

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

VOORZITTER VAN DE IXe KAMER

A R R E S T

**nr. 240.783 van 22 februari 2018
in de zaak A. 223.737/IX-9174**

In zake: 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

tegen:

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

I. Voorwerp van de vordering

1. De vordering, ingesteld op 7 november 2017, strekt tot de schorsing van de tenuitvoerlegging van de “beslissing van de Vlaamse minister van Cultuur, Media, Jeugd en Brussel van 15 september 2017 tot erkenning van nv C FM als netwerkradio-omroeporganisatie voor frequentiepakket netwerkradio-omroeporganisatie 3 – Ander profiel 1, met inbegrip van de voorbeslissing om de aanvraag van C FM ontvankelijk te verklaren, en de (impliciete) beslissing deze erkenning niet toe te kennen aan nv Topradio”.

II. Verloop van de rechtspleging

2. De verwerende partij heeft een nota ingediend.

Auditeur Jonas Riemslagh heeft een verslag opgesteld.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 12 februari 2018.

Kamervoorzitter Geert Van Haegendoren heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Christiaan Lesaffer, die verschijnt voor de verzoevende partij en advocaat Bart Staelens, die verschijnt voor de verwerende partij, zijn gehoord.

Auditeur Jonas Riemslagh 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. Op 16 mei 2017 verschijnt in het Belgisch Staatsblad een oproep tot kandidaatstelling voor erkenning als netwerkradio-omroeporganisatie of als lokale omroeporganisatie.

Verzoekster is kandidaat als netwerkradio-omroeporganisatie en meer bepaald voor frequentiepakket 3 ('ander profiel 1').

Op 12 juli 2017 wordt verzoekster op de hoogte gebracht dat haar aanvraag ontvankelijk is. In totaal zijn er vijf ontvankelijke kandidaatstellingen voor frequentiepakket 3.

Vervolgens beoordeelt de verwerende partij deze vijf kandidaatstellingen aan de hand van de aanvullende kwalificatiecriteria, zoals bedoeld in artikel 143/1, § 2, van het decreet van 27 maart 2009 ‘betreffende radio-omroep en televisie’ (hierna ook: het mediadecreet). Dit leidt tot de volgende scores:

Aanvullende kwalificatiecriteria	Onderverdeling	HIT!	TOPRADIO	Radio Vlaanderen	FG Stadsradio Vlaanderen	Radio Maria
1° Concrete invulling programma-aanbod en zendschema	45%	42,75	43,00	38,75	35,75	36,25
a) Format	20%	18,50	18,50	17,50	16,50	15,50
b) Inhoud, mix en diversiteit van de programma's	25%	24,25	24,50	21,25	19,25	20,75
2° Media-ervaring	10%	10,00	9,75	10,00	9,00	6,50
a) Ervaring hoofd netwerkradio	7%	7,00	7,00	7,00	7,00	5,00
b) Ervaring en mix van team van medewerkers	3%	3,00	2,75	3,00	2,00	1,50
3° Financieel plan	10%	9,00	8,75	7,75	7,75	8,00
a) Geprojecteerde balans van de twee eerstvolgende exploitatiejaren	3%	3,00	1,75	2,75	2,75	3,00
b) Specificatie van de herkomst van de financiële middelen in eigen en vreemd vermogen	7%	6,00	7,00	5,00	5,00	5,00
4° Businessplan	10%	9,13	8,13	8,50	8,25	6,38
a) Strategische visie en doelstellingen op langere termijn	3%	3,00	2,88	3,00	2,75	3,00
b) Samenhang tussen visie en activiteiten	7%	6,13	5,25	5,50	5,50	3,38
5° Technische (zend) infrastructuur	15%	13,93	13,87	14,34	13,79	12,02
a) Technische uitrusting	5%	4,60	4,44	4,81	4,45	3,97
b) Uitrol van de technische investeringen	10%	9,33	9,43	9,52	9,33	8,05
6° Concrete invulling programma-aanbod	10%	10,00	10,00	8,50	6,50	9,00
Totaal	100%	94,81	93,50	87,84	81,04	78,15

Op 15 september 2017 beslist de Vlaamse minister van Cultuur, Media, Jeugd en Brussel dat “C FM, Naamloze vennootschap met maatschappelijke zetel Puursesteenweg 9, 2880 Bornem wordt erkend als netwerkradio-omroeporganisatie voor frequentiepakket netwerkradio-omroeporganisatie 3 – Ander profiel 1”.

