

VLAAMSE REGULATOR VOOR DE MEDIA

Onafhankelijk toezichthouder voor
de Vlaamse audiovisuele media

ALGEMENE KAMER

**ZAAK VAN ON TOWER NETHERLANDS 6 B.V.,
VOORHEEN BROADCAST TECHNOLOGY &
DEVELOPMENT B.V. t. NORFRING BELGIE N.V.**

(dossier nr. 2019/386)

BESLISSING nr. 2021/001

11 januari 2021

In de zaak van On Tower Netherlands 6 B.V. tegen Norkring België N.V.,

De Vlaamse Regulator voor de Media (algemene kamer), samengesteld uit:

Dhr C. ADAMS, *voorzitter*,
Dhr P. SOURBRON, *ondervoorzitter*,
Dhr R. LANNOO,
Mevr P. VALCKE, *leden*

en Dhr D. PEEREMAN, *griffier*,

Na beraadslaging op 12 oktober 2020 en 11 januari 2021,
Neemt op de laatste datum de volgende beslissing:

FEITEN EN PROCEDURE

1. Met een aangetekende brief van 11 februari 2019 aan de Vlaamse Regulator voor de Media (hierna: VRM) heeft Broadcast Technology & Development B.V., thans On Tower Netherlands 6 B.V. (hierna: de klagende partij), met maatschappelijke zetel Axelsestraat 58 te 4537 AL Terneuzen, Nederland, een klacht ingediend tegen Norkring België N.V. (hierna: Norkring), met maatschappelijke zetel Frankrijklei 106 te 2000 Antwerpen.

De klacht had betrekking op de niet-naleving van artikel 28 van het besluit van de Vlaamse Regering van 18 juli 2008 betreffende de voorwaarden en procedure voor het verkrijgen van een licentie voor het aanbieden van een radio- of televisieomroepnetwerk en de bijbehorende zendvergunningen (hierna : het Procedurebesluit) door het niet (tijdig) in gebruik nemen voor digitale televisie-uitzendingen van pakket 7 (bestaande uit frequentiekanaal 10) dat deel is van de licentie voor het aanbieden van een televisieomroepnetwerk door de VRM toegekend aan Norkring bij beslissing 2009/051 d.d. 22 juni 2009.

2. Bij beslissing 2019/015 van 29 april 2019 heeft de algemene kamer van de VRM de klacht ontvankelijk en gegrond verklaard.

Er werd een inbreuk vastgesteld in hoofde van Norkring op artikel 203 van het decreet van 27 maart 2009 betreffende radio-omroep en televisie (hierna: het Mediadecreet) en artikel 28 van het Procedurebesluit.

Norkring werd in gebreke gesteld en opgedragen om de toestand te regulariseren en uiterlijk op 30 september 2019 aan alle voorschriften te voldoen.

3. Bij beslissing 2019/043 van 9 december 2019 heeft de algemene kamer van de VRM opnieuw een inbreuk op artikel 28 van het Procedurebesluit in hoofde van Norkring vastgesteld.

Norkring wordt nogmaals in gebreke gesteld en krijgt tot 31 juli 2020 om de toestand te regulariseren door aan alle voorschriften te voldoen.

4. Bij brief van 13 februari 2020 vraagt Norkring dat de VRM beslissing 2019/043 zou verduidelijken wat betreft het aantal door te geven omroepprogramma's, het vereiste territoriaal zendbereik en het aantal vereiste zendlocaties.

Bij brief van 28 februari 2020 antwoordt de VRM aan Norkring.

5. In het kader van de opvolging van beslissing 2019/043 van 9 december 2019 wordt Norkring bij aangetekende brief van 17 augustus 2020 van de onderzoeksceel verzocht tegen 1 september 2020 een volledig en gedetailleerd overzicht te bezorgen met de concrete gegevens van alle handelingen die door Norkring werden verricht teneinde zich te conformeren aan de betrokken beslissing.

6. Bij brief van 28 augustus 2020, door de VRM ontvangen op 1 september 2020, antwoordt Norkring geen acties of handelingen te hebben ondernomen in de wijze waarop ze het gebruik van frequentiekanaal 10 invult ten opzichte van de periode voorafgaand aan de beslissing van 9 december 2019, gelet op de onduidelijkheid omtrent de door de VRM vereiste aanpassingen (en de daarbij horende investeringen), dit in lijn met het tegen deze laatste beslissing ingestelde beroep bij de Raad van State.

7. Op de vergadering van 14 september 2020 beslist de algemene kamer van de VRM om de partijen uit te nodigen voor een bijkomende hoorzitting.

Bij aangetekende brief van 17 september 2020 worden beide partijen hiertoe uitgenodigd.

