

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

IXe KAMER

A R R E S T

**nr. 249.985 van 5 maart 2021
in de zaak A. 228.357/IX-9576**

In zake: de VZW NIET OPENBARE RADIO CONTACT
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

Tussenkomen partij:

de NV TOPRADIO
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Christiaan Lesaffer
kantoor houdend te 2000 Antwerpen
Meir 22-24 bus 2
bij wie woonplaats wordt gekozen

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 intrekking van de erkenning van nv CFM, voor frequentiepakket netwerkradio-omroeporganisatie 3 – ander profiel 1 en houdende de erkenning van nv Topradio voor frequentiepakket netwerkradio-omroeporganisatie 3 – ander profiel 1’.

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 nv Topradio heeft een verzoekschrift tot tussenkomst ingediend. De tussenkomst is toegestaan bij beschikking van 22 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 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 Christiaan Lesaffer, 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 netwerkradio-omroeporganisatie of als lokale radio-omroeporganisatie.

3.3. Bij besluit van 15 september 2017 verleent de Vlaamse minister, bevoegd voor de media, aan de nv CFM een erkenning als netwerkradio-omroeporganisatie voor frequentiepakket netwerkradio-omroeporganisatie 3 – ander profiel 1.

Verzoekster was ook kandidaat voor deze erkenning. In totaal meldden zich vijf kandidaten voor dit frequentiepakket. Hun rangschikking, zo leert bijlage 2 bij het erkenningsbesluit, is de volgende:

- nv C FM (Hit!)	94,81/100
- nv Topradio	93,50/100
- verzoekster	87,84/100
- vierde kandidaat	81,04/100
- vijfde kandidaat	78,15/100.

Bij arrest nr. 240.783 van 22 februari 2018 wordt dit ministerieel besluit op vordering van de nv Topradio in zijn tenuitvoerlegging geschorst door de Raad van State.

3.4. Op 9 maart 2018 beslist de Vlaamse minister, bevoegd voor de media, om het geschorste erkenningsbesluit van 15 september 2017 in te trekken (artikel 1 van het besluit) en hij erkent de nv Topradio voor frequentiepakket netwerkradio-omroeporganisatie 3 – ander profiel 1 (artikel 2 van het besluit).

3.5. 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.

3.5. Bij besluit van 5 april 2019 wordt het voormeld ministerieel besluit van 9 maart 2018 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”.

Het beroep tot nietigverklaring van hetzelfde besluit, ingesteld door huidig verzoekster, wordt verworpen bij arrest nr. 244.808 van 17 juni 2019.

Bij arrest nr. 244.907 van 20 juni 2019 vernietigt de Raad van State evenwel, op vordering van de nv C FM, artikel 2 van het ministerieel erkenningsbesluit van 9 maart 2018 of, met andere woorden, de beslissing tot erkenning van de nv Topradio.

3.6. Bij een ander ministerieel besluit van 5 april 2019 wordt het ministerieel besluit van 15 “december” 2017 (lees: september) andermaal inge-

trokken en wordt de nv Topradio opnieuw erkend als netwerkradio-omroeporganisatie voor frequentiepakket netwerkradio-omroeporganisatie 3 – ander profiel 1.

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

“Overwegende dat het [frequentiebesluit] 2019 onder meer de frequentiegegevens uit het [frequentiebesluit] 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 [frequentiebesluit] 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 [frequentiebesluit] 2017 bij het arrest nr. 242.804 van 25 oktober 2018 vreemd is aan het kandidaatdossier van de radio-omroeporganisatie die een erkenning bekomen heeft;

Overwegende dat het besluit van 9 maart 2018 houdende de erkenning als netwerkradio-omroeporganisatie van nv Topradio bij besluit van 5 april 2019 is opgeheven;

Overwegende dat het motief voor deze opheffing vreemd is aan de vergelijking van de kandidaatsdossiers; dat de frequentiegegevens hier niet zijn gewijzigd; dat het nieuwe frequentiebesluit op geen enkele wijze zou impliceren dat kandidaatsdossiers enig ander en nieuw element zou moeten bevatten; overwegende dat bijgevolg opnieuw geoordeeld kan worden krachtens de vergelijking van de kandidaatdossiers die is doorgevoerd onder de vigore van het vernietigde frequentiebesluit, maar in dit specifieke geval met dien verstande dat, op basis van het hierboven gestelde, Topradio – op basis van een ontvankelijk dossier – als eerste wordt geklasseerd.”

IV. Nadere omschrijving van het voorwerp van het beroep

4. De verwerende partij werpt op dat de formulering in het inleidend verzoekschrift te wensen laat om te achterhalen of verzoekster naast de nietigverklaring van het ministerieel besluit van 5 april 2019 ook bijkomend en uitdrukkelijk de nietigverklaring vordert van de uit dat besluit impliciet blijkende weigering om het voordeel van de erkenning aan verzoekster te verlenen. Volgens de verwerende partij is die bijkomende vordering onontvankelijk.

5. In het auditoraatsverslag komt het auditoraat tot de bevinding dat noch uit het verzoekschrift, noch uit de memorie van wederantwoord blijkt dat verzoekster aanstuurt op een bijkomende vernietiging van de impliciete weigeringsbeslissing.

Dit wordt door verzoekster in haar laatste memorie niet weersproken.

6. Aldus is enkel het ministerieel besluit voorwerp van huidig beroep en is de exceptie van de verwerende partij die uitgaat van het tegendeel niet dienstig.

V. Ontvankelijkheid van het beroep

a. Intrekking van de erkenning van C FM

Exceptie

7. Verzoekster rekent het gehele ministerieel besluit van 5 april 2019 tot voorwerp van het beroep.

De verwerende partij werpt op dat de erkenning van C FM hoe dan ook uit de rechtsorde is verdwenen. Zij verwijst naar 's Raads arresten nr. 244.907 van 20 juni 2019 en nr. 244.928 van 24 juni 2019.

Voor zover artikel 1 wordt betwist, is het beroep volgens de verwerende partij niet ontvankelijk.

Beoordeling

8. Het aangevochten besluit van 5 april 2019 omvat twee artikelen: bij artikel 1 wordt het *sub* 3.3 vermeld erkenningsbesluit van 15 september 2017 (erkenning van de nv C FM) ingetrokken en bij artikel 2 krijgt de nv Topradio de erkenning voor het in geding zijnde frequentiepakket.