Dit is de bestreden beslissing. De nietigverklaring (en de schorsing van de tenuitvoerlegging) ervan wordt ook gevorderd door een andere teurgestelde kandidaat, vzw Radio Maria (zaak gekend onder rolnummer A. 223.759/IX-9177).

IV. Ontvankelijkheid van de vordering

A. De “voorbeslissing om de aanvraag van C FM ontvankelijk te verklaren”

4.1. Terecht, zo lijkt, schrijft verzoekster op blz. 39 van haar inleidend verzoekschrift, dat het verlenen van de erkenning verschijnt als een complexe administratieve verrichting waarvan het thans bestreden erkenningsbesluit de eindbeslissing is, laatste schakel van een keten van voorbereidende bestuurshandelingen, en dat tegen de erkenning dan ook ontvankelijk als vernietigingsgrond elke onwettigheid mag worden aangebracht die ergens in de loop van de complexe administratieve verrichting is begaan en die geacht kan worden een determinerende invloed op de eindbeslissing te hebben gehad.

4.2. De beoordeling van de ontvankelijkheid van de kandidaten is, zo lijkt, zo een beslissing die specifiek en noodzakelijk voorbereidend is op de eindbeslissing over de erkenning.

Daarmee is echter niet gesteld dat die – mogelijk zelfs onregelmatige – voorbereidende bestuurshandeling zelf ook een aanvechtbare administratieve rechtshandeling is. In de regel zijn voorbereidende handelingen dat niet. Anders is het, wanneer de voorbereidende handeling voor de belanghebbende een dadelijk grievende vóórbeslissing is. Dit zou het geval zijn, bijvoorbeeld, indien verzoeksters kandidatuur onontvankelijk was verklaard, wat niet is gebeurd. De beslissing waarbij één van haar concurrenten ontvankelijk wordt verklaard, lijkt evenwel geen zulke aanvechtbare vóórbeslissing te zijn, aangezien die beslissing op het eerste gezicht niet specifiek de rechtspositie van verzoekster bepaalt, noch aan verzoekster definitief nadeel berokkent. Dat een concurrent een ontvankelijk verklaard dossier heeft ingediend mag de kansen op erkenning van verzoekster dan wel beïnvloeden, maar het sluit haar niet uit van de beoogde erkenning.

In de huidige stand van de rechtspleging komt die exceptie voor de vereiste ernst te hebben, opdat ze ambtshalve wordt opgeworpen.

4.3. De vordering is, wat de “voorbeslissing om de aanvraag van C FM ontvankelijk te verklaren” betreft, niet ontvankelijk.

B. De “(impliciete) beslissing deze erkenning niet toe te kennen aan nv Topradio”

5.1. Overeenkomstig de rechtspraak van de algemene vergadering van de Raad van State, arresten nrs. 222.357 en 222.358 van 1 februari 2013, moet de jurisprudentiële techniek van de nietigverklaring van de impliciete weigeringsbeslissing worden voorbehouden aan uitzonderlijke gevallen. Bij uitstek is zo een geval datgene waarin de verzoekende partij specifiek aannemelijk maakt, in haar middelen, dat het aan de derde verstrekte voordeel integendeel aan haarzelf moest zijn toegekend.

Deze uitzonderlijkheid, zo vervolgt de algemene vergadering, moet steeds op overtuigende, afdoende wijze beargumenteerd zijn geworden door de verzoekende partij.

