

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

XIIe KAMER

A R R E S T

**nr. 210.971 van 3 februari 2011
in de zaak A. 187.646/XII-5377**

In zake: de NV VLAAMSE MEDIA MAATSCHAPPIJ
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Christiaan Lesaffer
kantoor houdend te 2000 Antwerpen
Oudeleeuwenrui 19
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

de VLAAMSE REGULATOR VOOR DE MEDIA
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Noëlla Viaene
kantoor houdend te 9880 Aalter
Rostynedreef 24
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van het beroep

1. Het beroep, ingesteld op 25 maart 2008, strekt tot de nietigverklaring van de beslissing van 14 december 2007 van de Vlaamse Regulator voor de Media, waarbij aan de Vlaamse Media Maatschappij nv een administratieve geldboete van 2.500 euro wordt opgelegd.

II. Verloop van de rechtspleging

2. De verwerende partij heeft een memorie van antwoord ingediend en de verzoekende partij heeft een memorie van wederantwoord ingediend.

Adjunct-auditeur Alexander Van Steenberge heeft een verslag opgesteld.

De verzoekende partij en de verwerende partij hebben een laatste memorie ingediend.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 14 december 2010.

Staatsraad Geert Van Haegendoren heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Christiaan Lesaffer, die verschijnt voor de verzoekende partij, en advocaat Noëlla Viaene, die verschijnt voor de verwerende partij, zijn gehoord.

Auditeur Alexander Van Steenberge heeft een met dit arrest eensluidend advies gegeven.

Er is toepassing gemaakt van de bepalingen op het gebruik der talen, vervat in titel VI, hoofdstuk II, van de wetten op de Raad van State, gecoördineerd op 12 januari 1973.

III. Feiten

3.1. Het omroepprogramma JIM TV is een televisiezender uitgebaat door verzoekster. Zij beschikt voor dit omroepprogramma over een erkenning als particuliere televisieomroep die zich richt tot de gehele Vlaamse Gemeenschap. JIM TV is geen televisieomroep die uitsluitend telewinkelprogramma's uitzendt.

3.2. Overeenkomstig het kaderbesluit monitoring van 22 april 2005 van het Vlaams Commissariaat voor de Media (hierna: kaderbesluit monitoring of kortweg, het kaderbesluit) voert de onderzoekscel van verwerende partij een monitoring uit van zes diverse televisieomroepen in de Vlaamse Gemeenschap die zich richten tot de gehele Vlaamse Gemeenschap, waarbij de uitzendingen van vrijdag 25 mei 2007 gedurende 3 uur, van 6.00 u tot 9.00 u, worden onderzocht. Als gevolg van een technische storing worden de uitzendingen van JIM TV van 12.00u tot 15.00u onderzocht.

Naar aanleiding van deze monitoring vermeldt de onderzoekscel in een nota dat er in de uitzendingen van JIM TV een aantal inbreuken op de op 4 maart 2005 gecoördineerde decreten betreffende de radio-omroep en de televisie, (hierna ook: de mediadecreten), werd begaan, meer bepaald op de artikelen 101, §§ 1 en 3, en 102, 1/ en 3/. De inbreuk die finaal tot het voorliggende annulatieberoep zal leiden, betreft het programma "SMS Games", waarbij vrijwel

doorlopend pancartes en banners in beeld worden gebracht waarin de kijker wordt uitgenodigd om deel te nemen aan sms-applicaties tegen betaling. Het onderzoeksverslag vermeldt hieromtrent:

“De kijker wordt de mogelijkheid geboden om tegen betaling en via het gebruik van SMS commentaar op het beeldscherm te doen verschijnen aangaande de eigen naam (‘How cool is my name’), aangaande de liefdesrelatie (‘Matchmaker’, ‘Love me, love me not’) en aangaande wie dezelfde geboortedatum deelt (‘Who shares my birthday’).
[...]

De onderzoekscel is van oordeel dat het uitzenden van telewinkelspots tijdens het programma in kwestie zelf en het ontbreken van een duidelijk onderscheid met het programma door het gebruik van optische en/of akoestische middelen een inbreuk vormt op de goede toepassing van artikel 101, § 1 en § 3 van het Mediadecreet”.