In zijn arrest nr. 244.928 van 24 juni 2019 oordeelde de Raad als volgt over die intrekking:

“Het erkenningsbesluit van 15 september 2017 is ingetrokken bij artikel 1 van het ministerieel besluit van 9 maart 2018. Ingevolge de verwerping van het tegen die intrekkingsbeslissing door de nv C FM ingestelde beroep, is die intrekking definitief geworden.

De intrekking is een bepaling met een eenmalige uitwerking. Van zodra die intrekking in werking is getreden heeft zij met andere woorden haar uitwerking gehad. Dat het ministerieel besluit van 9 maart 2018 naderhand is opgeheven bij ministerieel besluit van 5 april 2019, doet die intrekking dus niet herleven. Dat een ander ministerieel besluit van 5 april 2019 opnieuw tot intrekking beslist, is een loze handeling aangezien – de hypothese van een in deze zaak niet bestaande intrekking van de intrekking daargelaten – wat ingetrokken is, ingetrokken blijft en niet meer opnieuw ingetrokken hoeft te worden.”

De Raad blijft ook voor de huidige zaak bij deze analyse.

9. Het beroep tegen een loze handeling kan geen enkel voordeel opleveren en is onontvankelijk.

De exceptie is gegrond.

b. Vroeger stilzitten van verzoekster

Exceptie

10. Het is de verwerende partij een raadsel waarom verzoekster thans voor zichzelf een belang weggelegd ziet, waar zij geen beroep heeft ingesteld tegen het oorspronkelijke erkenningsbesluit van 15 september 2017.

Ook de tussenkomen partij werpt op dat verzoekster niet in beroep ging tegen de initiële erkenning van C FM, waarmee zij toen minstens impliciet aangaf geen interesse meer te hebben in de erkenning op basis van de in 2017 ingediende dossiers.

Beoordeling

11. Verzoekster heeft inderdaad niet de erkenning van C FM van 15 september 2017 aangevochten. Dit verhindert niet dat zij, nadat dit erkenningsbesluit is ingetrokken, het nieuwe erkenningsbesluit mag aanvechten. Hierover anders oordelen, zou een al te restrictieve interpretatie van het belangvereiste inhouden. Overigens is de erkenning thans niet aan de eerst gerangschikte kandidaat gegeven, maar aan de tweede, wat al voldoende kan verklaren waarom verzoekster thans anders aankijkt tegen de opportuniteit om de erkenning aan te vechten.

De exceptie wordt verworpen.

c. Wettig belang

Exceptie

12. De tussenkomen partij betwist het wettig belang van verzoekster. Een deel van het aanvraagdossier van verzoekster voor de hier bestre-

den erkenning werd, naar haar eigen zeggen, ook (deels) gebruikt voor de aanvraag door een met haar verbonden rechtspersoon, gcv Radioworks, voor een erkenning als lokale radio-omroep voor frequentiepakket 11. In het bijzonder gaat het om de technische installatie van de studio en de zendinstallatie/locatie in Antwerpen. Dat theoretisch de kans bestaat dat Radioworks alsnog de erkenning verwerft voor het lokaal frequentiepakket 11 in Antwerpen, maakt dat verzoekster geen belang (meer) heeft bij haar beroep tegen de erkenning van de tussenkomen- de partij. Zij is daardoor immers niet zeker dat zij haar aanvraagdossier als netwerkradio-omroeporganisatie nog kan realiseren omdat de zendlocatie maar één keer gebruikt kan worden. Haar belang is daardoor minstens voorwaardelijk en hypothetisch, wat onvoldoende is. Het belang van verzoekster is wettig noch zeker. In strijd met artikel 145 van het decreet van 27 maart 2009 ‘betreffende radio-omroep en televisie’ (“mediadecreet”) blijkt dat er (rechtstreekse) bindingen zijn tussen verzoekster en Radioworks, minstens al omwille van de uitwisseling van technische installaties en één zendlocatie. Uit haar verzoekschrift blijkt bovendien dat verzoekster zelf erkent dat er tussen deze rechtspersonen bindingen bestaan rond “Radio FG”. Indien het beroep van verzoekster wordt ingewilligd en haar een erkenning als netwerkradio-omroeporganisatie wordt verleend, zou dat ertoe leiden dat, indien het beroep van Radioworks eveneens wordt ingewilligd, wat theoretisch kan, en zij een erkenning als lokale radio verwerft, deze laatste zich in een situatie van manifeste schending van artikel 145 van het mediadecreet zou bevinden.

13. In haar laatste memorie herhaalt de tussenkomen- de partij dat tussen verzoekster en Radioworks verboden verbindingen bestaan. In dat geval “kan gcv Radioworks niet erkend worden als lokale radio-omroep zonder schending van artikel 145, 2°, a), van het mediadecreet wanneer tegelijk ook verzoe- kende partij erkend wordt als netwerkradio-omroeporganisatie”. Zij stelt dat arti- kel 13 van het besluit van de Vlaamse regering van 21 april 2017 ‘houdende di- verse uitvoeringsbepalingen over de netwerken lokale radio-omroeporganisaties en houdende wijziging van diverse besluiten over radio-omroep’ (“uitvoeringsbe-

sluit”) hieraan geen afbreuk doet omdat het onwettig is en buiten toepassing moet worden gelaten.

Beoordeling

14. Op dit ogenblik is de uiteenzetting van de tussenkomende partij louter hypothetisch. Er zijn immers geen erkenningen verleend die met elkaar in conflict komen: noch verzoekster, noch de gcv Radioworks hebben een erkenning gekregen.

Dat de gcv Radioworks “zich in een situatie van manifeste schending van artikel 145 van het mediadecreet zou bevinden” is bovendien een opmerking die vreemd is aan het voorliggende beroep, dat uitgaat van een andere rechtspersoon. Artikel 145 van het mediadecreet is niet van toepassing op netwerkradio-omroeporganisaties, maar betreft de erkenningsvoorwaarden van de lokale radio-omroeporganisaties.