8. Bij mailbericht van 8 oktober 2020 bezorgt de klagende partij aan de VRM en Norkring een recent arrest van de Raad van State dat volgens haar in deze zaak dienstig kan zijn.

9. Bij mailbericht van dezelfde datum bezorgt Norkring haar pleitnota aan de VRM en de klagende partij.

10. Bij mailbericht van 9 oktober 2020 bezorgt de klagende partij haar pleitnota aan de VRM en Norkring.

11. De partijen worden op 12 oktober 2020 gehoord door de algemene kamer van de VRM.

Voor de klagende partij verschijnt Christiaan Lesaffer, advocaat.

Norkring wordt vertegenwoordigd door haar raadsman, Erik Valgaeren, advocaat, en door Dominique Lievyns, Chief Sales & Marketing Officer, en Hugo Gauderis, Technology Manager.

Norkring legt ter zitting een aangepaste pleitnota neer, die ook aan de tegenpartij wordt bezorgd.

TOEPASSELIJKE REGELS

12.1. Artikel 2, 28°, van het Mediadecreet bepaalt:

“In dit decreet wordt verstaan onder :

omroepprogramma : het geheel van programma’s en alle additioneel meegestuurde informatie dat door een omroeporganisatie op basis van een programmaschema wordt aangeboden onder een merk of titel.”

12.2. Artikel 203 van het Mediadecreet luidt als volgt:

“De aanbieder van een etheromroepnetwerk gebruikt de digitale capaciteit van zijn netwerk om omroepprogramma’s uit te zenden.”

12.3. Artikel 228, laatste lid, van het Mediadecreet stelt dat :

“In geval van het ongebruikt laten van de toegewezen zendmogelijkheden of het verkeerd gebruiken ervan, kan de algemene kamer de erkenning van een landelijke, regionale, netwerk- of lokale radio-omroeporganisatie of de vergunning voor een etheromroepnetwerk schorsen of intrekken.”

12.4. Artikelen 28 en 29 van het Procedurebesluit schrijven voor :

“ Art. 28. Licentiehouders die het hen toegekende pakket van frequentieblokken of de hen toegekende individuele of gegroepeerde frequentiekanalen niet in gebruik nemen binnen twee jaar na verwerving kunnen hun licentie verliezen overeenkomstig artikel 29.

Art. 29. De Regulator kan de licentie voor het aanbieden van een radio- of televisieomroepnetwerk schorsen of intrekken als de licentiehouder zich herhaaldelijk niet houdt aan de bepalingen van het Mediadecreet of van dit besluit.

De schorsing of de intrekking wordt steeds voorafgegaan door een ingebrekestelling vanwege de algemene kamer die het omroepnetwerk de kans biedt aan alle voorschriften te voldoen. Het omroepnetwerk beschikt over dertig dagen om de toestand te regulariseren. Die termijn kan door de algemene kamer worden verlengd, naar gelang van de vastgestelde inbreuk.

Op zijn verzoek wordt het omroepnetwerk gehoord.”

A. Argumenten van de klagende partij

13. Wat de feiten uiteenzetting betreft, verwijst de klagende partij naar haar klacht en de voorgaande pleitnota's.

Ze vult aan dat er volgens haar op datum van de laatste pleitnota nog steeds geen gebruik is van frequentiekanaal 10 in de zin dat televisieomroepprogramma's worden doorgegeven met een bereik in het Nederlands taalgebied en het tweetalig gebied Brussel-Hoofdstad. Er is enkel een beperkt bereik rond de zender in Sint-Pieters-Leeuw en Norkring beschikt nog steeds maar over één zendvergunning.

De klagende partij herinnert eraan dat digitale draadloze televisie thans enkel wordt aangeboden door TV Vlaanderen dat evenwel geen gebruik maakt van het desbetreffende kanaal.

Ze merkt op dat Norkring geen enkele uitleg of stuk aanvoert dat zou wijzen op een ruimer zendgebied dan alleen dat van de zender in Sint-Pieters-Leeuw.

14. Wat de gegrondheid van de klacht betreft, staat voor de klagende partij de herhaalde inbreuk op artikel 28 van het Procedurebesluit vast. Ze geeft hiervan een eigen overzicht.

15. De klagende partij acht de vraag of er gebruik is door het doorgeven van twee omroepprogramma's via frequentiekanaal 10 zonder belang voor de verdere beoordeling van de zaak. Het is wel relevant of dit gebeurt in het beoogde zendgebied, hetgeen volgens de klagende partij niet het geval is.

