerste criterium (55%) samenvalt en waarvoor verzoekster wél een uitvoerige uiteenzetting heeft gegeven in het aanvraagdossier. Daarenboven is het platform

voor het indienen van een erkenningsdossier, zijnde KIOSK, op generlei wijze voldoende aangepast om een erkenningsdossier in de zin van de bijkomende criteria in te dienen.

- Verzoekster stelt dat de lijst van subvragen over de diversiteit van de programma's niet bijdraagt tot een diversiteit in het radiolandschap. Bovendien volstaat volgens het uitvoeringsbesluit een louter divers aanbod. Zij krijgt een mindere beoordeling bij gebrek aan een programma rond lokale informatie, aan een hitlijstprogramma en aan een sportprogramma. Ondanks haar gevarieerd programma-aanbod, krijgt zij hierdoor in de beoordeling van haar aanvraag slechts 5 op 6. Er wordt haar een volledig punt onterecht ontzegd. Wat betreft "lokale info" krijgt zij slechts een score van 0,25 op 5 met als opmerking "lokale info te beperkt geduid: vnl cultuur en cultuuragenda in de toekomst, geen ander lokaal nieuwsprogramma". Dergelijke score voor de nu vereiste "hitlijsten" is des te meer onrechtmatig nu noch in de beoordeling, noch in de motivering rekening wordt gehouden met het feit dat verzoekster uitvoerig in het aanvraagdossier heeft verklaard waarom zij geen hitlijsten uitzendt. Zij krijgt hiervoor ten onrechte minpunten.

- Op de subvraag 'aandacht voor het verenigingsleven, sport, lokale handel, ...' scoort verzoekster 0 op 0,50 in de beoordeling met als opmerking "Algemene vermelding: waar we vooral toonaangevend willen zijn is in de lokale berichtgeving van...". Nog los van het feit dat verzoekster in haar aanvraagdossier wel degelijk een geheel topic heeft gewijd aan lokale handel en hoe met lokale handelaars intensief wordt samengewerkt, merkt zij ook hier op dat haar ten onrechte 0,5 punt niet werd toegekend op basis van een criterium dat geenszins voorafgaand aan de erkenningsprocedure voor de kandidaten bekend was.

- Wat het financieel plan betreft, waaronder de specificatie van de herkomst van de financiële middelen, merkt verzoekster op dat er ook nieuwe en bijkomende subcriteria worden gehanteerd. Het betreft de toetsing van de balansen aan de *benchmark* en het groeipad. De toetsing aan de *benchmark* is geenszins een vooraf bepaald criterium. Hetzelfde geldt voor wat het subcriterium van de verwachte groei betreft. Toch wordt het stagneren van het groeipad in de motivering van de

bestreden beslissing in bijlage 2 ten nadele van verzoekster in de overwegingen en score opgenomen.

- Wat de technische zendinfrastructuur betreft, merkt verzoekster op dat weerom nieuwe bijkomende criteria en toetsingsvragen zijn gehanteerd die onvoorzienbaar zijn.

In het bestreden besluit zijn geen motieven opgenomen die de noodzaak van de subcriteria en -vragen aantonen. Dit is een schending van de formelemotiveringsplicht.

Door in de loop van de erkenningsprocedure nog bijkomende criteria toe te voegen, schendt de verwerende partij het rechtszekerheids- en vertrouwensbeginsel. Deze werkwijze van de verwerende partij gaat ook lijnrecht in tegen de principes, verplichtingen en visie in de machtigingsrichtlijn. De verwerende partij miskent haar verplichting om, bij een eventuele wijziging aan de voorwaarden en procedures inzake het verlenen van radiofrequenties, dergelijke wijziging tijdig en op passende wijze ter kennis te brengen van alle belanghebbende partijen. De verwerende partij is als erkenningverlenende overheid tot transparantie verplicht en moet de nodige publiciteit geven aan de regels en voorschriften die voor de erkenningsprocedure gelden.