15. De wettigheid, al dan niet, van artikel 13, derde lid, van het uitvoeringsbesluit is bijgevolg niet ter zake.

16. De exceptie wordt verworpen.

d. Actueel en persoonlijk belang

Exceptie

17. De tussenkomende partij werpt op dat verzoekster pas derde eindigde met een vrij groot puntenverschil. Op zich ontnemt dit haar niet het theoretische belang dat zij kan hebben bij haar beroep. Wel dient zij concreet aan te tonen dat zij aan de hand van de ingediende aanvraag zelf voor erkenning in aanmerking komt, wat betekent dat zij middelen moet aanvoeren met betrekking tot de inhoudelijke beoordeling van de aanvraag van de tussenkomende partij,

wat zij nalaat te doen. Zij dient ook aan te tonen dat haar belang actueel en reëel is en niet louter speculatief. Verzoekster maakt niet aannemelijk dat een nieuwe erkenningsronde moet volgen, indien het bestreden besluit vernietigd wordt. In de hypothese van een nieuwe erkenningsprocedure zou Topradio opnieuw zijn kandidatuur indienen op basis van hetzelfde dossier dat vandaag overigens integraal gerealiseerd wordt, nu het op antenne is sinds de lente van 2018. Er zou dan geen enkele reden of aanleiding voor de verwerende partij zijn om dan een lagere score te geven aan Topradio. Verzoekster zou nog altijd achter de tussenkomende partij gerangschikt worden, nu zij niet aanvoert noch aannemelijk maakt dat zij een totaal ander project zou voorstellen.

Beoordeling

18. Zoals de tussenkomende partij terecht opmerkt, verwerft verzoekster bij een eventuele nietigverklaring een nieuwe kans om zelf erkend te worden. Alleen reeds de vaststelling dat sommige middelen de verwerende partij ertoe kunnen dwingen om haar regelgeving aan te passen of haar beoordelingsmethodiek anders aan te pakken, maakt in zoverre de huidige rangschikking van de kandidaten irrelevant. Voorts moet bij elk middel afzonderlijk nagegaan worden of de inwilliging ervan aan verzoekster inderdaad een kans op erkenning biedt als rechtsherstel. Dat heeft echter geen verband met de ontvankelijkheid van het beroep als dusdanig.

De exceptie wordt verworpen.

VI. Onderzoek van de middelen

A. Eerste middel

Uiteenzetting van het middel

Het eerste middel is genomen uit de schending van artikel 143/2 van het mediadecreet, gelezen in samenhang met artikel 7.3 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 4 van het uitvoeringsbesluit, de formelemotiveringsplicht bedoeld bij de artikelen 2 en 3 wet van 29 juli 1991 ‘betreffende de uitdrukkelijke motivering van de bestuurshandelingen’ (“motiveringswet”) en het legaliteitsbeginsel, het rechtszekerheidsbeginsel, het vertrouwensbeginsel, het redelijkheidsbeginsel, het gelijkheidsbeginsel en het zorgvuldigheidsbeginsel als algemene beginselen van behoorlijk bestuur.

Verzoekster gaat “vooraf” in op “de beginselen van transparantie en voorzienbaarheid van de kwalificatiecriteria, naar analogie met de gunningscriteria in het overheidsopdrachtencontentieux”. De aanvullende kwalificatiecriteria zoals bedoeld in artikel 143/2 van het mediadecreet en artikel 4 van het uitvoeringsbesluit “zijn, of kennen minstens een zelfde finaliteit als gunningscriteria”. De analogie met de principes en regels inzake overheidsopdrachten “dringt zich dan ook op”, aldus verzoekster. Vervolgens gaat zij dieper in op het transparantiebeginsel en het beginsel van mededinging die van toepassing zijn bij de gunning van overheidsopdrachten.

Verzoekster betoogt dan in een *eerste middelonderdeel* dat uit bijlage 1 bij het bestreden besluit blijkt dat bij de beoordeling van de verschillende aanvraagdossiers door middel van een vragenlijst een bijkomende leidraad werd gebruikt, waarin heel wat nieuwe subcriteria worden toegevoegd.

Die subcriteria krijgen ook een eigen weging. De (sub)vragen met hun weging, indien op voorhand bekendgemaakt, hadden de kandidaten een richtlijn kunnen geven over de invulling van het betrokken criterium.

Verzoekster geeft de volgende voorbeelden:

- ‘zendschema’ krijgt een relatief lage weging van 4% “daar waar logischerwijs aangenomen mag worden dat dat juist een cruciaal element is in het programma-aanbod van een radio-omroep (wat wordt wanneer uitgezonden?) en daarom ook expliciet in het Mediadecreet is opgenomen als één van de twee onderdelen van dit hoofdcriterium”;
- de verwerende partij heeft subvragen gesteld over ‘credibiliteit en de aantoonbare publieke waarde’: het is onbegrijpelijk dat naar de historiek wordt gekeken; dit geeft een voorsprong aan reeds bestaande radio’s en is een criterium waarvan kan worden geacht dat het slechts eenmaal wordt getoetst, namelijk bij de beoordeling van een aanvullend criterium ‘media-ervaring’;
- onder subvraag ‘A. Algemene vragen’, worden vragen gesteld waarvan de specifieke relevantie ontbreekt voor de subcriteria ‘mix’ en ‘diversiteit’ en wat meer lijkt op een tweede quoterings van het subcriterium ‘format’, zodat dit onrecht tweemaal wordt meegenomen in de weging;
- de lijst van subvragen over de gewenste diversiteit draagt niet bij tot een diversiteit in het radiolandschap; bovendien houdt het hanteren van een exhaustieve lijst van mogelijke programma’s tegen dat er wordt geïnnoveerd en *out-of-the-box* radio kan worden gemaakt; verzoekster krijgt hiervoor ten onrechte minpunten want nergens in de initiële aanvullende kwalificatiecriteria in het uitvoeringsbesluit wordt vereist dat al deze programma’s ingepland moeten worden op een netwerkradiozender; bovendien heeft zij uitvoerig in het aanvraagdossier verklaard waarom zij geen hitlijsten uitzendt;
- wat het financieel plan betreft, waaronder de specificatie van de herkomst van de financiële middelen, worden bijkomende subcriteria gehanteerd; het betreft de toetsing van de balansen aan de *benchmark* en haar groeipad; de toetsing aan de *benchmark* is geenszins een criterium uit het mediadecreet of het uitvoeringsbe-

sluit, laat staan dat vooraf werd verduidelijkt aan welke *benchmark* zou worden getoetst.