3.3. Op 21 september 2007 beslist de algemene vergadering van de algemene kamer van de Vlaamse Regulator voor de Media (hierna ook: VRM) om tegen verzoekster ambtshalve een procedure op tegenspraak te starten wegens voormelde inbreuken vastgesteld bij JIM TV.

Bij brief van 27 september 2007 wordt verzoekster op de hoogte gesteld van het verslag van de onderzoekscel.

Bij brief van 17 oktober 2007 maakt verzoekster haar opmerkingen over. In haar verweerschrift voert zij aan dat telewinkelspots niet moeten voldoen aan artikel 102 van de mediadecreten, dat telewinkelspots dienen te worden onderscheiden van telewinkelmogelijkheden en dat er geen gelijktijdige inbreuk kan zijn op artikel 101, §§ 1 en 3, en artikel 102 van de mediadecreten. In ondergeschikte orde stelt zij dat de sms-applicaties daarenboven niet beantwoorden aan de definitie van telewinkelen en enkel gericht zijn op een bepaalde vorm van interactiviteit van het programma.

Verzoekster wordt gehoord op de zitting van de algemene kamer van de VRM op 19 oktober 2007.

3.4. Op 14 december 2007 beslist de algemene kamer dat verzoekster in het programma “SMS Games” een inbreuk heeft gepleegd op artikel 101, §§ 1 en 3, van de mediadecreten en legt haar een administratieve geldboete op van 2.500 euro. Deze thans bestreden beslissing luidt:

“DE FEITEN

7. De onderzoekscel stelt in zijn rapport vast dat tijdens de uitzending van het programma ‘SMS Games’, bestaande uit een combinatie van muziekvideoclips en SMS-games, vrijwel doorlopend pancartes en banners worden in beeld gebracht waarin de kijker wordt uitgenodigd deel te nemen aan SMS-games tegen betaling. De banners en pancartes nemen ongeveer een vierde van het beeld in beslag. Het programma wordt ook regelmatig onderbroken voor blokken met een combinatie van reclameboodschappen en telewinkelspots. Aan de kijker wordt de mogelijkheid geboden om tegen betaling en via het gebruik van SMS allerlei commentaar op het scherm te doen verschijnen.

HET RECHT

8. Artikel 2, 19/ van het Mediadecreet omschrijft telewinkelen als rechtstreekse aanbiedingen aan het publiek die worden uitgezonden met het oog op de levering tegen betaling van goederen of diensten, met inbegrip van onroerende goederen, rechten en verplichtingen.

Artikel 101, § 1, van het Mediadecreet luidt als volgt:

‘Reclame en telewinkelen moeten duidelijk als dusdanig herkenbaar zijn en door optische en/of akoestische middelen duidelijk onderscheiden zijn van de programma’s.

Reclame en telewinkelspots moeten worden gegroepeerd in niet-opeenvolgende tijdsblokken van beperkte duur’.

Artikel 101, § 3, van het Mediadecreet luidt als volgt:

‘Bij uit zelfstandige onderdelen samengestelde programma’s of bij sportprogramma’s en op soortgelijke wijze gestructureerde evenementen en opvoeringen met pauzes, mogen er alleen tussen de zelfstandige onderdelen of tijdens de pauzes reclame en telewinkelspots worden ingevoegd’.

A. Argumenten van de aangeklaagde omroep.

9. VMMA voert aan dat de SMS-applicaties niet aan de definitie van telewinkelen beantwoorden. De desbetreffende applicaties zijn enkel gericht op een bepaalde vorm van interactiviteit aan het uitgezonden programma.

VMMA is van oordeel dat dit geen ‘rechtstreekse aanbiedingen aan het publiek (zijn die) worden uitgezonden met het oog op de levering tegen betaling van goederen, rechten en verplichtingen’. Volgens VMMA wordt hier geen koop-verkoop gesloten of een dienst geleverd.