Voor de bijkomende nieuwe criteria is geen rechtsgrond voorhanden. Door evenwel de concrete toepassing van de artikelen 145 en 146, § 1, van het mediadecreet en vooral artikel 5 van het uitvoeringsbesluit zonder wettelijke grondslag bij de beoordeling van aanvraagdossiers uit te breiden, schendt de verwerende partij de voormelde bepalingen evenals het legaliteitsbeginsel.

Het is niet ondenkbaar dat deze aanvullende criteria en wegen werden toegevoegd in functie van welbepaalde aanvragers en dossiers, wat strijdig is met het gelijkheidsbeginsel.

Beoordeling

25. De formelemotiveringsplicht, zoals bedoeld in 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 formelemotiveringsplicht is geen sprake.

26. Wanneer de verlening van gebruiksrechten voor radiofrequenties moet worden beperkt, vergt artikel 7, lid 3, van de machtigingsrichtlijn dat de lidstaten deze rechten verlenen “op basis van objectieve, transparante, niet-discriminerende en evenredige selectiecriteria”.

Deze richtlijnbevestiging is door de Vlaamse Gemeenschap omgezet, wat de huidige zaak betreft, in het mediadecreet en het uitvoeringsbesluit.

27. Artikel 145 van het mediadecreet stelt een reeks basisvoorwaarden waaraan de lokale radio-omroeporganisaties moeten voldoen om erkend te worden en te blijven. Artikel 146, § 1, van het mediadecreet draagt de Vlaamse regering op om “aanvullende kwalificatiecriteria” vast te stellen voor de erkenning van de lokale radio-omroeporganisaties en aan elk van die criteria een weging toe te kennen. Die aanvullende kwalificatiecriteria moeten betrekking heb-

ben op 1° de concrete invulling van het programma-aanbod en het zendschema, 2° het financiële plan en 3° de technische (zend)infrastructuur.

28. Verzoekster bestrijdt niet dat de Vlaamse regering aan deze bepaling uitvoering heeft gegeven bij artikel 5 van het uitvoeringsbesluit.

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).”

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

In de mate dat het middel steunt op de premisse dat de regels en dienovereenkomstig de jurisprudentie inzake de overheidsopdrachten “naar analogie” van toepassing zijn, faalt het naar recht.

30. 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 een 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 zijn keuze steunen op rechtens aanvaardbare en op werkelijke feiten berustende motieven, die hij met de nodige zorgvuldigheid heeft vastgesteld en tegen elkaar heeft afgewogen en op grond waarvan hij in redelijkheid tot zijn eindoordeel vermocht te

komen. Hij moet alle kandidaten op gelijke wijze aan de opgelegde beoordelingsmaatstaf onderwerpen.

31. 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.

Gelet op het aantal dossiers dat voor de lokale radio-omroepen op een relatief korte termijn en gelijktijdig onderzocht en beoordeeld moet worden, heeft de verwerende partij blijkens die bijlage 1 de voorbereiding van haar beslissing als volgt toevertrouwd aan “dossierbehandelaars” en “controleurs”:

“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 te-

genover 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.”

Als leidraad bij hun onderzoek heeft de verwerende partij de dossierbehandelaars opgedragen om gebruik te maken van “bundels van vragen” bij elk criterium.

Zij gaat haar beoordelingsvrijheid niet te buiten, door de aanvragen aan elk van de aanvullende kwalificatiecriteria “inhoudelijk en kwalitatief te toetsen” door middel van zulke bundels van vraagstellingen, op voorwaarde dat die effectief met het bedoelde criterium in verband staan. Deze vragen helpen immers de dossierbehandelaars en controleurs om het onderzoek van de dossiers te structureren. 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 ligt echter bij verzoekster om aan te tonen dat die beoordelingselementen niet pertinent zijn of om een andere manier onregelmatig gekozen of toegepast of, erger nog, dat ze werden gemanipuleerd.