Zij beschouwt het verweer over de voorgehouden onduidelijkheid van beslissing 2019/043 als manifest ongegrond. Het antwoord op de vraag van Norkring hoeveel omroepprogramma's via frequentiekanaal 10 moeten worden doorgegeven ligt immers zowel in het Mediadecreet als in het eigen aanvraagdossier voor de licentie.

De klagende partij stipt aan dat artikel 203 van het Mediadecreet geen welbepaald aantal oplegt maar enkel een minimum, nl. omroepprogramma's, dus minstens twee gelet op de gebruikte meervoudsvorm.

Verder kan Norkring het antwoord in haar eigen aanvraagdossier voor de licentie vinden vermits daarin het geplande aantal door te geven omroepprogramma's overeenkomstig de bijlage van het Procedurebesluit moest worden opgegeven.

16. Wat het zendbereik betreft stelt de klagende partij vast dat Norkring op haar standpunt blijft dat de relevante regelgeving en het digitaal frequentieplan geen enkele vereiste opleggen m.b.t. een "minimale territoriale dekking", hetgeen de VRM volgens de klagende partij in beslissing 2019/043 al overtuigend heeft weerlegd.

De klagende partij stelt verder vast dat Norkring geen enkel argument aanvoert waarom die beoordeling door de VRM onjuist zou zijn of niet voldoende gemotiveerd. Het feit dat Norkring een annulatieberoep tegen die beslissing heeft ingesteld bij de Raad van State, is volgens haar geen dienstig argument vermits de beslissing uitvoerbaar is en Norkring er de schorsing niet van heeft gevorderd.

17. De klagende partij wijst nog op het arrest van de Raad van State nr. 248.477 van 6 oktober 2020 dat handelt over de digitale kanalen 5A en 5D maar volgens haar ook relevant is voor de huidige zaak.

Volgens de klagende partij bevestigt de Raad van State in het betreffende arrest ondubbelzinnig dat een beoogde dekking van het Nederlandse taalgebied en het tweetalig gebied Brussel-Hoofdstad als “landelijk” te beschouwen is, en omgekeerd. Naar analogie met dat arrest moet, aldus de klagende partij, de beoogde dekking van kanaal 10 dan ook als “landelijk” worden beschouwd. De klagende partij besluit dat dat vandaag niet het geval is en dat Norkring dat nooit gedaan heeft vermits ze maar één zendvergunning met een beperkt bereik heeft.

Op de hoorzitting verduidelijkt de klagende partij dat het betrokken arrest uitsluitend relevant is voor wat betreft de invulling van de begrippen “landelijk” en “Nederlandse taalgebied en tweetalig gebied Brussel-Hoofdstad”. Volgens haar vallen die begrippen samen in deze zaak en in de zaak waarover de Raad van State zich heeft uitgesproken op 6 oktober 2020.

18. De klagende partij acht het verweer als zou Norkring niet weten hoeveel zendlocaties zij moet voorzien voor het beoogd landelijk bereik en dus de vereiste investeringen niet kunnen plannen om te voldoen aan beslissing 2019/043, manifest ongegrond en zelfs ongelooftwaardig.

De klagende partij verwijst naar artikel 202, 6°, van het Mediadecreet en naar de bijlage bij het Procedurebesluit (A1. Algemeen, 9° en D. Technische middelen/technisch plan, 1°, 2°, 5°) waarin respectievelijk de voorwaarden staan om een licentie te krijgen en welke informatie de aanvrager in het aanvraagdossier moet opnemen. Zo onder meer : beschikken over de nodige technische infrastructuur of een technisch investeringsplan en een financieel plan ter zake voorleggen - een bedrijfsplan waarin de voorgenomen activiteiten met betrekking tot het radio- of televisie-omroepnetwerk zo volledig mogelijk staan beschreven - een algemene beschrijving van de technische middelen die de aanvrager in staat stellen een infrastructuur aan te leggen, in stand te houden en te exploiteren, bijvoorbeeld het uitbouwen van een netwerk via het aantal te bouwen masten – per frequentieassignatie de geografische coördinaten van de opstellingsplaatsen van de antenne met telkens al hun karakteristieken - de geplande digitale capaciteit, het geplande aantal omroepprogramma's en de kwaliteit van de uitzendingen per frequentieblok of frequentiekanaal.

De klagende partij besluit dat er dus geen sprake is van onduidelijkheid in de beslissing 2019/043 en dat het aanvraagdossier van Norkring het antwoord op al haar vragen over de technische aspecten van het zendbereik bevat.