5.2. In het auditoraatsverslag wordt door de auditeur, belast met het onderzoek van de zaak, vastgesteld dat verzoekster in haar verzoekschrift nergens specifiek aannemelijk maakt, in haar middelen, dat het aan nv C FM verstrekte voordeel integendeel aan haarzelf moest zijn toegekend en dat het loutere gegeven dat verzoekster, na nv C FM, als tweede was gerangschikt niet volstaat om aan te nemen dat, indien een middel gegrond zou worden bevonden, de verwerende partij geen andere keuze zou hebben dan de erkenning aan de verzoekende partij toe te kennen:

“Aangezien de verzoekende partij niet uiteenzet waarom het aan de nv C FM verstrekte voordeel bij het gegrond (of ernstig) verklaren van een of meerdere middelen aan haar moet worden toegekend, moet de vordering hoe dan ook worden afgewezen voor wat de impliciete beslissing om de erkenning als netwerkradio-omroeporganisatie voor het frequentiepakket 3 niet aan de verzoekende partij toe te kennen.”

5.3. Verzoekster heeft deze zienswijze op de terechtzitting niet overtuigend kunnen weerleggen. Dat zij in haar mondeling pleidooi alsnog poogt uiteen te zetten dat en waarom de inwilliging van bepaalde middelen wél ertoe moet leiden dat de verwerende partij nog slechts over een gebonden bevoegdheid beschikt om het voordeel van de erkenning aan haar te verlenen, is hoe dan ook laattijdig. Aangenomen wordt immers in een schorsingsprocedure dat het precies op de weg van een verzoekende partij ligt om die specifieke uiteenzetting in het inleidend verzoekschrift op te nemen.

5.4. Ook deze exceptie vertoont voldoende ernst in de huidige stand van de rechtspleging om, ambtshalve, op te werpen dat de vordering wegens de *sub* 5.1 gegeven reden niet ontvankelijk is, voor zover ze is gericht tegen de impliciete weigering om de gevraagde erkenning aan verzoekster toe te kennen.

V. Schorsingsvoorwaarden

6. Krachtens artikel 17, § 1, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State kan de schorsing van de tenuitvoerlegging slechts worden bevolen onder de dubbele voorwaarde dat de zaak te spoedeisend is voor een behandeling ervan in een beroep tot nietigverklaring en indien minstens één ernstig middel wordt aangevoerd dat de nietigverklaring van de akte of het reglement *prima facie* kan verantwoorden.

VI. Onderzoek van de spoedeisendheid

7. Het komt er voor een verzoekende partij die beweert dat de zaak te spoedeisend is om de uitkomst van het annulatieberoep te kunnen afwachten, op aan om van die urgentie te overtuigen aan de hand van de concrete feiten die zij in haar vordering aanvoert. Dit houdt in dat het aan deze partij toevalt om aan haar zaak eigen, specifieke gegevens bij te brengen die *in concreto* aantonen waarom de nadelige gevolgen die een tenuitvoerlegging van het bestreden besluit voor haar persoonlijk veroorzaakt, niet gedragen kunnen worden gedurende de gewone

doorlooptijd van de annulatieprocedure en waarom de afloop van deze procedure bijgevolg niet kan worden afgewacht.

Die gegevens moeten door de verzoekende partij worden onderbouwd op een wijze die de rechter toelaat om ze te verifiëren, zodat hij kan aftoetsen of ze de beweerde spoedeisendheid inderdaad verantwoorden. De spoedeisendheid van de zaak wordt niet vermoed, welke ook de aard van de bestreden beslissing is.

In beginsel mag alleen rekening worden gehouden met hetgeen in het verzoekschrift tot schorsing of de daarbij gevoegde stukken wordt uiteengezet en gestaafd.

8. Verzoekster argumenteert, onder meer, dat het afwachten van een arrest in de annulatieprocedure haar op financieel vlak in een situatie brengt die de spoedeisendheid verantwoordt.

9. In haar nota met opmerkingen merkt de verwerende partij terecht op dat voor de beoordeling van de spoedeisendheid niet moet worden uitgegaan van de hypothese dat verzoekster geen enkele radio-uitzending meer kan verzorgen, maar wel van de hypothese dat zij in die mogelijkheden wordt beperkt door het ontbreken van de mogelijkheid om via FM uit te zenden.