De loutere bewering van verzoekster dat “een bijkomende leidraad werd gebruikt” en er “[i]n werkelijkheid [...] heel wat nieuwe subcriteria toegevoegd [worden] aan de beoordeling; subcriteria die geenszins voorafgaand aan het indienen van de aanvraagdossiers publiekelijk of aan verzoekende partij bekendgemaakt werden” volstaat niet om de onwettigheid van het bestreden besluit aan te tonen.

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

32. Verzoekster heeft in de toelichting bij het middel welbepaalde kritiek geformuleerd op sommige vraagstellingen, die volgens haar betrekking hebben op nieuwe elementen die niet voorzienbaar waren en dus te kwalificeren zouden zijn als onwettige (sub)criteria. Die kritiek wordt hierna onderzocht.

33. Om dezelfde redenen als hiervóór uiteengezet over de beoordelingsmethode, behoort ook de werkwijze om tot de berekening van de scores te komen, 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 het uitvoeringsbesluit.

Zoals hiervóór gesteld, mag de verwerende partij 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, wordt gerespecteerd.

Anders dan verzoekster betoogt, volstaat het loutere feit dat de verwerende partij wegingscoëfficiënten toepast dan ook niet om de schending van de aangevoerde bepalingen en beginselen aan te tonen. Ook op dit punt ligt 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. Wat zij daartoe in het verzoekschrift concreet aanvoert, wordt eveneens hierna onderzocht.

34. Noch het mediadecreet, noch het uitvoeringsbesluit verplicht de overheid ten slotte ertoe om haar beoordelingsmethode, met inbegrip van de werkwijze om de scores aldus te berekenen, vooraf te preciseren of bekend te maken.

In de voorliggende zaak kan niet worden betwist dat eenieder die belangstelling heeft voor de licentie kan kandideren, dat zijn voorstel op een objectieve wijze wordt vergeleken met dat van de andere kandidaten en dat wordt medegedeeld waarom het voorstel van een andere kandidaat wordt gekozen.

Voorts moet worden vastgesteld dat ter uitvoering van het mediadecreet bij besluit van de Vlaamse regering – het uitvoeringsbesluit – de selectiecriteria (“aanvullende kwalificatiecriteria”) en hun relatieve belang (de weging) zijn vastgesteld, dat de mogelijkheid om zich vóór een bepaalde datum kandidaat te stellen bekendgemaakt is in het Belgisch Staatsblad en dat aanvullende informatie en een handleiding te vinden was op de website van de verwerende partij.

Vervolgens moet worden vastgesteld dat de toewijzing formeel is gemotiveerd op grond van een inhoudelijke toets aan de voormelde criteria en dat ze is meegedeeld aan de begunstigde en aan alle andere kandidaten.

Elke benadeelde partij vermag ten slotte een beroep in te stellen bij de Raad van State die op zijn beurt, desgevraagd, kan beoordelen of de toe-

wijzing is gedaan overeenkomstig het recht – inzonderheid door erop toe te zien dat de beginselen van gelijke behandeling en non-discriminatie zijn nageleefd – en die in het kader van die beoordeling de onpartijdigheid van de gevolgde toewijzingsprocedure kan toetsen. Een teleurgestelde kandidaat is inzonderheid in de gelegenheid om aan te tonen dat de “subcriteria” niet in te passen zijn onder één van de criteria in het reglementair vastgelegd kader, of dat de toepassing van de criteria niet op gelijke wijze is gebeurd dan wel op een wijze die partijdigheid of een discriminerende werking aantoont.

Verzoekster is in staat de pertinentie van de gekozen criteria aan de rechter voor te leggen evenals de concrete toepassing ervan op de ingediende dossiers. Zij kan aanvoeren en de Raad ter beoordeling voorleggen 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 gestoofd aanvraagdossier en een eerlijke en geloofwaardige competitie onmogelijk maken. Haar kritiek wordt hierna beoordeeld.