Waar Norkring in haar pleitnota letterlijk zegt niet te weten hoeveel antennes en zendlocaties zij moet voorzien, betekent dit volgens de klagende partij dat Norkring dit niet zou hebben uitgewerkt in haar aanvraagdossier, hoewel decretaal wel als voorwaarde vereist. Norkring zou dus in rechte erkennen niet te beantwoorden aan één van de decretale voorwaarden voor het verkrijgen van de licentie en zich dus sinds 2009 in een voortdurende staat van inbreuk op artikel 202, 6°, van het Mediadecreet bevinden. Minstens zou Norkring geen wettig belang hebben bij dit verweer.

19. Met betrekking tot de sanctie is de klagende partij van oordeel dat de VRM kan overgaan tot intrekking van de licentie wat betreft frequentiekanaal 10. In deze procedure is voldaan aan de voorwaarde van herhaalde inbreuken op artikel 28 van het Procedurebesluit, Norkring werd tweemaal in gebreke gesteld met telkens toekenning van een ruime regularisatieperiode, en Norkring voert geen enkel element aan waarom ze niet in staat was frequentiekanaal 10 tegen 31 juli 2020 in gebruik te nemen.

B. Argumenten van Norkring

20. Norkring start met een overzicht van de procedure en feiten. Beslissing 2019/043 deed bij Norkring vragen rijzen omtrent het vereiste gebruik : is het uitzenden van twee omroepprogramma's al dan niet voldoende en welk territoriaal zendbereik vereist de VRM om tot een voldoende gebruik te kunnen besluiten.

Norkring vervolgt dat de VRM bij brief van 28 februari 2020 geenszins de vereiste verduidelijking bood die door haar bij brief van 13 februari 2020 gevraagd was. De verwerende partij legt uit dat ze zich dan ook genoodzaakt zag om bij de Raad van State een vernietigingsberoep tegen die beslissing in te stellen.

21. Ten gronde herhaalt en benadrukt Norkring haar standpunt zoals uiteengezet in haar schriftelijke opmerkingen van 14 maart 2019 en tijdens de hoorzittingen van 25 maart 2019 en 9 december 2019.

Norkring stelt na de beslissing 2019/043 de vereiste maatregelen te hebben genomen om omroepprogramma's uit te zenden. Volgens haar wordt dit ook bevestigd in het onderzoeksrapport van de onderzoeksceel van 30 september 2019.

Wat het zendbereik betreft blijft Norkring bij het standpunt dat de wettelijke voorschriften geen enkele verwijzing inhouden of voorwaarde opleggen. Artikel 28 van het Procedurebesluit vereist geen minimale territoriale dekking. Het frequentiekanaal is in gebruik of niet. Het is niet relevant dat het betrokken

kanaal in het frequentieplan een theoretisch beoogd gebied heeft dat het Nederlandse taalgebied en het tweetalig gebied Brussel-Hoofdstad omvat. De vraag of er al dan niet "landelijke" dekking is, moet dan ook niet beantwoord worden. Norkring besluit dat de VRM in beslissing 2019/043 dus ten onrechte heeft vastgesteld dat frequentiekanaal 10 onvoldoende wordt gebruikt.

Norkring acht het door de klagende partij bijgebrachte arrest van de Raad van State over de digitale kanalen 5A en 5D te dezen irrelevant. Het zou gaan om andere technologie, een ander frequentiekanaal en andere regelgeving dan in de huidige zaak. De Raad van State sprak zich volgens Norkring ook niet uit over de vraag wat het begrip "gebruik" inhoudt en in welke mate uitzendingen het louter theoretische bereik effectief moeten bereiken, enkel op grond van die gebruiksvereiste.

22. Norkring vervolgt dat, zelfs indien het standpunt van de VRM inhoudelijk grond zou vinden in de regelgeving, de VRM onvoldoende duidelijkheid bood over welke aanpassingen zij vereist om Norkring toe te laten haar gebruik van frequentiekanaal 10 te conformeren. Norkring kon zich onmogelijk tegen 31 juli 2020 conformeren aan de beslissing van de VRM, temeer daar ze geen nuttig antwoord van de VRM ontving na haar vraag om verduidelijking.

Norkring herhaalt dat de beslissing 2019/043 de vraag onbeantwoord laat of het uitzenden van twee omroepprogramma's voldoende is. En dat blijft voor haar onduidelijk na het antwoord van de VRM van 28 februari 2020.