Wat de technische zendinfrastructuur betreft, merkt verzoekster op dat de weging van 15% zoals blijkt in het uitvoeringsbesluit in bijlage 1 is aangepast naar 12%. In de samenvattende tabel wordt dan weer een score op 15 gegeven.

In het bestreden besluit zijn geen motieven opgenomen die de noodzaak van de subcriteria en -vragen aantonen.

Door in de loop van de erkenningsprocedure nog bijkomende criteria toe te voegen schendt de verwerende partij ook 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.

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

In het *tweede middelonderdeel* betoogt verzoekster dat er een onevenredigheid bestaat tussen de motivering in de beoordeling van enerzijds haar aanvraagdossier in het kader van haar erkenning als netwerkradio-omroep en anderzijds het aanvraagdossier van Radio FG in het kader van zijn erkenning als lokale radio-omroep. Hoewel de aanvragen door verschillende rechtspersonen zijn ingediend, is er een duidelijke overlap. Ondanks de verschillen in de kwalificatiecriteria voor lokale en netwerkradio's is een aantal toegekende punten en de concrete invulling echter wel gelijk, namelijk voor de criteria 'technische uitrus-

ting' en 'concrete timing uitrol investeringen'. Als netwerkradio krijgt verzoekster voor technische uitrusting 4,81/5 en voor uitrol van de technische investeringen 9,52/10. Voor exact dezelfde criteria, met slechts een paar maanden ertussen en zonder enige wijziging aan de feitelijke context, behaalde Radio FG in de beoordeling van zijn aanvraagdossier als lokale radio-omroeporganisatie echter 4,76/5 voor de technische uitrusting en 8,86/10 voor concrete timing uitrol investeringen. Dat verzoekster in de erkenningsprocedure als netwerkradio-omroeporganisatie beter scoort op het punt 'technische uitrusting' dan bij de erkenningsprocedure van Radio FG als lokale radio-omroep, doet geen afbreuk aan haar belang bij onderhavig middelonderdeel. Immers, middels huidig middelonderdeel wordt aangetoond dat de criteria geenszins transparant en objectief kunnen worden beoordeeld.

In het *derde middelonderdeel* voert verzoekster aan dat er geen effectieve vergelijking tussen de aanvraagdossiers is gebeurd, laat staan dat de interpretatieverschillen in strengheid van score en motivering werden weggewerkt. De verwerende partij erkent uitdrukkelijk dat de dossierbehandelaars bij hun beoordeling van de verschillende al dan niet aanvullende kwalificatiecriteria geen enkele vergelijking hebben uitgevoerd tussen de verschillende aanvraagdossiers. Zij hebben bij hun beoordeling derhalve niet afgetoetst in welke mate bepaalde elementen, dan wel het gebrek ervan, bij de concurrerende dossiers precies werden afgewogen. Het valt nog steeds aan de bevoegde minister toe, om over te gaan tot een vergelijking van de betrokken aanvraagdossiers en formeel en materieel afdoende te motiveren welke kandidaat in vergelijking tot de andere het best scoort op basis van de decretale criteria. Een dergelijke verplichting houdt geenszins een loutere mathematische en afzonderlijke opstelsom in van de (sub)scores per kandidaat, maar vereist een gemotiveerde en uitdrukkelijke afweging in van de dossiers onderling. De noodzakelijkheid van een dergelijke dubbele controle kan bovendien niet in redelijkheid worden betwist. *In casu* heeft de verwerende partij nagelaten om een vergelijking van de dossiers te maken en evenmin heeft zij de interpretatieverschillen in strengheid van score en motivering weggewerkt. Een zorgvuldig handelend bestuur zou in een dergelijk geval steeds de onderlinge

beoordelingen hebben gecontroleerd op interpretatieverschillen. Dit gebrek aan onderlinge afweging maakt een formeel, minstens materieel motiveringsgebrek uit, geeft blijk van onzorgvuldig bestuur en is onredelijk. Bovendien heeft dergelijke werkwijze ertoe geleid dat de aanvraagdossiers van de kandidaten op ongelijke wijze werden behandeld.

Beoordeling

a. eerste middelonderdeel

19. De formelemotiveringsplicht, zoals vervat in de formelemotiveringswet van 29 juli 1991, verplicht de verwerende partij om inzichtelijk te maken waarom de keuze op de tussenkomende partij, 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.

20. Wanneer de verlening van gebruiksrechten voor radiofrequenties moet worden beperkt, vergt artikel 7.3 van de machtigingsrichtlijn dat de lidstaten deze rechten verlenen “op basis van objectieve, transparante, niet-discriminerende en evenredige selectiecriteria”.

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

21. Artikel 143/2, § 1, van het mediadecreet stelt een reeks basisvoorwaarden waaraan de netwerkradio-omroeporganisaties moeten voldoen om erkend te worden en te blijven. Artikel 143/2, § 2, van het mediadecreet draagt de Vlaamse regering op om “aanvullende kwalificatiecriteria” vast te stellen en aan elk van die criteria een weging toe te kennen. Die aanvullende kwalificatiecriteria moeten voor de kandidaten ‘andere profielen of muziekaanbod’ – dat zijn de radio-omroeporganisaties, vermeld in artikel 143/1, eerste lid, 3°, van het mediadecreet – betrekking hebben op 1° de concrete invulling van het programma-aanbod en het zendschema; 2° de media-ervaring; 3° het financiële plan; 4° het businessplan; 5° de technische (zend)infrastructuur; 6° de invulling van de voorwaarde, vermeld in artikel 143/2, § 1, 2°, c), van het mediadecreet, namelijk “een aanzienlijk deel van het aanbod uit[zenden] via de invulling van het specifieke gekozen profiel of muziekaanbod. Een deel van dit muziekaanbod bestaat uit Vlaamse muziekproducties”.

22. Verzoekster bestrijdt niet dat de regering aan deze bepaling uitvoering heeft gegeven bij artikel 4 van het uitvoeringsbesluit.

