

VLAAMSE REGULATOR VOOR DE MEDIA

Onafhankelijk toezichthouder voor
de Vlaamse audiovisuele media

ALGEMENE KAMER

**ZAAK VAN VZW RADIO CLUB FM t. NV SBS MEDIA
BELGIUM**

(dossier nr. 2018/358)

BESLISSING nr. 2018/046

26 november 2018

In de zaken van VZW Radio Club FM tegen NV SBS Media Belgium,

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

Dhr C. ADAMS, *voorzitter*,
Dhr P. SOURBRON, *ondervoorzitter*,
Dhr R. LANNOO,
Mevr P. VALCKE,
Mevr K. VAN DER PERRE, *leden*

en Dhr D. PEEREMAN, *griffier*,

Na beraadslaging op 26 november 2018,
Neemt op dezelfde datum de volgende beslissing:

FEITEN EN PROCEDURE

1. Met een aangetekende brief van 13 september 2018 aan de Vlaamse Regulator voor de Media (hierna: VRM) legt VZW Radio Club FM (hierna: de klager), met maatschappelijke zetel Cesar Meeusstraat 5 te 9240 Zele, klacht neer tegen de netwerkradio-omroeporganisatie NV SBS Media Belgium (hierna: SBS/NRJ), met maatschappelijke zetel Harensessteenweg 224 te 1800 Vilvoorde. De klacht is gesteund op een reeks feitelijke vaststellingen dat SBS/NRJ zich niet aan het ingediende aanvraagdossier zou houden, waardoor in realiteit een ander radioproject zou worden gerealiseerd en het radioprofiel gewijzigd is. De klager vraagt de intrekking van de erkenning omwille van de omvang en de ernst van de inbreuken.

2. Bij aangetekende brief van 19 september 2018 wordt een afschrift van de klacht aan SBS/NRJ bezorgd. De netwerkradio-omroeporganisatie wordt met dezelfde brief uitgenodigd om schriftelijke opmerkingen in te dienen.

3. Bij aangetekende brieven van 27 september 2018 worden de klager en SBS/NRJ uitgenodigd voor de zitting op 12 november 2018.

4. Op 4 oktober 2018 bezorgt SBS/NRJ schriftelijke opmerkingen.

Op vraag van de VRM verduidelijkt SBS/NRJ bij e-mailbericht van 25 oktober 2018 welke stukken een vertrouwelijk karakter bezitten en bijgevolg aan het inzagerecht van de klager moeten worden onttrokken.

Bij aangetekende brief van 6 november 2018 worden de schriftelijke opmerkingen aan de klager bezorgd.

5. Bij e-mailberichten van 8 en 9 november 2018 bezorgt de klager een wederantwoordnota als weergave van het mondeling betoog op de zitting van 12 november 2018.

6. Op de zitting van 12 november 2018 wordt de klager vertegenwoordigd door zijn raadsman, Christiaan Lesaffer, advocaat, en bijgestaan door Sebastien Van Sever.

Voor SBS/NRJ verschijnen haar raadslieden, Charlotte De Wolf en Carlos De Wolf, beiden advocaat, Peter Quaghebeur, chief executive officer, Tom Klerkx, algemeen directeur, Liesbet Hauben, senior legal counsel, en Kristof Demasure, woordvoerder.

Op deze zitting legt SBS/NRJ een pleitnota neer.

TOEPASSELIJKE REGELS

7.1. Artikel 143/1, van het decreet van 27 maart 2009 betreffende radio-omroep en televisie (hierna: het Mediadecreet) bepaalt :

“De netwerkradio-omroeporganisaties hebben tot taak binnen het aan hen toegewezen verzorgingsgebied een programma-aanbod te brengen dat is opgebouwd uit luistertijd rond een van de volgende thema’s, profielen of aanbod:

1° een generalistisch profiel of muziekaanbod, met inbegrip van het brengen van journaals en informatie;

2° een Nederlandstalig en Vlaams profiel of muziekaanbod;

3° andere profielen of muziekaanbod.

De Vlaamse Regering erkent ten minste één netwerkradio-omroeporganisatie waarvan het programma-aanbod is opgebouwd rond een Nederlandstalig en Vlaams profiel of muziekaanbod.”

7.2. Artikel 143/2, van het Mediadecreet schrijft voor :

“§ 1. Om erkend te worden en te blijven, moeten de netwerkradio-omroeporganisaties voldoen aan al de volgende voorwaarden:

1° de voorwaarden, vermeld in artikel 129, 130, 131, 135 en 143/1;

2° de volgende basisvoorwaarden:

a) de netwerkradio-omroeporganisaties worden opgericht in de vorm van een rechtspersoon. Het maatschappelijke doel van de rechtspersoon bestaat in het verzorgen van radioprogramma's. De netwerkradio-omroeporganisaties kunnen alle activiteiten verrichten die rechtstreeks of onrechtstreeks bijdragen tot de verwezenlijking van hun maatschappelijke doel als die activiteiten samenvallen of verband houden met de omroepactiviteiten.

De leden van de raad van bestuur bekleden geen politiek mandaat en zijn geen beheerder of bestuurder van de openbare omroeporganisatie of een andere rechtspersoon die een landelijke, regionale, netwerk- of lokale radio-omroeporganisatie beheert.