Het is voor de beoordeling van de financiële gevolgen niet anders.

Het door verzoekster aan de Raad voorgelegde financieel plan ter adstructie van de aangevoerde spoedeisendheid gaat echter ook uit van deze hypothese – namelijk dat zij, anders dan was voorzien in de geprojecteerde balansen en het businessplan welke zij bij haar erkenningsaanvraag voegde, in 2018 en 2019 niet via FM maar enkel via digitale kanalen kan uitzenden. Het is pas nadat zij de financiële impact van dat scenario heeft geschetst, dat zij aanvoert dat zulk een scenario niet leefbaar is: “ofwel probeert ze zich te handhaven via DAB+, maar

stevent ze op een faillissement af, ofwel staakt ze haar activiteiten, wat in beide hypothesen tot eenzelfde resultaat leidt”.

10. Verzoekster geeft in haar verzoekschrift een omstandige uiteenzetting, waarbij zij, zowel wat de inkomsten als de uitgaven betreft, de impact schetst van de hypothese dat zij de afloop van de gewone annulatieprocedure afwacht en, rekening houdend met de tijd voor de minister om de aanvraag na een vernietigingsarrest opnieuw te beoordelen en voor de Vlaamse regulator voor de Media om vervolgens een zendvergunning uit te reiken, zij haar FM-uitzendingen terug kan starten op 1 januari 2020.

Zij gaat daarbij onder meer uit van de aanname dat zij in afwachting van de uitkomst van de annulatieprocedure moet blijven uitzenden via “de beschikbare digitale kanalen: stream, digitale televisie en DAB+”, onder meer omdat het bestaan van DAB+ uitzendingen een vereiste is om opgenomen te worden in het digitale televisie-aanbod van Telenet en omdat zij wellicht later geen DAB+ uitzendmogelijkheden zal verkrijgen indien zij nu “haar plaats moet opgeven op DAB+”.

Zij zet uiteen welke uitgaven kunnen worden afgebouwd of bevroren en welke niet. Zo geeft zij bijvoorbeeld een concrete verantwoording waarom zij in afwachting van een uitspraak ten gronde toch de bestaande zendsites waarvan zij eigenaar is moet behouden en zij dus rekening moet houden met de kosten voor huur en onderhoud van deze sites, maar de kosten voor elektriciteitsverbruik wel aanzienlijk kan reduceren en de kosten voor de geplande nieuwe zendsites opschuift naar 2020.

Zij geeft tot slot een raming van de verwachte inkomsten, waarbij de reclame-inkomsten via de FM-uitzendingen wegvallen vanaf 1 januari 2018 en de uitzendingen op DAB+ in 2018 en 2019 geen inkomsten genereren. Door het lagere luisterbereik kan minder promotie worden gemaakt voor evenementen, die daardoor minder inkomsten genereren. Indien verzoekster vanaf

1 januari 2020 opnieuw via FM kan uitzenden, zal zij daar pas na verloop van tijd volwaardige reclame-inkomsten uit genereren, aangezien zij haar luisterbestand moet heropbouwen en de luisteronderzoeken waaruit het aantal luisteraars moet blijken hoe dan ook slechts met vertraging doorwerken in de reclame-inkomsten.

Uit dit alles volgt volgens verzoekster dat zij tegen 2022 aankijkt tegen een gecumuleerd verlies van 2.120.008 euro, dat enkel kan worden vermeden door haar activiteiten volledig te staken:

“Het resultaat van de simulatie is dramatisch: indien er geen FM-uitzendingen zullen zijn in 2018 en 2019, en dus geen inkomsten, zal er in 2022 een gecumuleerd verlies zijn van 2 120 00 € [lees: 2.120.008 euro] (stuk 25, p. 15), daar waar haar businessplan uitgaande van FM-uitzendingen per 1 januari 2018, positief is in 2022 (stuk 9, bijlage 16, p. 16).