Dit artikel luidt:

“De aanvullende kwalificatiecriteria voor de netwerkradio-omroeporganisaties, vermeld in artikel 143/1, eerste lid, 2° en 3°, van het decreet van 27 maart 2009, 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:

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

- 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;

- het zendschema;

b) de inhoud, de mix en de diversiteit van de programma's of het aanbod;

2° voor de media-ervaring:

a) voor het hoofd van de netwerkradio-omroeporganisatie, een relevante ervaring van ten minste vijf jaar in de auditieve mediasector of in een crossmediale mediaonderneming;

b) voor het team van medewerkers, een mix van technische, commerciële, administratieve en radio-eigen competenties;

3° 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, die het mogelijk maken het businessplan en de geplande investeringen uit te voeren;

4° voor het businessplan:

a) de strategische visie en de doelstellingen op langere termijn voor de verdere ontwikkeling van de netwerkradio-omroeporganisatie;

b) de samenhang tussen deze visie en de activiteiten die uitgebouwd worden voor deze verdere ontwikkeling, met vermelding van de manier waarop, met welke acties en middelen, in het bijzonder de gedane en voorgenomen investeringen, de omschrijving van de beoogde doelgroep, het geraamde marktaandeel en de verhouding ervan met de adverteerders- en luisteraarsmarkt;

5° 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;

6° a) voor de radio-omroeporganisatie, vermeld in artikel 143/1, eerste lid, 2°, van het decreet van 27 maart 2009, het deel van het aanbod via de invulling van het Nederlandstalige en Vlaamse profiel of muziekaanbod boven het verplichte deel zoals bepaald in artikel 2 van dit besluit,

b) voor de radio-omroeporganisatie, vermeld in artikel 143/1, eerste lid, 3°, van het voormelde decreet, het deel van het aanbod via de invulling van het specifieke gekozen profiel of muziekaanbod en het deel Vlaamse muziekproducties in dat aanbod.

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

1° 45% voor het criterium, vermeld in het eerste lid, 1°, met een weging van 20% op onderdeel a) en 25% op onderdeel b);

2° 10% voor het criterium, vermeld in het eerste lid, 2°, met een weging van 7% op onderdeel a) en 3% op onderdeel b);

3° 10% voor het criterium, vermeld in het eerste lid, 3°, met een weging van 3% op onderdeel a) en 7% op onderdeel b);

4° 10% voor het criterium, vermeld in het eerste lid, 4°, met een weging van 3% op onderdeel a) en 7% op onderdeel b);

5° 15% voor het criterium, vermeld in het eerste lid, 5°, met een weging van 5% op onderdeel a) en 10% op onderdeel b);

6° 10% voor het criterium, vermeld in het eerste lid, 6° punt a) of punt b), naar gelang van het soort netwerkradio-omroeporganisatie waarvoor men een dossier indient.”

23. 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.

24. Artikel 143/2 van het mediadecreet noch artikel 4 van het uitvoeringsbesluit bevat een voorschrift met betrekking tot de beoordelingsmethode die de verwerende partij moet volgen, maar somt enkel de beoordelingscriteria op en legt een bepaalde weging ervan vast. Blijkens artikel 13, tweede lid, van het uitvoeringsbesluit erkent de minister de netwerkradio-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.

25. De verwerende partij past in de vergelijking van de aanvraagdossiers 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 zowel voor de netwerkradio-omroepen als 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 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.”

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.

26. 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.

27. 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.

28. 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 toewijzing 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 toe-

wijzingsprocedure 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 aantoonst.

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 gestofteerd 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 het mediadecreet, gelezen in samenhang met de transparantieplichting in de machtigingsrichtlijn, aan de verwerende partij oplegt bij het verlenen van gebruiksrechten voor radiofrequenties.

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

30.1. Verzoekster heeft in haar toelichting bij het middel in de eerste plaats specifieke kritiek geformuleerd bij de beoordeling van het eerste aanvullend kwalificatiecriterium ‘de concrete invulling van het programma-aanbod en het zendschema’, dat in artikel 4, eerste lid, 1°, van het uitvoeringsbesluit aldus nader is opgedeeld:

“a) het format van de radio-omroeporganisatie, namelijk:
- de omschrijving van het specifieke programma-aanbod, het specifieke profiel of de specifieke doelgroep tot wie de radio-omroeporganisatie zich richt;

- 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;
- het zendschema;
- b) de inhoud, de mix en de diversiteit van de programma's of het aanbod."

Dit criterium krijgt in het uitvoeringsbesluit een weging van 45%, "met een weging van 20% op onderdeel a) en 25% op onderdeel b)".

30.2. Bijlage 1 bij het bestreden besluit leert dat het zendschema 4/20 punten kan opleveren voor het onderdeel 'format', terwijl de omschrijving van het programma-aanbod en profiel, respectievelijk de motivering van de credibiliteit en aantoonbare publieke waarde elk 8/20 kan opleveren.

Verzoekster toont niet aan dat deze verhouding in de puntenverdeling onredelijk is. Het profiel van de zender is voor een netwerkradio-omroeporganisatie een wezenlijk element van de aanvraag die in het mediadecreet op het niveau van de basisvoorwaarden staat en een fundamentele erkenningsvoorwaarde vormt, die niet zomaar te herleiden is tot een toetsing aan de aanvullende kwalificatiecriteria. Om die reden ook, mag een erkende netwerkradio-omroeporganisatie naderhand wel haar zendschema aanpassen, maar niet afwijken van de concrete invulling van haar programma-aanbod (zie artikel 143/3 van het mediadecreet). Het komt bijgevolg niet als onredelijk voor, als de verweerende partij voor het beoordelen van het criterium 'format' meer belang hecht aan de omschrijving van het programma-aanbod en het profiel en aan de geloofwaardigheid van dit aanbod, dan aan de concrete uitzendingen en de programmanamen of de vermelding van de presentatoren of, met de woorden van verzoekster, "wat wordt wanneer uitgezonden".

31.1. Bij de beoordeling van het *format*, onderdeel '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 4,

eerste lid, 1°, a), van het uitvoeringsbesluit) luidt een vraag “Wordt het voorgestelde concept gelegitimeerd via historiek?”.

31.2. Verzoekster kon in het auditorsverslag lezen dat haar kritiek bij dit onderdeel 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 en zij blijkens de beoordelingsfiche op dit onderdeel 1/1 krijgt. Voorts houdt de vraagstelling verband met het bedoelde criterium van credibiliteit en aantoonbare publieke waarde. De vraag naar de “historiek” 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 buitensporig gewicht aan gegeven is, waardoor het een onoverkomelijk obstakel zou vormen voor nieuwe of jonge radio's – nogmaals, daargelaten de vraag of verzoekster als gevestigde radiozender wel belang heeft bij die kritiek.