Rechtstreekse of onrechtstreekse bindingen tussen netwerkradio-omroeporganisaties leiden er niet toe dat een onderneming of rechtspersoon zeggenschap uitoefent over meer dan twee netwerkradio-omroeporganisaties. Rechtstreekse of onrechtstreekse bindingen tussen netwerkradio-omroeporganisaties en landelijke radio-omroeporganisaties leiden er niet toe dat een onderneming of rechtspersoon zeggenschap uitoefent over meer dan één netwerkradio-omroeporganisatie en één landelijke radio-omroeporganisatie;

b) de netwerkradio-omroeporganisatie, vermeld in artikel 143/1, eerste lid, 1°, zendt minstens vier journaals per dag uit die een verscheidenheid aan onderwerpen bevatten;

c) de netwerkradio-omroeporganisatie, vermeld in artikel 143/1, eerste lid, 2°, zendt een aanzienlijk deel van het aanbod uit via de invulling van het Nederlandstalige en Vlaamse profiel of muziekaanbod. De Vlaamse Regering bepaalt dit deel.

De netwerkradio-omroeporganisatie, vermeld in artikel 143/1, eerste lid, 3°, zendt een aanzienlijk deel van het aanbod uit via de invulling van het specifieke gekozen profiel of muziekaanbod. Een deel van dit muziekaanbod bestaat uit Vlaamse muziekproducties;

d) in afwijking van artikel 131 kunnen netwerkradio-omroeporganisaties als vermeld in artikel 143/1, eerste lid, 2° en 3°, die journaals brengen maar die niet over een eigen redactie beschikken die onder leiding en verantwoordelijkheid van een hoofdredacteur staat en waarvan de redactionele onafhankelijkheid niet gewaarborgd en in een redactiestatuut is vastgelegd, samenwerken met andere redacties als daarbij de onafhankelijkheid van de berichtgeving niet in het gedrang komt en als de redactie waarmee wordt samengewerkt op haar beurt wel voldoet aan de voorwaarden, vermeld in artikel 131;

e) de netwerkradio-omroeporganisaties delen de nodige informatie mee bij de aanvraag tot erkenning. De Vlaamse Regering bepaalt de inhoud en modaliteiten met betrekking tot die informatie.

§ 2. De Vlaamse Regering legt aanvullende kwalificatiecriteria voor erkenning op en kent aan elk van die criteria een weging toe.

De aanvullende kwalificatiecriteria, vermeld in het eerste lid, hebben betrekking 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° voor de netwerkradio-omroeporganisatie, vermeld in artikel 143/1, eerste lid, 1°, de invulling van de voorwaarde, vermeld in artikel 143/2, § 1, 2°, b);

7° voor de netwerkradio-omroeporganisaties, vermeld in artikel 143/1, eerste lid, 2° en 3°, de invulling van de voorwaarden, vermeld in artikel 143/2, § 1, 2°, c)."

7.3. Artikel 143/3, van het Mediadecreet luidt als volgt :

"§ 1. De netwerkradio-omroeporganisaties houden zich, nadat ze een erkenning hebben gekregen, voor de volledige duur van de erkenning aan de basisvoorwaarden, vermeld in artikel 143/1 en 143/2, § 1, in overeenstemming waarmee de Vlaamse Regering de erkenning heeft uitgereikt.

§ 2. De netwerkradio-omroeporganisaties die, nadat ze de erkenning hebben verkregen, wijzigingen willen aanbrengen in de gegevens, vermeld in de door hen ingediende offerte, waardoor wordt afgeweken van de aanvullende

kwalificatie-criteria, in artikel 143/2, § 2, 1°, voor wat betreft het zendschema en in artikel 143/2, § 2, 3°, 4° en 5°, brengen de Vlaamse Regulator voor de Media daarvan op de hoogte. De kennisgeving wordt conform artikel 219 gedaan.

In afwijking van paragraaf 1 en paragraaf 2, eerste lid, worden wijzigingen die betrekking hebben op de statuten of op de aandeelhoudersstructuur aan de Vlaamse Regering ter goedkeuring voorgelegd. Bij de beoordeling van de wijzigingen houdt de Vlaamse Regering rekening met het in stand houden van het pluralisme en de diversiteit in het radiolandschap.”

A. Argumenten van de klager

8. Ontvankelijkheid

De klager wijst op de tijdigheid van het indienen van de klacht en voert een tweeledig belang aan bij deze klacht.

Eenzijds was de klager ook kandidaat voor een erkenning op het frequentiepakket 1. Bij besluit van 15 september 2017 kende de bevoegde minister deze erkenning toe aan SBS/NRJ voor een omroepprogramma met als roepnaam “S-Radio”. Tegen dit ministerieel besluit stelde de klager beroep in bij de Raad van State. Het annulatieberoep is nog hangende.

Ingeval van intrekking van de erkenning door de VRM zou de klager minstens een nieuwe kans krijgen op het bekomen van een nieuwe erkenning, hetzij in het kader van een heroverwegingsprocedure hetzij na een nieuwe oproep tot kandidaatstelling in het Belgisch Staatsblad.

Anderzijds krijgt de klager te maken met oneerlijke concurrentie door SBS/NRJ omdat die zich niet houdt aan het ingediende aanvraagdossier : via de erkenning beschikt SBS/NRJ over een FM-frequentiepakket met quasi landelijke dekking, een maatschappelijk én economisch zeer waardevol goed. Dit zou SBS/NRJ immers toelaten meer reclame-inkomsten te kunnen genereren dan de klager die zelf via internet en DAB+ uitzendt en dus een veel beperkter bereik zou hebben waardoor hij commercieel minder interessant zou zijn voor adverteerders.