Er zullen ook onvoldoende inkomsten zijn om de DAB+-licentievergoedingen te betalen en, hangende de annulatieprocedure, het analoge zenderpark in stand te houden. Voor verzoekende partij is dit een ‘catch 22’: ofwel probeert ze zich te handhaven via DAB+, maar stevent ze op een faillissement af, ofwel staakt ze haar activiteiten, wat in beide hypothesen tot eenzelfde resultaat leidt.

In die wetenschap zal een zorgvuldig handelende raad van bestuur nooit de beslissingen nemen om operationeel te blijven na 1 januari 2018 indien er niet meer vanaf die datum via FM kan worden uitgezonden. Bij gebreke aan schorsing zal elke normaal zorgvuldig handelende raad van bestuur dan ook besluiten tot stopzetting van de activiteiten per 1 januari 2018 om opstapeling van verliezen en een faillissement te voorkomen.”

11. In de nota met opmerkingen gaat de verwerende partij volledig voorbij aan deze becijferde simulaties. Zij merkt enkel op, in zeer algemene bewoordingen, dat verzoekster niet zou aantonen “dat deze onzekerheid een ondraaglijke onzekerheid zou zijn”, dat zij “al te makkelijk en zonder enige onderbouwing [concludeert] dat [haar] bestaan [...] ernstig zou bedreigd zijn tijdens de normale periode van een annulatieprocedure” en dat “nergens” uit blijkt dat “het op een lager pitje moeten werken tijdens de normale periode van een annulatieprocedure voor verzoekster ondraaglijk zou zijn”.

12. Anders dan de verwerende partij aangeeft heeft verzoekster wel degelijk haar financieel model aangepast aan de omstandigheid dat zij vanaf
‡CCCSKBHCA-BDCHHEV‡

1 januari 2018 niet meer kan uitzenden via FM en gaat zij in de financiële plannen die zij aanvoert ter staving van de spoedeisendheid niet uit van een opstart als netwerkradio-omroeporganisatie op 1 januari 2018.

13. Met haar uiteenzetting maakt verzoekster aannemelijk dat een uitspraak ten gronde in het normale procedureverloop afwachten en het daaropvolgende rechtsherstel voor haar geen onmiddellijk nut meer dreigen te hebben en dat haar activiteiten en zelfs haar voortbestaan in dat geval op een ernstige wijze in gevaar worden gebracht. Haar argumentatie houdt bovendien rekening met de mogelijkheid om de activiteiten tijdelijk, in afwachting van de afloop van de annulatieprocedure, terug te schroeven of te heroriënteren.

De cijfergegevens die verzoekster voorlegt zijn voldoende duidelijk en overzichtelijk om er, in het kader van het administratiefrechtelijk kort geding, kennis van te nemen en deze te beoordelen.

De verwerende partij voert in de nota opmerkelijk geen elementen aan waarmee zij de specifieke aannames, argumenten of bedragen uit de uiteenzetting van verzoekster betwist, laat staan weerlegt.

De veronderstellingen en keuzes die verzoekster heeft gemaakt in haar uiteenzetting komen op het eerste gezicht voor als aannemelijk. Zelfs indien abstractie wordt gemaakt van de verwachte impact na 1 januari 2020 van de tenuitvoerlegging van de bestreden beslissing, waarbij wordt aangenomen dat verzoekster vanaf die datum haar uitzendingen via FM zou kunnen hervatten, kan worden vastgesteld dat zij in 2018 en 2019 aankijkt tegen een te bestemmen resultaat van respectievelijk -715.718 euro en -755.037 euro. Uit de door verzoekster neergelegde (geprojecteerde) balansen kan worden afgeleid dat dit haar activiteiten en haar financieel evenwicht op een definitieve of moeilijk omkeerbare wijze in het gedrang dreigt te brengen en dat zij terecht vreest dat dit haar voortbestaan ernstig bedreigt.