Wat het zendbereik betreft verzocht Norkring de VRM ook over bijkomende duiding rond de verwachte investeringen, onder andere rond het vereiste territoriale zendbereik en het vereiste aantal zendlocaties. Volgens Norkring geeft de beslissing 2019/043 louter aan wat niet voldoende is, zonder te verduidelijken wat dan wel vereist is. Duidelijkheid op dit vlak is essentieel want afhankelijk van de vereiste aanpassingen, kan de investeringskost zeer hoog oplopen. Norkring stelt als zorgvuldige aanbieder steeds de vereiste investeringen door te voeren om aan de reglementaire verplichtingen te voldoen en om haar klanten een optimale dienstverlening te bieden. Na de beslissing 2019/015 voerde Norkring reeds aanzienlijke investeringen door om zich te conformeren aan die beslissing. Norkring merkt op dat het bereik van een zendlocatie in grote mate mee beïnvloed wordt door bijvoorbeeld het type van ontvangst dat gewenst is : zo is bereik voor ontvangst met een buitenantenne groter dan bereik voor ontvangst met een binnenantenne. Noch de beslissing 2019/043 noch het antwoord van de VRM op het verzoek van Norkring verschaft hierover duidelijkheid. Op die manier is het voor Norkring geheel onduidelijk hoeveel antennes en zendlocaties zij moet voorzien voor een "voldoende" gebruik.

In tegenstelling tot wat de klagende partij aanvoert, is volgens Norkring haar aanvraagdossier in deze irrelevant.

Norkring stelt dat zij in het aanvraagdossier uitging van haar eigen technische kennis om de vereiste technische parameters in te vullen maar dat deze

aanname door beslissing 2019/043 op losse schroeven werd geplaatst. Daarenboven gaat het aanvraagdossier uit van een aantal prognoses rond commerciële haalbaarheid die bij het indienen van het dossier in lijn lagen met de verwachtingen op de markt, doch die heden niet meer geldig zijn.

23. In het licht van dit alles, zou het volgens Norkring dan ook onzorgvuldig zijn indien de VRM in het kader van deze procedure sancties zou nemen wegens onvoldoende gebruik van frequentiekanaal 10. Niet alleen vindt het standpunt van de klagende partij en de VRM geen grond in de regelgeving, de procedure voor de Raad van State tegen beslissing 2019/043 is nog lopende. De VRM zou aldus op onverantwoorde wijze een voorafname doen op die lopende procedure.

Bovendien zouden sancties in de huidige maatschappelijke context - midden in de COVID-19 crisis – uiterst te betreuren zijn, temeer daar Norkring momenteel als enige een vorm van mogelijke concurrentie voor kabeltelevisie een kans geeft via frequentiekanaal 10 terwijl de VRT is gestopt met haar digitaal ether televisieaanbod.

24. Op de hoorzitting bevestigt Norkring dat er sinds de beslissing 2019/043 en de brief van 28 augustus 2020 geen acties of handelingen zijn ondernomen in de wijze waarop Norkring het gebruik van frequentiekanaal 10 invult.

De verwerende partij bevestigt ook dat het ingestelde beroep bij de Raad van State geen schorsende werking heeft en verduidelijkt geen procedure wegens uiterst dringende noodzakelijkheid te hebben ingesteld omdat dat toen niet nodig werd geacht.

Norkring bevestigt op de hoorzitting dat de feitelijke situatie niet veranderd is maar wijst nogmaals op de nieuwe juridische elementen : vooreerst de procedure die zij voor de Raad van State heeft ingeleid tegen beslissing 2019/043 en vervolgens twee nieuwe elementen aangebracht door de klagende partij. Deze elementen zijn, ten eerste, het recente arrest van de Raad van State over de digitale kanalen 5A en 5D, waarvan Norkring de irrelevantie hoger al beschreven heeft. Het tweede nieuwe element betreft de verwijzing naar het aanvraagdossier van Norkring dat verplichtend of zelfs indicatief zou zijn om te bepalen wat onder bereik en gebruik zou moeten worden verstaan. Norkring voert aan dat haar aanvraagdossier niet kan anticiperen op een beslissing van de VRM.

C. Beoordeling

25. Aangezien het besluit van de Vlaamse Regering van 30 juni 2006 betreffende de procedure voor de Vlaamse Regulator voor de Media niet voorziet in het neerleggen van een pleitnota, worden deze stukken slechts als inlichting in aanmerking genomen.

26. Uit het onderzoek en de niet betwiste gegevens van de zaak blijkt dat Norkring, na de ingebrekestelling bij beslissingen 2019/015 en 2019/043, via frequentiekanaal 10 sinds september 2019 twee omroepprogramma's, aangeboden door M7 Group, uitzendt vanop de enige zendlocatie te Sint-Pieters-Leeuw. Er zijn geen andere zendvergunningen voor frequentiekanaal 10 verleend noch aangevraagd en de feitelijke situatie is dus dezelfde gebleven als op het ogenblik dat beslissing 2019/043 werd genomen.