9. Ten gronde : algemeen

9.1. Met betrekking tot de gegrondheid van de klacht erkent de klager dat het de VRM niet toekomt te oordelen over de wettigheid van de erkenning van SBS/NRJ.

De klager stelt dat hij met de voorliggende klacht die wettigheid ook niet aanvecht maar zich steunt op een reeks feitelijke vaststellingen dat SBS/NRJ zich niet houdt aan het door haar ingediende aanvraagdossier op basis waarvan ze de erkenning verkreeg en waardoor ze artikel 143/2, §§ 1 en 2, van het Mediadecreet schendt.

9.2. Wat de ratio legis van dit artikel betreft, wijst de klager erop dat de decreetgever voor de verdeling van de FM-frequenties, welke een schaars en maatschappelijk goed zijn, uit verschillende modellen geopteerd heeft voor de vergelijkende toets waarbij de aanvraagdossiers inhoudelijk worden beoordeeld aan de hand van gunningscriteria en, in het geval van netwerkradio-omroeporganisaties, van een decretaal bepaald profiel.

De inhoudelijke beoordeling van de aanvraagdossiers is volgens de klager dus cruciaal en constitutief voor de erkenningsbeslissing. Dat zou betekenen dat een erkende kandidaat later niet van zijn aanvraagdossier mag afwijken op een zodanige wijze dat de eerdere beoordeling zinledig wordt doordat in realiteit een ander radioproject wordt gerealiseerd, laat staan dat daardoor van profiel mag worden veranderd.

De klager erkent dat het Mediadecreet toelaat dat via een melding aan de VRM wijzigingen worden aangebracht aan het erkende aanvraagdossier voor wat betreft de aanvullende kwalificatiecriteria. Het mag slechts om beperkte afwijkingen gaan en op een gerealiseerde aanvraag.

Volgens de klager is een afwijking op het gekozen profiel echter niet toegelaten, evenmin als een afwijking op het zesde aanvullend kwalificatiecriterium (nieuwsaanbod door eigen redactie) omdat dit niet is opgenomen in artikel 143/3, § 2, van het Mediadecreet.

10. Ten gronde : inbreuken

10.1. *Niet toegelaten wijziging van profiel*

Volgens de klager is het profiel van SBS/NRJ in realiteit een ander profiel dan datgene waarvoor de omroeporganisatie erkend werd. Het aanvraagdossier stelde een eigen project voor dat SBS/NRJ zou uitbouwen tot iets wat tot nu toe niet op de markt is, terwijl het NRJ-format in wezen een franchise- of licentiemodel van een Franse onderneming is op basis van een bestaand merk en format.

De klager steunt zich hiervoor op zijn analyse van het aanvraagdossier, op door hem gemaakte opnames van 6 en 8 september 2018 ter vergelijking met het aanvraagdossier en op interviews met de CEO en directeur van SBS/NRJ.

De klager haalt een aantal elementen uit die analyse aan : de invulling van het programmaschema met een sterke link met de televisieactiviteiten van SBS/NRJ, het gekozen muzikaal profiel, format, profilering naar adverteerders toe, doelpubliek.

De klager stelt dat, wanneer al die elementen samen bekeken worden, dit tot de conclusie leidt dat voor een ander profiel gekozen werd.

Voor de klager is het duidelijk dat wat SBS/NRJ in realiteit doet mijlenver staat van wat in het aanvraagdossier werd beschreven. Het is gewoon een ander project met een ander profiel. De hit- en jongerenzender met als baseline "Hit Music Only" zoals SBS/NRJ volgens de klager sinds 3 september 2018 brengt, valt volgens hem onder "ander" profiel en niet onder "generalistisch" profiel. De klager besluit dat de overgang van "S-Radio" naar "NRJ" een niet toegelaten profielwijziging is en ver buiten de marge staat die is toegelaten voor afwijkingen van het initiële aanvraagdossier betreffende de aanvullende kwalificatiecriteria.

10.2. *Programma-aanbod en zendschema*

Volgens de klager blijkt uit de opgenomen uitzendingen van 6 en 8 september 2018 dat wat in realiteit wordt uitgezonden, fundamenteel afwijkt van het aanvraagdossier en niet kwalificeert als een toegelaten, louter te melden afwijking op een aanvullend kwalificatiecriterium.

10.3. *Media-ervaring, financieel en businessplan, technische (zend)infrastructuur – uitrol*

Volgens de klager betreft het hier een reeks elementen die op zich een flexibele benadering kunnen rechtvaardigen maar waar opnieuw de ondergrens is dat door een reeks van (kleine, al dan niet beperkte) afwijkingen tegenover het initiële aanvraagdossier geen totaal ander project gerealiseerd wordt, zeker niet wanneer dat tot een profielwijziging leidt :

- Media-ervaring : intussen is duidelijk dat andere personen de netwerkradio zullen leiden;
- Financieel en businessplan in het aanvraagdossier klopt niet meer : er waren voor 2018 al aanzienlijke inkomsten voorzien via reclame-inkomsten. Zelfs al zou S-Radio in september op antenne zijn gegaan, dan nog zou het plan niet meer kunnen kloppen. De eigen reclameregie is een externe geworden. Een eigen hoogkwalitatief zenderpark wordt vervangen door leasing waardoor het technische plan uit het aanvraagdossier volledig onjuist is;
- Technische (zend)infrastructuur – uitrol : SBS/NRJ had ambitie op 1 januari 2018 in de lucht te zijn terwijl de uitzendingen pas op 3 september 2018 zijn gestart;

10.4. *Nieuwsaanbod en eigen nieuwsredactie*

De klager wijst erop dat de decreetgever voor het generalistisch profiel groot belang hecht aan het nieuwsaanbod, verzorgd door een eigen redactie en met een minimum van 4 nieuwsuitzendingen per dag. De klager herinnert er aan dat het decreet niet toelaat om van dit zesde aanvullend kwalificatiecriterium af te wijken. De klager voert vervolgens aan dat SBS/NRJ in zijn aanvraagdossier ver boven het decreetale minimum ging door aan te geven 22 journaals te zullen uitzenden. SBS/NRJ voorzag ook in een eigen redactie van 7 beroepsjournalisten.