14. Op de terechtzitting verwijst de verwerende partij nog naar een krantenartikel, dat zij op 9 januari 2018 aan het administratief dossier heeft toegevoegd, om de spoedeisendheid te betwisten. In dat artikel laat de oprichter van verzoekster het volgende optekenen:

“We waren door de minister ter dood veroordeeld, maar we hebben toch een juridisch achterpoortje gevonden om op de Gentse FM-frequenties 107.7 en 106.8 te blijven uitzenden. Daardoor kan ons grootste publiek, dat traditioneel in het Gentse zit, ons toch via de FM-band blijven beluisteren.”

Ook zou een “reddingsactie” via crowdfunding 100.000 euro hebben opgeleverd, “de som die nodig was om TOPradio te laten overleven op DAB+, digitale radio via de ether waarvoor geen erkenning nodig is van de Vlaamse overheid”.

De verwerende partij verwijt verzoekster dat zij deze gegevens niet in het debat heeft gebracht. Zij stelt vast dat een wachtoestand is gecreëerd die het nadeel van het doorlopen van de annulatieprocedure grotendeels wegneemt.

15.1. De huidige procedure is ingeleid op 7 november 2017. Aan verzoekster kan dan bezwaarlijk worden verweten dat zij in haar inleidend verzoekschrift geen melding maakt van afspraken met een lokale radio die, volgens de voorliggende stukken, pas op 1 december 2017 een erkenning heeft gekregen en op 2 januari 2018 bij de Vlaamse Regulator voor de Media aankondigt dat zij het programma Topradio zou uitzenden.

15.2. Het loutere feit dat verzoekster zich sinds 1 januari 2018 anders heeft georganiseerd dan zij in haar verzoekschrift en de daarbij horende overtuigingsstukken had vooropgesteld doet op zich geen afbreuk aan de spoedeisendheid. Het gegeven dat zij, mogelijk in afwachting van een uitspraak over de vordering tot schorsing, handelingen onderneemt om het nadeel van de nieuwe situatie zoveel mogelijk te beperken is veeleer wat van een zorgvuldig handelende rechtzoekende mag worden verwacht en leidt er niet automatisch toe dat aan haar vordering het spoedeisende karakter wordt ontnomen.

Dat neemt niet weg dat in de loop van de schorsingsprocedure wel degelijk kan blijken dat de vordering geen spoedeisend karakter meer heeft, omdat er nieuwe elementen aan het licht komen waaruit blijkt dat de argumenten die daartoe werden aangevoerd in het verzoekschrift niet correct zijn of omwille van gewijzigde omstandigheden.

15.3. Dat verzoekster door een crowdfundingactie het grootste deel van de licentievergoeding voor DAB+ – volgens het verzoekschrift 120.000 euro – zou hebben verzameld, compenseert alleszins niet het door verzoekster aangegeven en hiervóór in aanmerking genomen gecumuleerde verlies.

15.4. Dat er een mogelijk precair “achterpoortje” is gevonden om toch “in de Gentse regio” uit te zenden is alleszins niet de grote poort waarlangs verzoekster als netwerkradio-omroeporganisatie gans Vlaanderen hoopt te kunnen bereiken. Het ligt voorts in de eerste plaats op de weg van de verwerende partij, die aan verzoekster deze nieuwe feiten voor de voeten gooit, om de weerslag ervan op de spoedeisendheid te argumenteren. De verwerende partij verzuimt om *in concreto* toe te lichten hoe dit “achterpoortje” van aard is om anders tegen de voorgelegde financiële gegevens en hun implicaties aan te kijken. In die omstandigheden wordt voorshands met verzoekster aangenomen dat de afspraak met de lokale radiozenders niet inhoudt dat zij over nieuwe inkomsten zal beschikken. Is het dus misschien juist dat zij onrechtstreeks en gedeeltelijk het verloop van luisteraars kan afremmen, dan doen deze nieuwe gegevens niet af aan de vastgestelde financiële implicaties van de bestreden beslissing.