27. Het verweer dat beslissing 2019/043 onvoldoende duidelijk zou zijn, wordt niet aanvaard. De VRM verwijst daartoe naar zijn brief van 28 februari 2020 aan Norkring. Verder maakt beslissing 2019/043 inmiddels het voorwerp uit van een door Norkring ingesteld annulatieberoep bij de Raad van State, die er zich over dient uit te spreken.

28. Het standpunt dat de VRM zijn beslissing in de huidige zaak zou moeten uitstellen totdat er een uitspraak van de Raad van State is in het voornoemde annulatieberoep, wordt niet gevolgd. Zoals Norkring zelf bevestigt, is er geen vordering tot schorsing, al dan niet bij uiterst dringende noodzakelijkheid, ingesteld en heeft het instellen van een beroep tot nietigverklaring geen schorsende werking. Het staat Norkring vrij al dan niet gebruik te maken van de voorhanden zijnde rechtsmiddelen tegen de huidige beslissing.

29. Het door de klagende partij bijgebrachte arrest van de Raad van State van 6 oktober 2020 heeft geen invloed op de beoordeling van de huidige zaak. Het gaat om een zaak met een ander voorwerp waarin enkel in de feitelijke uiteenzetting wordt vermeld dat met "landelijke" dekking het Nederlandse taalgebied en het tweetalige gebied Brussel-Hoofdstad wordt bedoeld en waarin het annulatieberoep overigens wordt verworpen.

30. Ten gronde faalt het verweer dat het aanvraagdossier van Norkring niet relevant zou zijn in deze zaak.

De licentie werd net op basis van dat aanvraagdossier aan Norkring verleend. Bij het opstellen en indienen van het aanvraagdossier wist Norkring dat het om een licentie met een duurtijd van 15 jaar ging, die zelfs mogelijk met nog eens 15 jaar kon worden verlengd. Norkring had bij het indienen van de aanvraag een duidelijk plan voor ogen dat zij meende te kunnen realiseren om gedurende 15 jaar een omroepnetwerk voor digitale ethertelevisie aan te bieden. Het gegeven dat Norkring een te optimistische business-case heeft ingediend die ze naar eigen zeggen niet meer kan waarmaken, kan niet tot gevolg hebben dat in deze zaak niet zou mogen worden verwezen naar het aanvraagdossier. Overigens steunt Norkring zich zelf op het aanvraagdossier wanneer ze aanvoert dat ze de capaciteit van frequentiekanaal 10 nodig zal hebben om uitzendingen in HD te kunnen verzorgen.¹

31. Uit het voorgaande blijkt dat Norkring geen enkel nieuw of dienstig argument aanbrengt waarom de VRM thans tot een andere beslissing zou moeten komen dan in beslissing 2019/043 van 9 december 2019.

Norkring heeft geen enkele actie ondernomen om iets te wijzigen aan de situatie sinds de ingebrekestelling bij beslissing 2019/043 : Norkring zendt op frequentiekanaal 10 met een beperkt bereik twee omroepprogramma's uit van op de enige zendlocatie te Sint-Pieters-Leeuw.

32. Het verweer dat de regelgeving geen verplichtingen zou opleggen inzake het territoriaal gebruik van frequentiekanaal 10, wordt opnieuw niet bijgetreden.

Zoals reeds werd overwogen in beslissing 2019/043, kan Norkring haar licentie niet los zien van wat in het Vlaams digitaal frequentieplan voor aanbieders van radio- en televisieomroepnetwerken² is bepaald met betrekking tot de vergunde pakketten. Meer nog, in de beslissing 2009/051 van 22 juni 2009, waarbij aan Norkring de licentie wordt toegekend, wordt expliciet verwezen naar het besluit van de Vlaamse Regering van 17 oktober 2008³ dat herneemt wat in dat digitaal frequentieplan is voorgeschreven wat betreft de pakketten waarvoor de licentie geldt en waarbij het theoretisch beoogd gebied van elk pakket aldus duidelijk wordt beschreven. Voor pakket 7, bestaande uit frequentiekanaal 10, wordt als theoretisch beoogd gebied het Nederlandse taalgebied en het tweetalig gebied Brussel-Hoofdstad bepaald.

Verder definieert het Procedurebesluit, waarnaar diezelfde beslissing 2009/051 ook verwijst, in artikel 1, 6^o, een licentie als "*de vergunning voor het aanbieden*

¹ Zie punt 16. in VRM-beslissing 2019/043 van 9 december 2019.

² Besluit van de Vlaamse Regering van 12 oktober 2007 houdende de vaststelling van het digitaal frequentieplan voor aanbieders van radio- en televisieomroepnetwerken, BS 6 november 2007.