De klager voert aan dat uit een persvoorstelling op 9 augustus 2018 blijkt dat in essentie gesteund zal worden op Belga terwijl SBS/NRJ slechts voor lokaal nieuws zelf zal instaan.

De klager beroept zich verder op de opnames van de uitzendingen 6 en 8 september 2018 waaruit de verschillen met het aanvraagdossier zouden blijken en aldus een essentiële erkenningsvoorwaarde voor een generalistisch profiel miskent: selectie van nieuws gebeurt door Belga, ploeg van journalisten en medewerkers bestaat niet want Belga-nieuws wordt kant en klaar aangeleverd, Citynieuws is niet meer dan een activiteitenkalender onder een andere naam.

10.5. *Wijzigingen aan statuten en aandeelhoudersstructuur*

De klager wijst op in de bijlagen van het Belgisch Staatsblad gepubliceerde statutenwijzigingen van SBS/NRJ die, voor zover de klager bekend, niet goedgekeurd zouden zijn door de Vlaamse Regering, zoals decretaal vereist.

Op de hoorzitting ziet de klager van dit onderdeel van de klacht af omdat hij intussen inzage heeft gekregen in het verweer van SBS/NRJ.

11. De klager acht de aangevoerde inbreuken, enerzijds een niet toegelaten wijziging van het profiel en anderzijds alleszins ongeoorloofde afwijkingen op het aanvraagdossier voor wat betreft de aanvullende kwalificatiecriteria, hiermee bewezen.

12. Tijdens de hoorzitting stelt de klager dat de klacht intussen achterhaald is door het arrest nr. 242.804 d.d. 25 oktober 2018 van de Raad van State waarbij het frequentieplanbesluit 2017 integraal vernietigd werd. Volgens de klager is dit besluit retroactief uit de rechtsorde verdwenen zodat de erkenning en zendvergunning(en) van SBS/NRJ geen rechtsgrond (meer) hebben, mag

SBS/NRJ niet langer uitzenden en is SBS/NRJ eigenlijk een piratenzender geworden.

De klager vertrouwt erop dat de VRM hierover een ambtshalve onderzoek zal opstarten teneinde het illegaal gebruik van frequenties door SBS/NRJ te doen staken.

B. Argumenten van de aangeklaagde omroeporganisatie

13.1. Vertrouwelijkheid van de stukken

SBS/NRJ heeft samen met het verweer een aantal stukken meegedeeld die een vertrouwelijk karakter zouden bezitten.

Op vraag van de griffie van de Algemene Kamer van de VRM om een niet-vertrouwelijke versie van de stukken mee te delen, erkent SBS/NRJ dat het besluit van de Vlaamse Regering van 30 juni 2006 betreffende de procedure voor de Vlaamse Regulator (hierna : het Procedurebesluit) niet voorziet in een vertrouwelijke behandeling van de stukken maar stelt dat dit een fundamenteel grondrecht is in het kader van commerciële betwistingen. SBS/NRJ wijst in dat verband naar analogie op Europese rechtspraak in het kader van overheidsopdrachten en is van mening dat de beginselen van die rechtspraak mutatis mutandis van toepassing zijn op deze zaak. SBS/NRJ duidt ten slotte nog slechts twee stukken aan die als vertrouwelijk moeten worden beschouwd.

SBS/NRJ erkent dat het aan de VRM toekomt om te oordelen of het standpunt van SBS/NRJ al dan niet terecht is. De omroeporganisatie stelt evenwel dat indien de VRM dit standpunt niet deelt, zij de stukken alsnog uit het dossier zal terugtrekken.

13.2. Ontvankelijkheid

Volgens SBS/NRJ ontbreekt een belang in hoofde van de klager.

De intrekking van de erkenning heeft volgens de aangeklaagde omroeporganisatie niet tot gevolg dat de erkenning aan de klager zou moeten worden toegekend of dat een nieuwe procedure door de Vlaamse Overheid zou moeten worden georganiseerd. SBS/NRJ merkt op dat de klager slechts als derde gerangschikt was, zodat hij toch niet onmiddellijk in aanmerking komt voor erkenning mocht deze worden ingetrokken.

Ten slotte gaat de klager volgens SBS/NRJ ook voorbij aan de mogelijke rechtsgevolgen die door de VRM verleend kunnen worden aan de klacht wanneer die gegrond wordt bevonden. De netwerkradio-omroeporganisatie wijst op artikel 39 van het Procedurebesluit. Dat bepaalt dat een schorsing of een intrekking van een erkenning steeds moeten worden voorafgegaan door een ingebrekestelling en een regularisatietermijn van minstens één maand.