32.1. Vervolgens heeft verzoekster kritiek bij de beoordeling van het tweede onderdeel ‘de inhoud, de mix en de diversiteit van de programma's of het aanbod’ van dit eerste aanvullend kwalificatiecriterium.

32.2. Volgens verzoekster zijn de “algemene vragen” die bij dit onderdeel werden onderzocht een doorslag van hetgeen beoordeeld werd bij het eerste onderdeel ‘format’. Die algemene vragen luiden:

“Worden alle programma’s duidelijk omschreven?

- Hebben de verschillende programma’s een uitgesproken identiteit tegenover elkaar?
- Passen de programma’s in het algemene zenderprofiel?
- Vindt elk aspect van het zenderprofiel zijn weerslag in de programmering?
- Is er specifieke aandacht voor een specifieke doelgroep in de programmering?
- Past de muziek in het algemene zenderprofiel?”

Daarnaast volgen voor elk netwerkpakket een aan dat profiel aangepaste vraagstelling over de inhoud, bijvoorbeeld voor het hier in geding zijnde profiel netwerkpakket 3:

“• Maakt de zender gebruik van zijn unique sellingpoint (is er differentiatie ten aanzien van het totale radiolandschap en hoe specifiek vult de zender het andere profiel in?)?

- Worden er Vlaamse artiesten gepromoot?
- Worden er specifieke programma's gewijd aan het specifieke andere profiel van de zender?
- Komt het zenderprofiel in het gehele programmaschema tot uiting?
- Is de invulling die wordt gegeven aan de inhoud algemeen inhoudelijk geloofwaardig?”

De aangehaalde algemene vragen staan alleszins in verband met het aspect ‘inhoud’ waar deze vragen onder vallen. Ze toetsen immers op algemene wijze de inhoud van de programma’s. Dat de scheidslijn met het onderdeel ‘format’ misschien niet altijd duidelijk te maken is, maakt niet dat deze vragen arbitrair zijn. Verzoekster kan niet worden gevolgd, dat het om een tweede quotering gaat van het ‘format’, waar blijkens de bundel van vragen niet zoals hier de individuele programma’s worden onderzocht dan wel de omschrijving van het programma-aanbod als geheel.

33.1. Bij het aanvullend kwalificatiecriterium ‘de inhoud, de mix en de diversiteit van de programma’s’ heeft verzoekster ook nog kritiek op het element ‘diversiteit’ en de wijze waarop dit is beoordeeld.

33.2. 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 houden met diversiteit duidelijk verband:

“Diversiteit (7 vragen): /7

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.

- Is er een interviewprogramma?
- Is er een muziekprogramma?
- Is er een top (xxx) programma?
- Is er een actualiteiten programma?
- Is er een cultuurmagazine?
- Is er een sportprogramma?
- Is er een nicheprogramma (dit zijn programma’s specifiek opgetrokken rond een origineel of rond bepaalde (wisselende) topics (bvb. Moederdag, Autoloze zondag, etc..)?”

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 4, eerste lid, 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 soor-

ten 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.

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

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

"8.5. Artikel 4, eerste lid, 3°, a), van het [uitvoeringsbesluit] legt het volgende aanvullende kwalificatiecriterium vast: 'een geprojecteerde balans van de twee eerstvolgende exploitatiejaren'. De vragen in Bijlage 1 over Geprojecteerde balansen houden hiermee duidelijk verband: '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.?

De volgende Benchmark wordt gehanteerd: 'Benchmark via NBB voor sector DE9603: radio televisie video en film gerelateerde activiteiten'.

Volgens de verzoekende partij diende de benchmark 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.

8.6. Artikel 4, [eerste lid,] 5°, 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'. Artikel 4, tweede lid, 5°, van het [uitvoeringsbesluit] legt de volgende weging vast voor dit aanvullend kwalificatiecriterium: '15% voor het criterium, vermeld in het eerste lid, 5°, met een weging van 5% op onderdeel a) en 10% op onderdeel b)'. In bijlage 1 blijkt dat er voor criterium 4, [eerste lid,] 5°, b), [van het uitvoeringsbesluit] niet op 10%, maar op 7% staat. Dit is een louter materiële vergissing zonder gevolgen, aangezien de score aan de

kandidaten op het criterium ‘Uitrol van de technische investeringen’ overeenkomstig artikel 4, tweede lid, 5°, [van het uitvoeringsbesluit] is gebeurd.”

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 auditorsverslag bijvallen.

35. In haar laatste memorie vult verzoekster haar grieven nog aan met een opmerking over de vraagstelling in verband met audio-over-ip en een opmerking over “de datum waarop het excelbestand dat als template voor de berekening van de punten van de subvragen werd aangemaakt”. Verzoekster kon deze opmerkingen reeds eerder maken in, respectievelijk, het inleidend verzoekschrift en de memorie van wederantwoord. Ze zijn laattijdig en niet ontvankelijk.

36. Het eerste middelonderdeel is, voor zover ontvankelijk, niet gegrond.

b. tweede middelonderdeel

37. Over het tweede middelonderdeel kon verzoekster in het auditorsverslag lezen dat zij er geen belang bij heeft:

“De verzoekende partij heeft geen belang bij dit middelonderdeel. Zij stelt immers zelf dat zij als netwerkradio-omroeporganisatie beter scoorde op de criteria ‘technische uitrusting’ en ‘concrete timing uitrol investeringen’ dan de volgens haar op dit vlak identieke aanvraag ingediend door Radioworks gcv die kandidaat was voor een erkenning als lokale radio-omroeporganisatie voor Frequentiepakket 11. Een nietigverklaring op deze grond zou er in het beste geval toe kunnen leiden dat de verzoekende partij haar score behoudt. Indien de verzoekende partij dezelfde score zou krijgen als Radioworks gcv op deze criteria, zou dit in het beste geval ertoe leiden dat de verzoekende partij haar score behoudt. In het andere geval, d.i. wanneer zij de score van Radioworks gcv zou krijgen, zouden er (0,71) punten moeten worden afgetrokken van haar aanvraag. Het tweede middelonderdeel is onontvankelijk.”