B. Beoordeling.

10. De Regulator is van oordeel dat de uitzending van de pancartes en banners waarin de mogelijkheid wordt aangeboden om tegen betaling gepersonaliseerde commentaar op het beeldscherm te laten verschijnen moet worden beschouwd als telewinkelen, zoals gedefinieerd bij artikel 2, 19/ van het Mediadecreet. Het gaat niet om interactie met het programma vermits er geen wisselwerking is met de redactionele inhoud aangeboden door de omroep, doch louter om de verkoop van schermruimte. De pancartes en banners die tijdens de muziekclips worden getoond, nodigen de kijkers uit om tegen betaling deel te nemen aan SMS-games. Alle elementen van de definitie van telewinkelen zijn aanwezig bij het aanbieden van deze dienst tegen betaling.

De Regulator verwijst hiervoor eveneens naar de beslissing nr. 2005/112 d.d. 16 december 2005 van het Vlaams Commissariaat voor de Media.

11. De Regulator stelt vast dat VMMA voor het omroepprogramma JIM TV beschikt over een erkenning als particuliere televisieomroep die zich richt tot de gehele Vlaamse Gemeenschap. De omroep is dan ook geen televisieomroep die uitsluitend telewinkelprogramma’s uitzendt. Dit betekent dat VMMA voor het omroepprogramma JIM TV telewinkelen mag uitzenden overeenkomstig de bepalingen van artikel 101 (telewinkelspots) of artikel 102 (telewinkelsblokken) van het Mediadecreet. De uitzending in kwestie van de pancartes en banners waarin de mogelijkheid wordt aangeboden om tegen betaling gepersonaliseerde

commentaar op het beeldscherm te laten verschijnen moet als telewinkelspot worden beschouwd en moet dus voldoen aan artikel 101 van het Mediadecreet.

12. De Regulator is van oordeel dat de onderwerpen in het programma onder de benaming ‘SMS Games’ losse muziekvideoclips betreffen, zodat in dit programma elke muziekvideoclip als een zelfstandig onderdeel beschouwd kan worden en het programma in kwestie te beschouwen is als een uit zelfstandige onderdelen samengesteld programma. De keuze en de volgorde van de muziekvideoclips is willekeurig en kan gewijzigd worden, zonder afbreuk te doen aan het programma als geheel. Bijgevolg mogen in een dergelijk programma (reclame en) telewinkelspots alleen tussen de zelfstandige onderdelen worden ingevoegd en niet tijdens het programma zelf.

13. De Regulator stelt vast dat de telewinkelspots tijdens de onderzochte periode niet duidelijk als dusdanig als telewinkelen herkenbaar zijn en niet duidelijk onderscheiden zijn van de programma’s door optische en/of akoestische middelen.

14. De Regulator kan er derhalve niet aan voorbijgaan dat VMMA de bepalingen van artikel 101, § 1, eerste lid, en § 3, van het Mediadecreet geschonden heeft in de onderzochte periode op 25 mei 2007.

De vastgestelde overtredingen doen de Regulator besluiten een administratieve geldboete op te leggen.

Gelet op de aard en de ernst van de inbreuken is de Regulator van oordeel dat een geldboete van 2.500 euro een gepaste sanctie is.

OM DEZE REDENEN, BESLIST DE VLAAMSE REGULATOR VOOR DE MEDIA

1. In hoofde van NV Vlaamse Media Maatschappij een inbreuk op artikel 101, § 1, en artikel 101, § 3, van het Mediadecreet vast te stellen;

2. Overeenkomstig artikel 176, § 1, 4/. van het Mediadecreet een administratieve geldboete van 2.500 euro op te leggen”.

IV. Relevante regelgeving

4. Voor een goed begrip van de zaak is het nuttig eerst de relevante bepalingen in herinnering te brengen van, achtereenvolgens, de (toenmalig geldende) mediadecreten, het besluit van de Vlaamse regering van 30 juni 2006 betreffende de procedure voor de Vlaamse Regulator voor de Media (hierna: het procedurebesluit), het reglement van orde van de algemene kamer van de Vlaamse Regulator voor de Media van 15 september 2006 (hierna: het reglement van orde) en het bewuste kaderbesluit monitoring.