³ Besluit van de Vlaamse Regering van 17 oktober 2008 houdende de vastlegging van de pakketten van digitale frequenties die zullen worden vrijgegeven tijdens een eerste vergelijkende toets voor het verkrijgen van een vergunning voor het aanbieden van een radio- of televisieomroepnetwerk en de bijhorende zendvergunningen, BS 21 november 2008.

van een radio- of televisieomroepnetwerk voor een specifiek pakket van frequentieblokken of frequentiekanalen, voor de bediening van een theoretisch beoogd gebied (eigen onderlijning). Daaruit blijkt ontegensprekelijk dat met een licentie het theoretisch beoogd gebied van een frequentieblok of frequentiekanaal moet worden bediend. De regelgeving legt aldus wel degelijk verplichtingen inzake territoriaal gebruik op.

Het hoeft geen betoog dat één antenne met een straal van zestig kilometer rond Sint-Pieters-Leeuw niet voldoende is om een volledig zendbereik van het theoretisch beoogd gebied van frequentiekanaal 10 te bekomen. Een enige zendlocatie te Sint-Pieters-Leeuw met een beperkt bereik volstaat dus niet voor de dekking of bediening van het theoretisch beoogd gebied van frequentiekanaal 10.

33. Overigens voorziet Norkring in het aanvraagdossier op basis waarvan de licentie werd verleend een veel uitgebreidere invulling en dekking van frequentiekanaal 10 dan wat heden het geval is : in bijlage D2.⁴ koppelt Norkring het gebruik van dat kanaal aan dertig zendlocaties en kondigt hierbij voor Sint-Pieters-Leeuw ook aan om ND (niet-directioneel, dus rondstralend) een ERP (maximaal uitgestraald vermogen) van 5kW (5000 watt) te zullen gebruiken. Momenteel heeft Norkring hiervoor een zendvergunning⁵ voor een ERP van 24 dBW, wat zowat neerkomt op een maximale inzet van 250 Watt. In bijlage D3.⁶ legt Norkring uit het netwerk in twee fasen te zullen bouwen en geeft voor elke fase het percentage weer van de bereikte bevolking in Vlaanderen, Brussel en 13 centrumsteden voor wat betreft vaste dakontvangst, draagbare buitenontvangst en draagbare binnenontvangst. Voor dit alles stelt bijlage D4.⁷ als datum van geplande ingebruikname 30 december 2011 voorop.

Op bladzijde 20 van het aanvraagdossier schrijft Norkring nog : *“Het voorstel van Norkring België garandeert dat de terrestriële DVB-T en DVB-H netwerken op een economisch haalbare manier worden ingevoerd. De nadruk ligt op wat realistisch haalbaar is.”*

Het valt niet in te zien waarom Norkring investeringen voor dertig zendlocaties verspreid over heel Vlaanderen en Brussel in het aanvraagdossier zou voorzien indien één zendlocatie te Sint-Pieters-Leeuw had volstaan om volgens eigen zeggen meer dan 99,9% van de bevolking in Vlaanderen en Brussel te bereiken voor vaste dakontvangst, meer dan 98,3% van de bevolking in Vlaanderen en Brussel voor draagbare buitenontvangst en 73,1% van de bevolking in Vlaanderen en Brussel voor draagbare binnenontvangst.

34. Zoals eveneens werd overwogen in beslissing 2019/043, zijn frequenties, ook digitale frequenties, een schaars goed dat efficiënt gebruikt moet worden. Door

⁴ Aanvraagdossier Norkring, bijlage D2., blz.4.

⁵ Zendvergunning van 22 mei 2017.

⁶ Aanvraagdossier Norkring, bijlage D3., blz. 31-32.

⁷ Aanvraagdossier Norkring, bijlage D4., blz. 4.

te stellen dat uitsluitend een volledig niet-gebruik van een frequentiekanaal gesanctioneerd zou kunnen worden in het licht van artikel 28 van het Procedurebesluit, negeert Norkring niet alleen het schaarste-argument maar miskent ze daardoor zeker de geest van de regelgeving.

De stelling van Norkring dat frequentiekanaal 10 zou worden gebruikt zoals de regelgeving het vereist door uit te zenden met slechts één zendvergunning vanop één zendlocatie met een bereik van maximaal 60 kilometer, waarbij het geen rol zou spelen dat het theoretisch beoogd gebied van dat frequentiekanaal nochtans heel Vlaanderen en Brussel-Hoofdstad omvat, wordt in het licht van dat schaarste-argument, de ter zake geldende regelgeving en rekening houdend met het eigen aanvraagdossier van Norkring niet bijgetreden door de VRM.