13.3. Ten gronde : algemeen

SBS/NRJ is van oordeel dat het wel degelijk mogelijk is om na het bekomen van een erkenning wijzigingen aan te brengen aan de gegevens opgenomen in het aanvraagdossier op basis waarvan de erkenning werd verleend. Naar analogie met Europese rechtspraak mag het daarbij volgens SBS/NRJ echter niet om "wezenlijke" wijzigingen gaan, hetgeen volgens hem in deze zaak ook niet het geval is.

13.4. Ten gronde : repliek op de voorgehouden inbreuken

SBS/NRJ acht de klacht ongegrond.

Vooreerst brengt geen van de door de klager aangehaalde wijzigingen, met uitzondering van het vermeend niet-generalistisch profiel of muziekaanbod, met inbegrip van het brengen van journaals en informatie, de verleende erkenning in het gedrang.

Daarnaast kunnen alle door de klager aangehaalde wijzigingen betreffende de aanvullende kwalificatiecriteria ingepast worden in het recht op wijzigingen zoals dat in artikel 143/3, § 2, van het Mediadecreet is voorzien.

13.4.1. *Niet toegelaten wijziging profiel*

SBS/NRJ benadrukt eerst dat enkel en alleen de roepnaam werd gewijzigd van "S-Radio" naar "NRJ".

SBS/NRJ vervolgt dat de afgesloten licentieovereenkomst toelaat om de strategische visie en de doelstellingen op lange termijn, zoals opgenomen in het aanvraagdossier onaangetast te behouden en de implementatie en realisatie op lange termijn op duurzame wijze te verzekeren, of nog : lokaal (stedelijk) verankerde content brengen en een generalistische zender opbouwen die ook via het gebruik van het merk NRJ Vlaanderen sterk op de Vlaamse roots van de zender focust. SBS/NRJ vaart haar eigen koers. Het Vlaams karakter blijkt uit de castingdag, de lokale artiesten die in de lanceringspots werden opgevoerd, de playlist van de zender. Volgens SBS/NRJ blijkt uit de visuals van websites en sociale media van alle andere NRJ-radio's duidelijk dat SBS/NRJ er een ander profiel en *look & feel* op nahoudt ten opzichte van de andere NRJ-

licentiehouders. SBS/NRJ voegt ter staving van dit alles de nodige stukken aan de klacht toe.

Volgens de netwerkradio-omroeporganisatie doet noch de nieuwe roepnaam noch de concrete NRJ-merkexploitatie op enigerlei wijze afbreuk aan het erkende "generalistisch profiel of muziekaanbod, met inbegrip van het brengen van journaals en informatie". SBS/NRJ is ook van mening dat het tegendeel niet door de klager wordt aangetoond.

SBS/NRJ voert verder aan dat format en muziek ongewijzigd en integraal worden aangeboden in vergelijking met het aanvraagdossier : bv. doelgroep is zelfde, focus op ochtendshow, dagprogrammering met veel muziek en weinig woord, avondprogrammering, stedelijke connectie, generalistisch station dat focust op recente muziek, 70% dateert van laatste vijf jaar, geen specifieke genrevoorkeuren, uptempo muziek, ...

Volgens SBS/NRJ ontkracht een baseline als "hit music only" ook geenszins het generalistische profiel van de zender. Spelen van hits sluit integendeel volgens de netwerkradio-omroeporganisatie naadloos aan bij het generalistische karakter van een radio. Ter illustratie verwijst SBS/NRJ naar de website van de VRT waar ook van de hitradio's MNM en StuBru wordt gezegd dat ze generalistisch zijn.

Wat profilering naar adverteerders betreft, merkt SBS/NRJ op dat de zender niet alleen gecommmercialiseerd wordt in het pakket Fmix Young (doelgroep 18-34-jarigen) maar ook in het bredere pakket Fmix Reach dat focust op 18-54-jarigen. Daarnaast zou het generalistisch karakter ook blijken uit het profiel van de adverteerders die SBS/NRJ wist aan te trekken : Aldi, Lidl, Colruyt, welke bij uitstek mikken op een generalistisch doelpubliek en niet op jongeren.

SBS/NRJ stelt duidelijk dat het programma-aanbod en algemene invulling van het zendschema identiek en dus ongewijzigd is gebleven.

Het zendschema heeft nog steeds 5 grote blokken maar de specifieke invulling ervan is inderdaad gewijzigd. Deze wijzigingen zijn in hoofdzaak andere benamingen van een aantal radioprogramma's zonder dat het concept van deze programma's in haar essentie wordt aangetast.

SBS/NRJ omschrijft gedetailleerd in het verweer hoe elk van de 5 blokken nog steeds datgene brengt waartoe SBS/NRJ zich in het aanvraagdossier heeft geëngageerd. Daarbij wordt ook meegegeven dat het eerste blok, nl. Ochtendblok, ook te volgen is via het omroepprogramma ZES, waarbij benadrukt wordt dat het doelpubliek van ZES, zijnde 18-54-jarigen, ook aansluit bij het generalistische karakter van de netwerkradio.

13.4.2. *Programma-aanbod en zendschema*

SBS/NRJ stelt eerst dat de feitelijke elementen in de klacht aangevoerd, voor zover ze al inhoudelijk juist zouden zijn, niet gekwalificeerd kunnen worden als

wezenlijke en niet toegelaten wijzigingen die de intrekking van de erkenning zouden kunnen rechtvaardigen.