Alles samen genomen voldoet de geschetste werkwijze naar het oordeel van de Raad van State aan de passende mate van openbaarheid die de transparantieplichting in de machtigingsrichtlijn aan de verwerende partij oplegt bij het verlenen van gebruiksrechten voor radiofrequenties.

35. Zo blijft nog de punctuele kritiek van verzoekster te onderzoeken.

36.1. Bij de beoordeling van het *format*, namelijk ‘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 als meerwaarde voor de samenleving’ (artikel 5, eerste lid, a), 2), van het uitvoeringsbesluit) luidt een vraag “is er een voorgeschiedenis beschreven?”, wat volgens verzoekster indruist tegen de “eerlijke kans” voor jonge of nieuwe zenders.

36.2. Verzoekster kon in het auditorsverslag lezen dat haar kritiek niet overtuigt. In haar laatste memorie weerspreekt zij niet de bevindingen die het auditoraat tot deze conclusie leiden. Na eigen onderzoek sluit de Raad er zich bij aan.

In de eerste plaats rijst de vraag naar het belang van verzoekster om hierop kritiek te geven, aangezien zij een bestaande zender was op het ogenblik van haar aanvraag, dit ook is erkend in de motivering van het bestreden besluit en zij blijkens de beoordelingsfiche 5/5 punten kreeg voor ‘credibiliteit en publieke waarde’, waar deze vraag onder valt. Voorts houdt de vraagstelling verband met het bedoelde criterium van credibiliteit en aantoonbare publieke waarde. De vraag naar de voorgeschiedenis toetst immers ook de geloofwaardigheid van het project. Indien blijkt dat het concept reeds met succes is toegepast, komt het vanzelfsprekend als geloofwaardig over. Dit criterium biedt overigens niet noodzakelijkerwijze een voorsprong aan bestaande radio's. Het kan zijn dat het concept buiten de context van radio is toegepast of dat bestaande radio's het voorgestelde concept niet legitimeren. Deze vraag komt bijgevolg niet als willekeurig voor. Ten slotte mag de verwerende partij oog hebben voor de voordelen voor de gebruikers. Het is niet onredelijk om rekening te houden met het feit dat een bestaande radiozender een luisterpubliek heeft opgebouwd en een bepaald concept heeft gevestigd dat zijn “aantoonbare waarde” heeft bewezen. Overigens toont verzoekster niet aan dat er een buitenmatig gewicht aan gegeven is, waardoor het een onoverkomelijk obstakel zou vormen voor nieuwe of jonge radio's – nogmaals, daargelaten de vraag of verzoekster als bestaande radiozender wel belang heeft bij die kritiek.

37.1. Het gedetailleerd zendschema behoort onder artikel 5, eerste lid, 1°, a), 3), van het uitvoeringsbesluit tot het subcriterium ‘format’. Verzoekster neemt op de korrel dat zij 0,25 punt zou verliezen ingevolge haar keuze van programmanamen.

37.2. Verzoekster kon in het auditoraatsverslag lezen dat haar kritiek niet overtuigt. In haar laatste memorie weerspreekt zij niet de bevindingen die het auditoraat tot deze conclusie leiden. Na eigen onderzoek sluit de Raad er zich bij aan.

De vraag naar de programmanaam past alvast binnen het criterium van het gedetailleerd zendschema. Deze vraag komt bijgevolg niet als willekeurig voor. Het kwart van een punt wordt afgetrokken omdat de dj de programmanaam is. Verzoekster geeft aan dat zij samenwerkt met vijftig nationale en internationale dj's en zij ervoor kiest om de programmanaam met de dj te laten samenvallen om zo de dj meer naambekendheid te geven. Verzoekster mag het oneens zijn met deze puntenaftrek, maar dit weerlegt niet dat de verwerende partij het ook anders mocht zien en binnen haar beoordelingsvrijheid deze werkwijze, om bekendheid te geven aan dj's en niet om zo duidelijk mogelijk te programmeren, in die mate als onduidelijk mocht bestempelen dat zij er een kwart punt voor aftrok.