5. Artikel 169 van de mediadecreten luidt:

“§ 1. De Vlaamse Regulator voor de Media heeft als missie de handhaving van de mediaregelgeving binnen de Vlaamse Gemeenschap, het beslechten van geschillen in verband met de mediaregelgeving en het uitreiken van de media-erkenningen en -vergunningen, overeenkomstig de regelgeving.

§ 2. De algemene kamer heeft de volgende taken:

1/ [...] het toezicht op de naleving van en de beteugeling van de inbreuken op de bepalingen van deze gecoördineerde decreten met inbegrip van het toezicht op de naleving door de openbare omroep en de beteugeling van de inbreuken door de openbare omroep;

- 2/ het verlenen, het schorsen en het intrekken van de omroeperkenningen, met uitzondering van de erkenningen van de landelijke, regionale en lokale radio-omroepen, die verleend worden door de Vlaamse Regering op advies van de algemene kamer met betrekking tot de conformiteit;
 - 3/ het verlenen van adviezen met betrekking tot de conformiteit met de Vlaamse Regering voor de erkenningen van de landelijke, regionale en lokale radio-omroepen;
 - 4/ het uitreiken, wijzigen, schorsen en intrekken van zend- en transportvergunningen aan de erkende omroepen en de radio- en televisieomroepnetwerken;
 - 5/ het geven en intrekken van de toestemming aan aanbieders van een kabelnetwerk, radio-omroepnetwerk en televisieomroepnetwerk om omroepprogramma's door te geven;
 - 6/ het ontvangen van kennisgevingen van aanbieders van kabelnetwerken, zoals bedoeld in artikel 126, § 1, van deze decreten, van radiodiensten zoals bedoeld in artikel 54, § 2, en van televisiediensten zoals bedoeld in artikel 90, § 2;
 - 7/ (...);
 - 8/ (...);
 - 9/ het in kaart brengen van concentraties in de Vlaamse mediasector;
 - 10/ het toezicht op de naleving door de openbare omroep van de beheersovereenkomst met de Vlaamse Gemeenschap, en het jaarlijks rapporteren hierover aan de Vlaamse Regering;
 - 11/ het uitvoeren van bijzondere opdrachten die de Vlaamse Regering indien nodig kan toevertrouwen aan de algemene kamer, voorzover deze betrekking hebben op de taken bedoeld in punt 1° tot en met 9°. De algemene kamer handelt volledig autonoom in de uitoefening van haar bevoegdheden, bedoeld in § 2. In geval van betwistingen wordt de algemene kamer in rechte vertegenwoordigd door haar voorzitter.
- § 3. De kamer voor onpartijdigheid en bescherming van minderjarigen doet uitspraak over geschillen die gerezen zijn naar aanleiding van de toepassing van artikel 96, §§ 1 en 2, en van artikel 111*bis*.
- De kamer voor onpartijdigheid en bescherming van minderjarigen doet hierbij volledig autonoom uitspraak. In geval van betwistingen wordt de kamer voor onpartijdigheid en bescherming van minderjarigen in rechte vertegenwoordigd door haar voorzitter.
- § 4. Een afschrift van elke beslissing van de Vlaamse Regulator voor de Media wordt aan de minister bezorgd.
- § 5. De Vlaamse Regulator voor de Media stelt met toepassing van artikel 15, § 1, 5°, a), van het kaderdecreet jaarlijks voor de Vlaamse Regering en het Vlaams Parlement een activiteitenverslag op dat, voor 31 maart van het daaropvolgende kalenderjaar, wordt voorgelegd”.

Artikel 170, § 2, van de mediadecreten bepaalt dat de algemene kamer uitspraak doet, hetzij ambtshalve, hetzij op verzoek van de Vlaamse regering, hetzij naar aanleiding van een schriftelijke, met redenen omklede en ondertekende klacht die haar kan worden voorgelegd door elke belanghebbende en, in geval van een klacht met betrekking tot de bepalingen over reclame, telewinkelen, sponsoring en boodschappen van algemeen nut, door elke natuurlijke persoon of rechtspersoon. Overeenkomstig artikel 176 kan de algemene kamer, bij vaststelling van een

overtreding, de betrokken omroep één van de sancties bepaald in artikel 176, § 1, opleggen, waaronder een administratieve geldboete tot en met 125.000 euro.