Verder benadrukt SBS/NRJ onder meer :

- de sterke link met de televisieactiviteiten van SBS/NRJ. Tijdens het ochtendblok wordt contact genomen met de mensen die de avond voordien de televisieprogramma's van SBS/NRJ kleurden, de gezichten van VIER en VIJF kwamen tijdens de eerste maand herhaaldelijk aan bod (o.a. James Cooke, Gilles Van Bouwel, Jani, Elodie Ouedraogou, Gert Verhulst, kandidaten uit de Slimste Mens, ...) SBS/NRJ voegt daarvan een aantal audiovisuele bewijzen toe aan het verweer;
- zoals aangegeven in het aanvraagdossier is er inhoudelijke samenwerking en ervaring met Nostalgie Vlaanderen binnen de nieuws- en programmaredactie;
- mondelinge toelichtingen tijdens persconferenties of interviews worden vaak uit de feitelijke context gerukt of moeten juist in een ruimere context geciteerd worden;
- het wel degelijk aan bod komen van alle muzikale profielen en genres, waaronder ook chill out, hip hop en rock, zelfs op 6 en 8 september 2018. Dat blijkt volgens SBS/NRJ ook uit verschillende nummers uitgezonden op 6 september 2018.

13.4.3. *Media-ervaring, financieel en businessplan, technische (zend)infrastructuur – uitrol*

SBS/NRJ merkt op dat de aanvullende kwalificatiecriteria, bedoeld in artikel 143/2, § 2, van het Mediadecreet, geen rechtsbasis aanreiken om een radio-erkenning in te trekken. Bijgevolg kunnen er volgens de omroeporganisatie dan ook niet-wezenlijke wijzigingen worden aangebracht.

- Media-ervaring : ten gevolge van natuurlijk jobverloop zijn er wijzigingen gebeurd in vergelijking met het aanvraagdossier. Het actuele operationele team beantwoordt evenwel aan de technische en radio-eigen competenties op basis waarvan het aanvraagdossier werd beoordeeld;
- Financieel en businessplan : de commercialisering zal zoals aangegeven in het aanvraagdossier gebeuren door een eigen, interne regie in nauwe samenwerking met Nostalgie Vlaanderen. Om de impact nog te vergroten werd gekozen om de nationale commerciële activiteiten te laten verzorgen door externe partij, ook zoals aangegeven in het aanvraagdossier;
- Technische (zend)infrastructuur – uitrol : met het oog op de finale technische implementatie en uitrol van de FM-zendinfrastructuur werd een externe consultant aangetrokken. Uit dat onderzoek bleek dat een betere stedelijke dekking kon worden bereikt via het delen van zendsites met andere radio-omroepen. Leasing van de zendinfrastructuur leek

dan ook te verkiezen boven aankoop.

Boekhoudkundig zijn de implicaties beperkt. De bewering dat het financieel en businessplan niet meer klopt, mist dan ook elke grondslag. De effectieve technische uitrol tenslotte heeft enige vertraging opgelopen door omstandigheden die niet konden worden voorzien bij de indiening van het aanvraagdossier (managementwissel, lang aanslepen van onderhandelingen met kandidaten voor het verzorgen van de nationale advertentie-inkomsten, ...)

13.4.4. *Nieuwsaanbod en omkadering*

Volgens SBS/NRJ gebeurt er wat beloofd werd. De invulling werd zelfs verbeterd door de nieuwsberichten met een dedicated nieuwssysteem te brengen en niet met een presentator. Tussen SBS/NRJ en Belga zou een intensieve samenwerking bestaan met overleg op zeer geregelde tijdstippen over vorm en inhoud van de nieuwsuitzendingen. Het klopt dus niet dat de Belgaberichten gewoon door SBS/NRJ worden overgenomen. SBS/NRJ voegt ter staving een stuk aan het verweer toe.

Er worden, zoals vooropgesteld, 22 nieuwsbulletins verzorgd en naargelang de actualiteit zullen extra bulletins worden ingelast. SBS/NRJ voegt een link met concreet te beluisteren voorbeelden toe.

De netwerkradio beschikt wel degelijk over een eigen redactie, waarvan de namen worden meegegeven. De concrete invulling van de redactie verschilt van deze zoals opgenomen in het aanvraagdossier, hetgeen onvermijdelijk is in een snel evoluerende multimediale omgeving waarbij medewerkers van job wisselen. De gewijzigde invulling doet volgens SBS/NRJ echter geen afbreuk aan de in het aanvraagdossier voorgestelde invulling van het programma-aanbod voor informatie.

13.4.5. *Wijzigingen aan statuten en aandeelhoudersstructuur*

SBS/NRJ legt stukken neer waaruit moet blijken dat de statutenwijzigingen wel degelijk aan de Vlaamse Regering zijn meegedeeld en vervolgens zijn goedgekeurd.

14. Op de hoorzitting is SBS/NRJ van oordeel dat de klager anticipeert op de gevolgen van het vernietigingsarrest nr. 242.804 van 25 oktober 2018 van de Raad van State.

Volgens de omroeporganisatie heeft de vernietiging van het besluit niet tot gevolg dat alle beslissingen waarbij individuele erkenningen werden verleend,

van rechtswege uit het rechtsverkeer verdwenen. Het zal aan de Raad van State toekomen zich daarover uit te spreken in het kader van de hangende betwisting met betrekking tot de verleende individuele erkenningen.

SBS/NRJ stelt ook vast dat de Raad van State het niet nodig of wenselijk heeft geacht om samen met de behandeling van het vernietigingsverzoek met als voorwerp het frequentiebesluit, ook de terechtzittingen vast te stellen met betrekking tot de individuele vernietigingsprocedures die hangende zijn betreffende de verleende erkenningen.