38.1. De volgende kritiek van verzoekster betreft de beoordeling van de band met de lokale gemeenschap als verbindende factor (artikel 5, eerste lid, a), 4), van het uitvoeringsbesluit). Het grieft verzoekster dat bij de beoordeling gekeken wordt naar "concrete en recente bewijzen of voorbeelden zoals krantenartikelen, petities, interactie met de gemeenschap, aanwezigheid op activiteiten" en naar "geloofsbrieven van de lokale gemeenschap".

38.2. Ook deze kritiek kan niet overtuigen.

Om de band met de lokale gemeenschap te beoordelen, hanteert de verwerende partij de volgende vraagstellingen:

- "4. Is er een band met de lokale gemeenschap als verbindende factor (4 vragen): /7
- Zijn er concrete bewijzen/voorbeelden (krantenartikelen, petities, interactie met de gemeenschap, aanwezigheid op activiteiten) die de band met de gemeenschap ondersteunen?

- Zijn er ‘geloofsbrieven’ aanwezig (van gemeentebestuur, lokale verenigingen, particulieren,...)?
- Zijn de opgeladen bijlages en beschrijvingen relevant en consistent met het beschreven concept en de maatschappelijke doelstellingen?
- Zijn de relevante opgeladen bijlages recent?”

Opnieuw kan de relevantie van deze vraagstellingen bezwaarlijk worden betwist: gepeild wordt naar de bewijzen van de lokale band, de relevantie ervan tegenover het ingediende concept en de actualiteit van de bewijsstukken.

Bovendien wijst de eerste en de tweede vraagstelling uit dat het onderzoek in twee richtingen wordt gevoerd. De eerste vraagstelling onderzoekt wat de radio-omroep zelf onderneemt of stelt te ondernemen om een band met de lokale gemeenschap op te bouwen. Dat hiervoor bewijzen worden gevraagd mag niet als verrassend overkomen. Die bewijzen kunnen volgens de beoordelingsfiche zijn: “Krantenartikels / Petitie / interactie met de gemeenschap / Aanwezigheid op activiteiten (relevant aan het doel)”. Die opsomming toont aan dat de aanvrager een zeer ruime marge wordt gelaten om de band aan te tonen. Vervolgens wordt met de tweede vraagstelling gepeild naar de wijze waarop die initiatieven van de aanvrager gepercipieerd zijn door de lokale gemeenschap zelf, met andere woorden of ze effect hebben. Dit kan, aldus de beoordelingsfiche, met “‘Geloofsbrieven’ aanwezig?: steun gemeentebestuur, verenigingen, steunmails en brieven van particulieren etc?”. Het woord ‘geloofsbrieven’ staat hier en in de bijlage 2 telkens tussen aanhalingstekens, wat erop wijst dat het in een overdrachtelijke betekenis wordt gebruikt en niet zoals een plechtige oorkonde. Die “geloofsbrieven” hoeven ook niet *per se* uit te gaan van het gemeentebestuur: ook steunbrieven van verenigingen of zelfs particulieren komen in aanmerking. De opsomming is bovendien niet limitatief (drie puntjes bij de vraagstelling in de bijlage, “etc.” op de beoordelingsfiche).

Verzoekster krijgt 2/2 voor de geloofwaardigheid van haar “verhaal” en de consistentie van de bijgebrachte stukken en zij krijgt 2/2 omdat die stukken recent zijn. Zij verliest wel 1 punt voor de bewijsvoering van haar