38. In haar laatste memorie antwoordt zij hierop dat “de onevenredige discrepantie in de beoordeling van de verschillende (soms zelfs identieke) dossiers, [aantoont] dat de beoordeling door verwerende partij het evenredigheidsbeginsel (voortvloeiend uit het redelijkheidsbeginsel) en het gelijkheidsbeginsel als algemene beginselen van behoorlijk bestuur schendt”.

Daargelaten of de beweerde discrepantie dit aantoont, verduidelijkt verzoekster niet welk belang zij heeft om dit vastgesteld te horen worden, aangezien het haar om de in het auditoraatsverslag vermelde redenen geen betere score kan opleveren. Die vaststelling weerlegt zij immers in haar laatste memorie niet.

39. Het tweede middelonderdeel is niet ontvankelijk.

c. derde middelonderdeel

40. Uit artikel 133, § 2, eerste lid, van het mediadecreet *iuncto* artikel 13, 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.

De ambtelijk gevolgde werkwijze is hiervóór *sub* 25 aangehaald. Verzoekster die beweert dat elk dossier slechts geïsoleerd is bekeken, leest bijlage 1 slechts partieel. 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.

41. Het derde middelonderdeel is ongegrond.

d. conclusie

42. Uit wat voorafgaat volgt dat het eerste middel in al zijn onderdelen, voor zover ontvankelijk, ongegrond is.

B. Tweede middel

Uiteenzetting van het middel

43. Het tweede middel is genomen uit de schending van de artikelen 10 en 11 van de wet van 16 juli 1973 ‘waarbij de bescherming van de ideologische en filosofische strekkingen gewaarborgd wordt’, de artikelen 10 en 11 van het decreet van 28 januari 1974 ‘betreffende het Cultuurpact’, artikel 7.1, b), van de machtigingsrichtlijn en artikel 6 van de “kaderrichtlijn” (richtlijn 2002/21/EG van het Europees Parlement en de Raad van 7 maart 2002 ‘inzake een gemeenschappelijk regelgevingskader voor elektronische-communicatienetwerken en -diensten’) en van de formelemotiveringsplicht als bedoeld in de artikelen 2 en 3 van de motiveringswet.

De bestreden beslissing is volgens verzoekster onwettig omdat ze haar noodzakelijke rechtsgrond vindt in het uitvoeringsbesluit, “dat evenwel in toepassing van artikel 159 van de Grondwet buiten toepassing verklaard moet worden, zodat het bestreden besluit geen rechtsgrond meer heeft”, omdat:

“1. Het [uitvoeringsbesluit] in strijd is met artikel 7.1, b), van de Machtigingsrichtlijn en artikel 6 van de Kaderrichtlijn doordat geen afdoende

vorm van openbare raadpleging voor de inwerkingtreding ervan is gebeurd, en,

2. Het [uitvoeringsbesluit] 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.”

Verzoekster stelt in een *eerste middelonderdeel* dat de Vlaamse decreetgever tot op heden nalaat om een decretale grondslag te creëren voor raadplegingen bedoeld in de kader- en machtigingsrichtlijn. De raadplegingsprocedure uitgewerkt door het departement is enkel terug te vinden op de website van deze administratie. Er werd inderdaad, deels in de kerstvakantie, een raadpleging georganiseerd via de hiervóór beschreven aanpak. Dat daarmee de vormvereiste opgelegd door de richtlijn feitelijk lijkt te zijn nageleefd, is betwistbaar. De door artikel 6 van de kaderrichtlijn vereiste publicatie werd niet nageleefd. Wat België betreft, moet het begrip ‘publiceren’ immers begrepen worden als bekendmaken in het Belgisch Staatsblad in het Nederlands en in het Frans. De voorzienbaarheid van de raadplegingen is door de enkele publicatie op een website van een administratie quasi nihil, zeker voor mogelijke respondenten in de Franse en Duitstalige gemeenschappen als voor niet-Belgische geïnteresseerden. Deze raadplegingsprocedure *ad hoc* met dwingende termijnen en daaraan verbonden sancties van onontvankelijkheid heeft geen enkele decretale grondslag waardoor geen afdoende rechtsgrond gevonden kan worden in de algemene uitvoeringsbevoegdheid van de Vlaamse regering, gedelegeerd aan de minister bevoegd voor het mediabeleid. Het uitvoeringsbesluit is dan ook aangenomen zonder de door de kader- en machtigingsrichtlijn vereiste openbare raadpleging en moet daarom met toepassing van artikel 159 van de Grondwet buiten toepassing gelaten worden. Dit heeft voor gevolg dat de bestreden beslissing geen voldoende rechtsgrond meer heeft.

In het *tweede middelonderdeel* stelt verzoekster dat de artikelen 10 en 11 van de voormelde wet van 16 juli 1973 (“cultuurpactwet”) van toepas-

sing zijn op de erkenningen van particuliere radio-omroepen. Artikel 143/2 van het mediadecreet bevat weliswaar erkenningsvoorwaarden, maar bevat geen enkele regeling of zelfs maar een kader met basisbeginselen voor de procedure tot het verlenen van erkenningen als netwerkradio-omroeporganisatie. Het enige wat wel is opgenomen, is de opsomming van de gunningscriteria 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 16 tot 25 van het 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 voor gevolg dat de bestreden beslissing geen voldoende rechtsgrond meer heeft, nu die is genomen op basis van een onwettige procedure.

44. In haar laatste memorie handhaaft verzoekster het middel.

Zij wijst er nogmaals op, met betrekking tot het eerste onderdeel, dat de administratie een loutere ad-hocregeling uitwerkte. Dat er voorafgaande consultaties gebeurd zijn, doet volgens haar “op zich dus niet ter zake” omdat de rechtsgrond ervoor hoe dan ook ontbreekt.

Beoordeling

a. vooraf

45. In de toelichting bij het middel komt bij geen van de beide onderdelen de formelemotiveringsplicht nog ter sprake.

In die mate is het middel niet ontvankelijk.

b. eerste middelonderdeel

46. Verzoekster wenst een raadpleging. Er was raadpleging. Er was er één over het frequentieplan 2017. Er waren er twee over het frequentieplan 2019 – over die laatstgenoemde raadplegingen, die overigens beide wél in het Belgisch Staatsblad zijn aangekondigd, rept zij niet eens in haar procedurestukken. Niet het frequentieplan 2017, maar het frequentieplan 2019 vormt nochtans de rechtsgrond van het bestreden besluit. Verzoekster zet voorts niet uiteen welk nadeel zij heeft geleden in de concrete omstandigheden waarin die consultaties zijn verlopen. In het auditoraatsverslag kon zij de daaraan gekoppelde conclusie lezen dat het eerste middelonderdeel onontvankelijk is. Dit weerlegt zij niet in haar laatste memorie.