Bovendien kan de Raad van State, zelfs in geval van een vernietiging, nog aangeven dat de gevolgen van de vernietigde rechtshandeling voorlopig gehandhaafd blijven voor de termijn die de Raad bepaalt.

In die zin kan dan ook geen gevolg worden gegeven aan de vraag van de klager om een ambtshalve onderzoek op te starten teneinde *het illegaal gebruik van frequenties door SBS/NRJ* te doen staken.

C. Beoordeling

15. Aangezien het Procedurebesluit niet voorziet in een wederantwoord van de klager en het neerleggen van een pleitnota, worden deze stukken slechts als een inlichting in aanmerking genomen.

16. Vertrouwelijkheid van de stukken

Noch het Mediadecreet noch het Procedurebesluit voorziet in de mogelijkheid van een vertrouwelijke behandeling van de stukken in het kader van een procedure voor de VRM.

Daargelaten de vraag of de rechtspraak van het Hof van Justitie van de Europese Unie waarnaar SBS/NRJ verwijst van toepassing is in het kader van deze betwisting, stelt de VRM vast dat SBS/NRJ niet aantoont waarom de betrokken stukken vertrouwelijk zouden zijn en welke de schade zou zijn indien ze aan de klager zouden worden bezorgd.

Daarom is de VRM van oordeel dat de betrokken stukken niet vertrouwelijk behandeld moeten worden.

De VRM noteert evenwel dat SBS/NRJ in dat geval verkiest de stukken uit het dossier terug te trekken. Derhalve worden ze uit het dossier geweerd, zonder dat ze aan de klager zijn bezorgd en zonder dat de VRM er rekening mee houdt bij het nemen van zijn beslissing.

17. Ontvankelijkheid van de klacht

Met de argumentatie dat hij een nieuwe kans op een erkenning krijgt indien de erkenning van SBS/NRJ zou worden ingetrokken en dat hij te maken krijgt met oneerlijke concurrentie, toont de klager een voldoende belang aan bij zijn klacht. De regelgeving stelt in dit geval ook geen verdere specifieke vereisten aan het belang. Het verweer van SBS/NRJ wordt daarom op dit punt verworpen.

18. Beoordeling ten gronde van de klacht

18.1. Op de hoorzitting verklaart de klager zijn klacht niet langer te handhaven wat betreft de statutenwijzigingen en de aandeelhoudersstructuur. De procedure wordt op dit punt dan ook stopgezet.

18.2. De stelling van de klager op de hoorzitting met verwijzing naar het vernietigingsarrest nr. 242.804 d.d. 25 oktober 2018 van de Raad van State om te besluiten dat zijn klacht zonder voorwerp is geworden en SBS/NRJ in de feiten een piratenzender is geworden die niet meer zou mogen uitzenden, wordt niet gevolgd.

De VRM stelt vast dat de individueel verleende erkenningen (en zendvergunningen) na bovengenoemd vernietigingsarrest nog altijd bestaan. Zoals de klager zelf aangeeft, komt het ook niet aan de VRM toe te oordelen over de wettigheid van de erkenning van SBS/NRJ. Hierover zal de Raad van State zich uitspreken in het kader van het annulatieberoep ingesteld door de klager tegen de erkenning van SBS/NRJ. Het komt de VRM als orgaan van actief bestuur dan ook niet toe om zelf reeds te oordelen over de wettigheid van een voor de Raad van State aangevochten erkenningsbeslissing.

18.3. Artikel 143/3, § 1, van het Mediadecreet bepaalt dat netwerkradio-omroeporganisaties zich voor de volledige duur van hun erkenning aan de basisvoorwaarden, vermeld in artikel 143/1 en 143/2, §1, moeten houden.

Artikel 143/3, § 2, eerste lid, van het Mediadecreet omschrijft hoe netwerkradio-omroeporganisaties via een kennisgeving aan de VRM wijzigingen kunnen aanbrengen aan de gegevens vermeld in de ingediende offerte, waardoor wordt afgeweken van verschillende aanvullende kwalificatiecriteria. De VRM merkt op dat de regelgeving daarbij geen verdere specifieke vereisten stelt omtrent de aard of de marge van de wijzigingen.

Hieruit volgt dat netwerkradio-omroeporganisaties zich gedurende de hele duur van de erkenning aan de ingediende offerte moeten houden, tenzij ze via kennisgeving aan de VRM wijzigingen willen aanbrengen, maar dat ze nooit van de basisvoorwaarden, zoals het profiel waarvoor ze erkend zijn, mogen afwijken.

Met andere woorden, nadat een netwerkradio-omroeporganisatie erkend is, kan hij op de voorwaarden van het Mediadecreet wel afwijken van hetgeen oorspronkelijk in de offerte is vooropgesteld waarbij het decreet als enige regel stelt dat de afwijkingen en wijzigingen nooit zodanig mogen zijn dat wordt afgeweken van het profiel waarvoor de netwerkradio-omroeporganisatie is erkend. Of nog, SBS/NRJ mag wijzigingen ten opzichte van het aanvraagdossier aanbrengen maar zal steeds moeten blijven beantwoorden aan het generalistisch profiel.