lokale band en 0,5 punt voor de “geloofsbrieven”. Op de beoordelingsfiche wordt genoteerd dat verzoekster uitzendingen verzorgt vanuit clubs, *events* en festivals en ook de samenwerking met Opera Ballet Vlaanderen, de Zoo Antwerpen en de Koningin Elisabethzaal blijft niet onvermeld. Wat verzoekster in het inleidend verzoekschrift als verdiensten opsomt, is dus bij de beoordeling effectief erkend en gewaardeerd. Verzoekster toont echter niet aan dat de verwerende partij haar beoordelingsvrijheid te buiten gaat door enerzijds die elementen te waarderen, maar anderzijds toch ook in min te brengen dat ze onvoldoende zijn om de volledige puntenscore te krijgen en te motiveren dat de band met de lokale gemeenschap slechts gedeeltelijk wordt aangetoond door recente en relevante bewijsstukken. In vergelijking met wat over het dossier van verzoekster is genoteerd, leert de beoordelingsfiche van de tussenkomenende partij dat deze krantenartikels, een mail-petitie, interactie, ledenlijsten met 4000 leden opneemt en steun krijgt van de havenschepen en van “BV’s”, dat zij culturele verbondenheid aantoont, dansmiddagen in de zorgsector organiseert en dat de band met Antwerpen in die mate “overduidelijk” is dat er zelfs een theaterstuk werd gewijd aan de radio. Over de tussenkomenende partij mocht de verwerende partij dan ook in redelijkheid besluiten dat haar band met de lokale gemeenschap “omstandig aangetoond” is “door verscheidene recente en relevante bewijsstukken”. Verzoekster toont niet aan dat zij bij haar aanvraagdossier voldoende diverse bewijsstukken heeft gevoegd die op een even grote lokale verbondenheid wijzen om met de tussenkomenende partij te kunnen wedijveren.

De opmerkingen van verzoekster over het platform Kiosk doet niet anders besluiten. De andere aanvragers waren blijkbaar wel in staat een meer volledig dossier aan de verwerende partij te bezorgen via dit platform.

39.1. Verzoekster betoogt dat de weging die gegeven is aan het zend-schema niet voorzienbaar was.

39.2. Het zendschema is één van de drie gegevens die samen het *format* van de radio-omroeporganisatie bepalen en die samen een weging krijgen van 20% (artikel 5, tweede lid, 1°, van het uitvoeringsbesluit).

Bijlage 1 bij het bestreden besluit leert dat het onderdeel ‘format’ totaal op twintig punten staat, waarvan drie punten te behalen voor het zendschema en vijf punten voor de omschrijving van het programma-aanbod, vijf punten voor de credibiliteit en de aantoonbare publieke waarde en zeven punten voor de band met de lokale gemeenschap.

Verzoekster toont niet aan dat deze verhouding in de puntenverdeling onredelijk is. De opdracht van de zender “binnen het verzorgingsgebied een verbindende factor te zijn onder de bevolking of de doelgroep op basis van een specifiek profiel, een thematische invulling van het programma-aanbod of een specifiek doelgroepengericht programma-aanbod” (artikel 144, eerste lid, van het mediadecreet) is een wezenlijk element van de aanvraag die in artikel 145 van het mediadecreet op hetzelfde niveau als de basisvoorwaarden staat en een fundamentele erkenningsvoorwaarde vormt, die niet zomaar te herleiden is tot een toetsing aan de aanvullende kwalificatiecriteria. Het komt bijgevolg niet als onredelijk voor, als de verwerende partij voor het beoordelen van het criterium ‘format’ meer belang hecht aan de band met de lokale gemeenschap, dan aan de concrete uitzendingen en de programmanamen of de vermelding van de presentatoren in het zendschema. De genoemde verhouding in de puntenverdeling 5/5/3/7 is in dat opzicht niet onredelijk noch onvoorzienbaar.

40.1. Artikel 5, eerste lid, 1°, b), van het uitvoeringsbesluit noemt als aanvullend kwalificatiecriterium ‘de inhoud, de mix en de diversiteit van de programma’s’. Verzoekster heeft hierbij kritiek op het element ‘diversiteit’ en de wijze waarop dit is beoordeeld.

40.2. Verzoekster kon in het auditorsverslag lezen dat haar kritiek niet overtuigt. In haar laatste memorie weerspreekt zij niet de bevindingen die het

auditoraat tot deze conclusie leiden. Na eigen onderzoek sluit de Raad er zich bij aan.