Het eerste middelonderdeel is onontvankelijk.

c. tweede middelonderdeel

47. Artikel 10 van de cultuurpactwet bepaalt:

“De regels inzake erkenning en subsidiëring in geld of natura van geregelde culturele activiteiten mogen, naargelang van het geval, slechts worden vastgesteld krachtens een wet, een decreet of een beraadslaging van de vertegenwoordigende vergadering van de overheid.

Bij ontstentenis van dergelijke regels moeten alle toelagen en voordelen het voorwerp zijn van een speciale begrotingspost op naam.”

Artikel 11 van de cultuurpactwet luidt:

“Wanneer het gaat om erkende instellingen die activiteiten uitoefenen gericht op een gehele cultuurgemeenschap, bepaalt het decreet dat de financiële tegemoetkoming van de overheden gelijktijdig omvat:

- de subsidiëring van een kern van personeelsleden;
- de jaarlijkse toekenning van een basistoelage voor de werking;
- de subsidiëring op grond van werkelijk gepresteerde activiteiten.

De voorwaarden en de procedure van erkenning worden naargelang van het geval bij wet of bij decreet vastgelegd.”

48. De artikelen 10 en 11 van de cultuurpactwet moeten in hun geheel en in hun onderlinge samenhang worden beschouwd. Aan het tweede lid van artikel 11 komt geen autonome betekenis toe: de erkenning waarvan sprake in dat tweede lid betreft niet eender welke erkenning in culturele aangelegenheden maar welbepaald de “erkende instellingen”, bedoeld in artikel 11, eerste lid. Aldus blijkt dat het de erkenning betreft (in het Frans: “agrération”) waartoe de overheid overgaat met het oog op subsidiëring.

Verzoekster is kandidaat om een licentie te bemachtigen voor het gebruik van een radiofrequentie. De verwerende partij heeft niet ervoor geopereerd die licenties te verkopen aan de hoogste bieder, toe te kennen in volgorde van ontvangst van de aanvragen of te verloten onder de gegadigden, maar heeft gekozen voor de zogenaamde *beauty contest* (schoonheidswedstrijd), waarbij de voorstellen van de kandidaten worden beoordeeld en vergeleken en waarbij de licentie aan de beste kandidaat wordt toegewezen. Verzoekster beweert ook niet dat zij aanspraak maakt op een subsidie voor een kern van haar personeelsleden en een basistoelage voor haar jaarlijkse werking, aangevuld met subsidies voor haar werkelijk gepresteerde activiteiten.

De toewijzing van het gebruik van een radiofrequentie is met andere woorden, spijs het gebruik van de term ‘erkenning’, geen erkenning met het oog op subsidiëring zoals bedoeld in artikel 11 van de cultuurpactwet.

49. Evenmin houdt het toekennen van een gebruiksrecht voor een radiofrequentie en de exploitatie ervan verband met wat in artikel 10 van de cultuurpactwet de erkenning en subsidiëring in geld of natura van “geregelde culturele activiteiten” wordt genoemd (in het Frans: “activités culturelles régulières”), namelijk “activiteiten die noch toevallig, noch voortdurend plaats vinden” (toelichting, *Parl.St.* Kamer 1972-73, nr. 633/1, 6). Daarenboven regelt ook deze bepaling de erkenning (“agrération”) met het oog op subsidiëring (Verslag, *Parl.St.* Kamer 1972-73, nr. 633/2, 4: “L’agrération est établie en fonction de l’octroi de subsides”).

50. Op de voorliggende procedure zijn de artikelen 10 en 11 van de cultuurpactwet, die de waarborgen bevatten op vlak van de subsidiëring van culturele verenigingen, bijgevolg niet van toepassing.

Het middel, dat van het tegendeel uitgaat, faalt naar recht.

51. In het tweede middelonderdeel geeft verzoekster enkel toelichting bij de aangevoerde schending van de cultuurpactwet.

Voor zover zij in het middelonderdeel ook de schending van het zogenaamde cultuurpactdecreet van 28 januari 1974 aanvoert, is het niet ontvankelijk. Minstens geeft zij aan dit decreet geen andere draagwijdte dan aan de cultuurpactwet.

d. conclusie

52. Het middel is deels onontvankelijk, deels ongegrond.

C. Derde middel

Uiteenzetting van het middel

53. Het derde middel is genomen uit de schending van artikel 11 van de cultuurpactwet en van de formelemotiveringsplicht, als bedoeld in de artikelen 2 en 3 van de formelemotiveringswet.

Verzoekster betoogt dat artikel 4 van het uitvoeringsbesluit een weging geeft aan de aanvullende kwalificatiecriteria, terwijl artikel 11 van de cultuurpactwet oplegt dat de voorwaarden en procedure van erkenning bij decreet geregeld dienen te worden.

Beoordeling

54. Artikel 11 van de cultuurpactwet is niet van toepassing, zoals hiervóór uiteengezet.

Het middel faalt in zoverre naar recht.

55. In de toelichting bij het middel komt de formelemotiveringsplicht niet meer ter sprake.

Het middel is in zoverre onontvankelijk.

56. Het middel wordt verworpen.

VII. Handhaving van de gevolgen

57. Het in ondergeschikte orde door de verwerende partij en de tussenkomende partij geformuleerde verzoek om met toepassing van artikel 14ter RvS-Wet bepaalde gevolgen van het bestreden besluit tijdelijk te handhaven is zonder voorwerp, aangezien het beroep niet leidt tot een nietigverklaring.

BESLISSING

1. De Raad van State verworpt het beroep.

2. De verzoekende partij wordt verwezen in de kosten van het beroep tot nietigverklaring, begroot op een rolrecht van 200 euro, een bijdrage van 20 euro en een rechtsplegingsvergoeding van 700 euro, die verschuldigd is aan de verwerende partij.

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

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van 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