Overeenkomstig artikel 143/3, § 2, eerste lid, van het Mediadecreet heeft SBS/NRJ bij aangetekende brief van 31 augustus 2018 wijzigingen in de gegevens van het aanvraagdossier, waardoor wordt afgeweken van de aanvullende kwalificatiecriteria, ter kennis gebracht van de VRM.

18.4. In zoverre de klager tracht aan te tonen dat de doorgevoerde wijzigingen aan het aanvraagdossier niet dezelfde standaard zouden bieden als datgene wat oorspronkelijk in het aanvraagdossier werd vooropgesteld en waardoor SBS/NRJ een andere (lees : lagere) score zou hebben gekregen, betwist de klager, hoewel hij het tegendeel beweert, in wezen toch de wettigheid van de erkenning. Als orgaan van actief bestuur komt het de Algemene Kamer van de VRM niet toe te oordelen over de wettigheid van een erkenning als netwerkradio-omroeporganisatie door de minister verleend.

Het komt de VRM wel toe de klacht te beoordelen in het licht van de vraag of SBS/NRJ zich na de doorgevoerde wijzigingen nog aan de basisvoorwaarden houdt en nog steeds een netwerkradio-omroeporganisatie met een generalistisch profiel is.

18.5. In zijn klacht en op de hoorzitting zegt de klager meermaals dat naar het totaalbeeld van de verschillende wijzigingen in hun geheel moet worden gekeken en dat dat tot de conclusie leidt dat SBS/NRJ van een "generalistisch" profiel veranderd is naar een "ander" profiel.

De klager beperkt zich in hoofdzaak tot het oplijsten van de verschillen tussen het aanvraagdossier van SBS/NRJ en de gemelde wijzigingen. Hij steunt zich daarvoor hoofdzakelijk op interviews en krantenartikels maar laat na concreet

aan te tonen op welke manier de uitzendingen van SBS/NRJ, ten gevolge van het totaalbeeld van die wijzigingen, niet meer zouden beantwoorden aan het generalistisch profiel waarvoor de omroeporganisatie is erkend.

Volgens de klager brengt SBS/NRJ na het doorvoeren van alle wijzigingen een geheel ander radioproject dan datgene waarvoor de radio-omroeporganisatie erkend werd. De klager lijkt met andere woorden het bewijs van zijn klacht te zoeken in het gegeven dat SBS/NRJ een verscheidenheid van wijzigingen aan het aanvraagdossier heeft aangebracht. Het aanbrenge van wijzigingen aan het aanvraagdossier betekent echter niet automatisch dat de basisvoorwaarden niet meer vervuld zouden zijn en/of dat het profiel van de radio daarom ook gewijzigd zou zijn, laat staan dat dit louter door die verscheidenheid van wijzigingen zou zijn aangetoond.

18.6. Uit het onderzoek van de stukken en het gedetailleerde verweer van SBS/NRJ, blijkt dat de netwerkradio, ook na de aangemelde wijzigingen aan het aanvraagdossier, nog steeds aan de basisvoorwaarden en aan een generalistisch profiel voldoet. Uit de door de klager gemaakte opnames van 6 en 8 september 2018 blijkt overigens niet het tegendeel.

De VRM deelt het standpunt dat het wijzigen van een roepnaam en het afsluiten van een licentieovereenkomst niet per definitie een wijziging aan het profiel van een netwerkradio-omroeporganisatie betekenen. Bovendien verduidelijkt SBS/NRJ in dit geval dat de afgesloten licentieovereenkomst toelaat een eigen koers te varen waardoor SBS/NRJ de strategische visie en de doelstellingen op lange termijn uit het aanvraagdossier kan behouden en de realisatie ervan kan verzekeren.

SBS/NRJ toont met het gevoerde verweer aan dat het format van de netwerkradio, de muziek, de profilering naar de adverteerders, het programma-aanbod en het zendschema in overeenstemming blijven met het profiel waarvoor de netwerkradio-omroeporganisatie erkend is. Het gegeven dat de specifieke invulling van het zendschema gewijzigd is, door in hoofdzaak andere benamingen aan de programma's te geven terwijl de essentie van het programma behouden blijft, wijzigt daar niets aan. De VRM volgt het verweer dat een baseline die verwijst naar het spelen van hits niet in strijd hoeft te zijn met een generalistisch profiel.

Verder stelt de VRM vast dat SBS/NRJ het aantal nieuwsuitzendingen brengt zoals vooropgesteld in het aanvraagdossier en over een eigen nieuwsredactie beschikt. Het feit dat de concrete invulling van de redactie verschilt met deze uit het aanvraagdossier, doet daar geen afbreuk aan. Zoals SBS/NRJ zelf opmerkt, is het onvermijdelijk dat medewerkers van job veranderen.

Tot slot ziet de VRM niet hoe de aangemelde wijzigingen betreffende de overige aanvullende kwalificatiecriteria tot een profielwijziging zouden leiden zoals de klager aanvoert. Minstens is de klager er niet in geslaagd dit concreet aan te tonen.

18.7. Uit het bovenstaande volgt dat geen inbreuk op het Mediadecreet wordt vastgesteld.

OM DEZE REDENEN, BESLIST DE VLAAMSE REGULATOR VOOR DE MEDIA:

1. de klacht van VZW Radio Club FM tegen NV SBS Media Belgium ontvankelijk te verklaren;
2. de procedure stop te zetten voor wat betreft het onderdeel van de klacht met betrekking tot de aandeelhoudersstructuur;
3. de klacht voor het overige ongegrond te verklaren.

Aldus uitgesproken te Brussel op 26 november 2018.

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.