De vragen in bijlage 1 over diversiteit houden hiermee duidelijk verband:

“Diversiteit (9 vragen): /6

Diversiteit heeft betrekking op de variatie tussen de verschillende soorten programma's, zoals interviewprogramma's, muziekprogramma's, top xxx programma's, liveprogramma's en dergelijke meer.

- Hebben de programma's een uitgesproken identiteit ten aanzien van mekaar?
- Is er een muziekprogramma?
- Is er een actua/politiek programma?
- Is er een lokale info programma?
- Is er een hitlijst of top 'xxx' programma?
- Is er een programma rond cultuur/kunst/wetenschap/educatie?
- Is er een sportprogramma/sportverslaggeving?
- Wordt er gebruik gemaakt van verschillende journalistieke vormen?
- Is er binnen de programma's zelf duidelijke afwisseling in de vorm?"

Verzoekster stelt dat deze lijst niet bijdraagt tot diversiteit in het radiolandschap, maar zij zet dit niet nader uiteen in het verzoekschrift. Anders dan hoe zij het ziet, toetst dit criterium niet de “diversiteit in het radiolandschap”, maar wel van de programma's zoals vereist door artikel 5, 1°, b), van het uitvoeringsbesluit. In het Verslag aan de leden van de Vlaamse regering, dat samen met het uitvoeringsbesluit in het Belgisch Staatsblad is bekendgemaakt, wordt gepreciseerd:

“de inhoud van de programma's sluit aan bij het concept en beschrijft waar de programma's over gaan. Via de mix dient aangetoond te worden dat er op regelmatige tijdstippen andere programma's worden gebracht en de diversiteit heeft betrekking op de variatie tussen de verschillende soorten programma's, zoals interviewprogramma's, muziekprogramma's, 'top xxx' programma's, liveprogramma's en dergelijke meer.”

Verzoekster kan niet geloofwaardig stellen dat die invulling haar nu verrast. Zij mag het ermee oneens zijn, maar hiermee toont zij niet de onwettigheid van deze beleidskeuze aan, noch dat haar “onwettig” in totaal

één punt is ontzegd wegens een te beperkte programmatie rond lokale informatie (-0,25) en het ontbreken van een hitlijstprogramma (-0,25) en een sportprogramma of aandacht voor sport in de vaste items (-0,50).

Gelet op het ruime karakter van de lijst en van de categorieën kan overigens niet worden aangenomen dat niet geïnnoveerd kan worden.

41. Over de kritiek van verzoekster bij de beoordeling van de voorgenomen verslaggeving van evenementen, van haar financiële plan en de technische (zend)infrastructuur kon zij in het auditorsverslag de volgende vaststellingen lezen:

“7.5. Artikel 5, eerste lid, 1°, c), 3), van het [uitvoeringsbesluit] legt het volgende aanvullende kwalificatiecriterium vast: ‘de voorgenomen verslaggeving van sociale en culturele evenementen binnen het verzorgingsgebied’. In Bijlage 1 wordt o.m. de volgende vraag gesteld: ‘Is er aandacht voor het verenigingsleven, sport, lokale handel, ...?’

De verzoekende partij bekritiseert niet de voorzienbaarheid van deze ‘subvraag’, noch de band met het aanvullende kwalificatiecriterium zoals blijkt uit het [uitvoeringsbesluit]. Wel stelt zij dat zij hiervoor 0,5 punten in plaats van 0 punten moet krijgen. Evenwel komt het niet aan de Raad van State als wettigheidsrechter toe om in plaats van het bestuur over de aanvraag van de verzoekende partij te oordelen. Deze kritiek kan dan ook niet in aanmerking worden genomen.