16. Uit wat voorafgaat volgt dat de spoedeisendheid genoegzaam is aangetoond.

VII. Onderzoek van het eerste middelonderdeel van het vierde middel

Standpunt van de partijen

17. Verzoekster voert in het eerste onderdeel van het vierde middel de schending aan van “het redelijkheids- en zorgvuldigheidsbeginsel, de artikelen 2 en 3 van de wet [...] van 29 juli 1991 betreffende de formele motivering van bestuurshandelingen, minstens de materiële motiveringsplicht omdat [...] wat betreft het eerste decretaal aanvullend kwalificatiecriterium ‘invulling van het programma-aanbod en zendschema’, de quasi gelijke beoordeling van verzoevende partij en van nv C FM formeel (alleszins voor het luik ‘zendschema’), minstens niet materieel gemotiveerd is doordat [...] het project van nv C FM [...] deels steunt op onjuiste feiten (met name wat betreft de beweerde samenwerking met Flair)”.

Verzoekster wijst erop dat de nv C FM in het aanvraagdossier verwijst naar een samenwerking met het tijdschrift Flair. Dat is ook opgenomen in de *baseline* van de voorgestelde zender (“Radio met Flair”). In het aanvraagdossier verklaart de nv C FM dat zij “alvast een structurele overeenkomst met Flair” heeft. Evenwel had de nv C FM op datum van haar aanvraag “en tot op vandaag” geen enkel bindend engagement met Flair (Sanoma), laat staan een structurele overeenkomst. Verzoekster legt een verklaring van de ‘brandmanager Flair’ voor van 27 oktober 2017, waaruit moet blijken dat er nog geen bindend engagement voor dergelijke samenwerking bestaat en dat er pas na de toekenning van het frequentiepakket contacten met Sanoma over samenwerking werden gestart. Luidens dezelfde verklaring zijn die gesprekken “nog niet afgerond”.

18. Wat die samenwerking met Flair betreft antwoordt de verweerde partij in haar nota enkel het volgende:

“Er wordt geponeerd dat het niet op waarheid zou berusten dat er een samenwerking zou bestaan met Flair.

Er moet natuurlijk een onderscheid gemaakt worden tussen de motieven om een erkenning toe te kennen en de handhaving daarvan, de controle of

effectief overeenkomstig de redenen die zijn gegeven en de verdiensten die zijn geformuleerd in de aanvraag, er dan later gewerkt wordt. Uit het stuk dat wordt voorgelegd blijkt dat er geen contract bestond tussen Flair en NV CFM. Klaarblijkelijk is gewacht op de toekenning van de erkenning.”

Beoordeling

19. De nv C FM kreeg een score van 24,25/25 voor ‘inhoud, mix en diversiteit van de programma’s’. In de beoordeling van dit subcriterium wordt onder meer het volgende gesteld:

“Om deze doelstelling hard te maken is een strategisch partnerschap aangegaan waarbij specialisten in diverse gebieden (bekende psychologen, bekende seksuologen, bekende diëtisten, ...) mee de content van de lifestyle-rubrieken zullen bepalen. Zij zullen in het hele zendgebied thema-avonden en lezingen organiseren, opgebouwd rond de thema’s die de doelgroep interesseren. Ook een partnerschap met een bestaand lifestyle magazine wordt geduid.”

Het partnerschap met het betrokken tijdschrift lijkt bijgevolg een factor te zijn geweest bij de beoordeling van de aanvraag van de nv C FM en de toekenning van de score voor het subcriterium ‘inhoud, mix en diversiteit van de programma’s’. Verzoekster maakt echter aannemelijk dat dergelijk partnerschap niet bestond op het ogenblik van de indiening van de erkenningsaanvraag en zelfs op het ogenblik waarop de bestreden beslissing tot stand kwam. Dit wordt door de verwerende partij zelfs niet tegengesproken. Bijgevolg berust de beoordeling van de aanvraag van de nv C FM, wat dit aspect betreft, op een feitelijk fout motief.