35. Norkring brengt geen enkel concreet element aan waaruit zou kunnen blijken dat ze de nodige inspanningen levert om alsnog een business-case met betrekking tot frequentiekanaal 10 uit te bouwen noch dat ze op korte termijn met uitzendingen in HD zou starten terwijl de licentie intussen al van 22 juni 2009 dateert en de enige zendvergunning van 22 mei 2017.

Integendeel, Norkring werpt op dat haar aanvraagdossier destijds gebaseerd was op prognoses op basis van de toenmalige marktsituatie die nu gewijzigd is. Hiermee zegt Norkring dat ze destijds een optimistische business-case heeft ingediend terwijl de markt intussen niet meer toelaat om meer te doen dan wat momenteel wordt aangeboden. Nochtans wist Norkring dat de licentie een geldigheidsduur van 15 jaar had. Met andere woorden, hiermee geeft Norkring de facto zelf te kennen over te veel capaciteit en/of frequentiekanaalen te beschikken voor het aanbieden van digitale televisie via de ether.

De VRM besluit derhalve dat Norkring tot op heden geen daadwerkelijk gebruik aantoonde van frequentiekanaal 10.

36. Uit al het voorgaande volgt dat de licentie voor het aanbieden van een televisieomroepnetwerk voor wat betreft frequentiekanaal 10 met als theoretisch beoogd gebied het Nederlandse taalgebied en het tweetalig gebied Brussel-Hoofdstad, niet in gebruik is genomen door via één zendlocatie met een zendbereik van maximaal zestig kilometer uit te zenden, terwijl er reeds meer dan twee jaar verstreken is na het verwerven van de licentie. Overeenkomstig artikel 28 van het Procedurebesluit kan de licentiehouder derhalve zijn licentie met betrekking tot het niet in gebruik genomen frequentiekanaal 10 verliezen.

Het argument dat sancties in de huidige maatschappelijke context - midden in de COVID-19 crisis - uitermate te betreuren zouden zijn, temeer daar Norkring momenteel als enige een vorm van mogelijke concurrentie voor kabeltelevisie een kans geeft via frequentiekanaal 10 terwijl de VRT is gestopt met haar digitaal ether televisieaanbod, overtuigt niet. Het aandeel van de COVID-19 crisis kan in deze zaak niet doorslaggevend worden geacht, gezien de klacht dateert van 11

februari 2019 en betrekking heeft op feiten die al meer dan twee jaar spelen. Bovendien valt het te betwijfelen of het huidige aanbod op frequentiekanaal 10 voor consumenten als volwaardige concurrentie kan gelden voor het bestaande aanbod van kabeltelevisie bij de verschillende dienstenverdelers.

37. Wat de sanctie betreft, is een intrekking van de licentie overeenkomstig artikel 29 van het Procedurebesluit slechts mogelijk na herhaaldelijke schendingen van het Mediadecreet of het Procedurebesluit. Ten aanzien van de betrokken licentiehouder gaat het in dit geval om een derde inbreuk.

Overeenkomstig datzelfde artikel kan de VRM de licentiehouder wel in gebreke stellen waarbij deze laatste een regularisatietermijn krijgt om zich te conformeren aan alle voorschriften.

Bij beslissing 2019/015 van 29 april 2019 en beslissing 2019/043 van 9 december 2019 werd Norkring reeds tweemaal in gebreke gesteld voor schendingen van het Mediadecreet of het Procedurebesluit. Bij deze beslissing wordt een derde schending vastgesteld. Aldus is voldaan aan de voorwaarde van herhaaldelijke schendingen. Een nieuwe regularisatietermijn acht de VRM niet meer nuttig nu Norkring zelf aanvoert geen business-case meer te hebben voor frequentiekanaal 10 en geen verdere acties meer te ondernemen.

OM DEZE REDENEN, BESLIST DE VLAAMSE REGULATOR VOOR DE MEDIA

in hoofde van Norkring België N.V. een inbreuk vast te stellen op artikel 28 van het Procedurebesluit;

Overeenkomstig artikel 228, laatste lid, van het Mediadecreet en artikel 29, lid 1, van het Procedurebesluit, de licentie voor het aanbieden van een televisieomroepnetwerk, verleend op 22 juni 2009 aan Norkring België N.V., in te trekken voor wat betreft pakket 7/frequentiekanaal 10.

Aldus uitgesproken te Brussel op 11 januari 2021.

D. PEEREMAN
griffier

C. ADAMS
voorzitter

Tegen deze beslissing kan beroep tot nietigverklaring worden aangetekend bij de Raad van State. Dat beroep moet worden ingesteld bij aangetekende brief binnen zestig dagen na de kennisgeving, overeenkomstig de bepalingen van de gecoördineerde wetten op de Raad van State en het besluit van de regent van 23 augustus 1948 tot regeling van de rechtspleging voor de afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State.