7.6. Artikel 5, eerste lid, 2°, a), van het [uitvoeringsbesluit] legt de volgende aanvullende kwalificatiecriteria vast: ‘a) een geprojecteerde balans van de twee eerstvolgende exploitatiejaren’. De vragen in Bijlage 1 over Geprojecteerde balansen houden hiermee duidelijk verband:

- Zijn er 2 geprojecteerde balansen van de twee eerstvolgende exploitatiejaren aanwezig?
- Zijn de 2 geprojecteerde balansen in evenwicht (actief = passief)?
- Zijn de cijfers in de geprojecteerde balansen consequent met de andere aspecten van het financiële plan?
- Zijn de berekende ratio’s in de 2 geprojecteerde balansen berekenbaar en:
 - o Liquiditeit positief en solvabiliteit hoger dan de benchmark?
 - o Liquiditeit negatief en solvabiliteit lager dan de benchmark?
 - o Liquiditeit positief en solvabiliteit lager dan de benchmark?
 - o Liquiditeit negatief en solvabiliteit lager dan de benchmark?
- Is het groeipad in de 2 geprojecteerde balansen:
 - o Liquiditeit positief en solvabiliteit hoger dan de benchmark?

- o Positief? (de meerderheid van de ratio's verbeteren over de jaren heen)?
- o Gelijkblijvend? (ratio's stagneren geen evolutie in een bepaalde richting)"
- o Negatief? (de meerderheid van de ratio's verslechteren over de jaren heen)'

De volgende Benchmark wordt gehanteerd: 'Benchmark via NBB voor sector DE9603: radio televisie video en film gerelateerde activiteiten = 42,77% (lokaal)'.

Volgens de verzoekende partij diende de benchmark alsook het groeipad op voorhand kenbaar te worden gemaakt. Evenwel stelt zij nergens welke invloed deze informatie op de geprojecteerde balansen zou hebben. Een balans dient immers enkel te worden opgesteld op basis van de prognoses van de kandidaten en is niet afhankelijk van de benchmark. Daarenboven is bij voorbaat duidelijk dat hoe beter de liquiditeits- en solvabiliteitsratio's zijn, hoe groter de kans op een betere beoordeling.

7.7. Artikel 5, 3°, van het [uitvoeringsbesluit] legt het volgende aanvullende kwalificatiecriterium vast: '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 de technische investeringen'. De verzoekende partij stelt dat de verwerende partij voor het derde criterium nieuwe bijkomende criteria en toetsingsvragen in het leven heeft geroepen. De verzoekende partij werkt dit evenwel niet uit in het middel waardoor het niet in aanmerking kan worden genomen."

Verzoekster weerspreekt deze vaststellingen niet in haar laatste memorie. Ook de Raad ziet daartoe na eigen onderzoek geen reden en hij kan de aangehaalde vaststellingen in het auditoraatsverslag bijvallen.

42. Uit wat voorafgaat volgt dat het eerste middel, voor zover ontvankelijk, niet gegrond is.

VII. Aanvullend onderzoek

43. Het auditoraat heeft overeenkomstig artikel 24, tweede lid, RvS-Wet zijn verslag beperkt tot het middel dat de oplossing van het geschil moet mogelijk maken.

Gebleken is, evenwel, dat het onderzoek van het eerste middel tot de verwerping ervan heeft geleid, zodat een aanvullend onderzoek geboden is.

Hierbij zal rekening moeten worden gehouden met de mogelijke weerslag van de valsheidsprocedure. In het belang van een goede rechtsbedeling kunnen evenwel reeds die middelen worden onderzocht waarvoor de van valsheid betichte stukken niet van wezenlijk belang zijn, zoals de Raad reeds heeft geoordeeld in zijn arrest nr. 42.367 van 19 maart 1993. In ieder geval wordt het auditoraat gelast met het onderzoek van de vraag, die desnoods ambtshalve moet worden onderzocht, of de minister op 5 april 2019 nog bevoegd was om een nieuwe beslissing te nemen, gelet op artikel 13, tweede lid, van het uitvoeringsbesluit.

BESLISSING

1. De Raad van State heropent het debat.

2. Het door de auditeur-generaal aangewezen lid van het auditoraat wordt gelast een aanvullend verslag op te stellen.

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