Het argument van de verwerende partij dat “een onderscheid gemaakt [moet] worden tussen de motieven om een erkenning toe te kennen en de handhaving daarvan, de controle of effectief overeenkomstig de redenen die zijn gegeven en de verdiensten die zijn geformuleerd in de aanvraag, er dan later gewerkt wordt” lijkt niet dienend. Niet een intentie van samenwerking, maar het bestaan zelf van een overeenkomst met het magazine lijkt immers wel degelijk een medebepalend motief voor de toegekende score voor dit subcriterium te zijn geweest. Het laat zich op het eerste gezicht niet vergelijken met engagementen van

een aanvraagdossier – bijvoorbeeld inzake de omvang van het Vlaamse of Nederlandstalige muziekaanbod – die pas bij de uitvoering van de erkenning kunnen plaatsvinden. Het partnerschap met het tijdschrift is een element waarvan de nv C FM in de aanvraag zelf stelde dat er “alvast een structurele overeenkomst” was. Ook de *baseline* of slagzin van de zender, die in het aanvraagdossier veelvuldig terugkeert, suggereert dergelijk partnerschap. De verwerende partij lijkt bij de beoordeling van de aanvraag van de nv C FM overigens zelf het verschil te erkennen tussen bepaalde voornemens uit het aanvraagdossier en het specifieke, structurele partnerschap met Flair, getuige de beoordeling van het subcriterium ‘samenhang tussen visie en activiteiten’:

“De geplande acties en activiteiten voor de verdere ontwikkeling van de netwerkradio-omroeporganisatie zijn benoemd. Er wordt onder andere ingezet op vernieuwde technologie (DAB+) en samenwerking met verschillende geprinte media. Bij dit laatste duidt de zender onvoldoende hoe die samenwerkingen structureel kunnen zijn, gezien met meerdere partners en gezien zij zich toch sterker binden aan één lifestyle-magazine (die komt tot uiting in de slagzin van de zender).”

Bovendien is het, anders dan de verwerende partij doet uitschijnen, niet zo dat er louter nog geen definitief geformaliseerde overeenkomst voorlag. In het document dat verzoekster voorlegt wordt gesteld dat er volstrekt “geen contact noch enige samenwerking was rond dit dossier tussen Hit FM en Flair/Sanoma Media Belgium”. Uit de beoordeling van de aanvraag van de nv C FM moet evenwel *prima facie* worden afgeleid dat de toegekende score mede steunt op “een partnerschap met een bestaand lifestyle magazine”, dat in de erkenningsaanvraag als een verworvenheid wordt voorgesteld en door de verwerende partij als dusdanig lijkt te zijn beschouwd.

20. Een en ander laat in de huidige stand van de rechtspleging besluiten dat verzoekster aan de verwerende partij terecht verwijt de bestreden beslissing op dit punt te steunen op onjuiste feitelijke gegevens.

In zoverre lijkt de verwerende partij tekort te schieten aan de op haar rustende plicht om de aanvraagdossiers met de vereiste zorgvuldigheid te

beoordelen en lijken het zorgvuldigheidsbeginsel en de materiële motiveringsplicht te zijn geschonden.

21. Het besproken middelonderdeel is in die mate ernstig.

VIII. Belangenafweging

22. De verwerende partij vraagt in haar nota om in het kader van de vordering tot schorsing aan belangenafweging te doen om de vordering af te wijzen. Op de terechtzitting doet zij evenwel uitdrukkelijk afstand van dit verzoek, voor zover de schorsing enkel wordt bevolen op grond van het zo-even ernstig bevonden middelonderdeel.

BESLISSING

1. De Raad van State beveelt de schorsing van de tenuitvoerlegging van de beslissing van de Vlaamse minister van Cultuur, Media, Jeugd en Brussel van 15 september 2017 houdende erkenning van nv C FM als netwerkradio-omroeporganisatie voor frequentiepakket netwerkradio-omroeporganisatie 3 – Ander profiel 1.

2. De Raad van State verwerpt de vordering voor het overige.

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van 22 februari 2018, door de Raad van State, IXe kamer, samengesteld uit:

Geert Van Haegendoren, kamervoorzitter,
bijgestaan door
Vera Wauters, griffier.

De griffier

De voorzitter

Vera Wauters

Geert Van Haegendoren