Artikel 170, § 5, van de mediadecreten verleent aan de Vlaamse regering de bevoegdheid om de procedures en de termijnen voor het indienen, onderzoeken en afhandelen van de aanvragen en klachten en voor het nemen van sancties te bepalen. Hierbij moeten het recht om gehoord te worden op tegenspraak, de plicht tot motivering en de beginselen van openbaarheid van bestuur gegarandeerd worden.

Artikel 175 tenslotte bepaalt dat de VRM en elke kamer hun reglement van orde opstellen waarbij de interne werking van de VRM en de beide kamers wordt vastgesteld.

6. Wat het procedurebesluit betreft, bevat het tweede hoofdstuk de regeling van de procedure inzake onderzoeken na klachten, ambtshalve onderzoeken en onderzoeken op verzoek van de Vlaamse regering. Artikel 16, § 1, van dit tweede hoofdstuk bepaalt dat als de algemene kamer hetzij ambtshalve, hetzij na een onderzoek op verzoek van de Vlaamse regering, beslist om over te gaan tot een procedure op tegenspraak, die beslissing met de documenten die erop betrekking hebben naar de betrokkene wordt gestuurd met vermelding van de gronden waarop de procedure steunt.

7. In artikel 1, 6/, van het reglement van orde wordt de onderzoekscel omschreven als de personeelsleden die belast zijn met het uitvoeren van het vooronderzoek. Artikel 20 van het reglement van orde bepaalt dat wanneer de algemene kamer beslist een ambtshalve onderzoek in te stellen, deze beslissing onmiddellijk aan de onderzoekscel wordt meegedeeld met de vraag om de aangelegenheid te onderzoeken. Artikel 21 bepaalt dat de onderzoeken autonoom worden voorbereid door de onderzoekscel, die de resultaten van het vooronderzoek in een rapport aan de algemene kamer uiteenzet, waarin een overzicht wordt gegeven van de feitelijke omstandigheden.

8. Het kaderbesluit monitoring van 22 april 2005 van het Vlaams Commissariaat voor de Media (hierna ook: VCM) luidt:

“Gelet op de decreten betreffende de radio-omroep en de televisie, gecoördineerd op 4 maart 2005 (hierna te noemen: het omroepdecreet), inzonderheid op artikel 168, §1, 1/, en op de artikelen 97 tot 111 en 205;

Gelet op het besluit van de Vlaamse Regering van 14 juli 1998 houdende de vaststelling van de procedure voor het Vlaams Commissariaat voor de Media houdende aanvullende kwalificatiecriteria en voorwaarden voor de erkenning van particuliere radio-omroepen, inzonderheid op artikel 28;

Overwegende dat artikel 168, §1, 1/, van het omroepdecreet het Vlaams Commissariaat voor de Media belast met het toezicht op de naleving van de bepalingen van het omroepdecreet, dus ook van de naleving van de regels inzake reclame, telewinkelen, sponsoring en boodschappen van algemeen nut op radio en televisie;

Overwegende dat het raadzaam is aan de administratie de opdracht te geven, op bepaalde tijdstippen en op basis van steekproeven, gerichte controles uit te voeren inzake de naleving van de regels inzake reclame, telewinkelen, sponsoring en boodschappen van algemeen nut op radio en televisie, en daarvoor een algemeen kader aan te reiken;

Overwegende dat het wenselijk is de controles per soort van omroepen zoveel als mogelijk simultaan uit te voeren,

BESLUIT:

De administratie Media, afdeling Media-Innovatie en Media-Vergunningen wordt verzocht, onverminderd de specifieke onderzoeksopdrachten:

- op bepaalde tijdstippen en op basis van steekproeven gerichte controles uit te voeren inzake de naleving van de regels inzake reclame, telewinkelen, sponsoring en boodschappen van algemeen nut op radio en televisie;
- deze controles per soort van omroepen zoveel als mogelijk simultaan uit te voeren, waarbij het volgende schema als leidraad kan worden gehanteerd:

SOORT	MINIMALE CONTROLE- FREQUENTIE	MINIMAAL TIJDSBLOK
landelijke televisieomroepen met algemeen karakter	1 x per 3 maanden	2 uur
andere landelijke televisieomroepen	1 x per 6 maanden	2 uur
regionale televisieomroepen	1 x per 12 maanden	2 uur
landelijke radio- omroepen	1 x per 6 maanden	1 uur
regionale radio- omroepen	1 x per 12 maanden	1 uur
andere radio- omroepen	1 x per 36 maanden	1 uur
radio- en televisiediensten	1 x per 12 maanden	1 uur

- minstens eenmaal per jaar een gerichte controle uit te voeren inzake de naleving van de 5-minuten-regel in verband met het verbod van reclame in de onmiddellijke omgeving van kinderprogramma's;
- vastgestelde overtredingen zo spoedig mogelijk aan het VCM voor te leggen, onder de vorm van een onderzoeksrapport en rapport van advies;
- in het begin van elk jaar aan het VCM een algemeen overzicht te geven van alle controles die in de loop van het voorgaande jaar werden verricht, zodat het in het jaarverslag van het VCM kan worden opgenomen”.

V. Onderzoek van de middelen

A. Eerste middel

Uiteenzetting van het middel

9. Verzoekster voert in een eerste middel tegen het kaderbesluit monitoring de exceptie van onwettigheid aan, als bedoeld in artikel 159 van de Grondwet, in de mate dat dit kaderbesluit is aangetast door machtsoverschrijding in hoofde van het VCM, zijnde de rechtsvoorganger van verwerende partij.

Toegelicht wordt dat het beroep op een kaderbesluit van het VCM op zich opmerkelijk is, aangezien verwerende partij zich naar eigen mening niet gebonden acht door de beslissingen van het VCM, dat het kaderbesluit en bijgevolg de bestreden beslissing onwettig is omdat noch aan het VCM, noch aan verwerende partij de bevoegdheid is toegewezen om bij wijze van algemene maatregel, buiten het procedurebesluit en het reglement van orde om, het toezicht op de naleving van de mediadecreten te regelen door bijkomende modaliteiten van dat toezicht toe te voegen op een wijze die uitwerking heeft ten aanzien van de rechtsonderhorigen, dat verwerende partij enkel niet-bindende richtlijnen aan zichzelf zou kunnen opleggen, maar geen, naar analogie met de onwettige verordenende omzendbrief, dwingende richtlijnen kan bepalen en dat het kaderbesluit geen maatregel van inwendige orde is omdat het uitwerking heeft op de omroepen die ten gevolge ervan periodiek onderworpen worden aan controles en ten gevolge daarvan, aan ambtshalve procedures. Het feit dat het VCM en verwerende partij conform de toepasselijke bepalingen ambtshalve kunnen optreden, verandert daar volgens haar niets aan, aangezien dat ambtshalve optreden hoe dan ook een behandeling van individuele gevallen betreft en geen vooraf en in abstracto bepaald kader. De bevoegdheid om dergelijk kader te bepalen, komt enkel aan de decreetgever toe en het in en krachtens de mediadecreten bepaald kader laat enkel toe dat verwerende

partij ambtshalve beslist om over te gaan tot een onderzoek, waarna zij de onderzoekscel de opdracht geeft om een onderzoek te voeren, zoals trouwens letterlijk bevestigd in de artikelen 20 en 21 van het reglement van orde. Het kaderbesluit monitoring draait dit echter om en laat toe dat eerst de onderzoekscel autonoom bepaalt wanneer er onderzoeken worden gevoerd en nadien de algemene kamer beslist op basis van de voorgelegde resultaten om een ambtshalve onderzoek te voeren.

10. Verzoekster doet in de memorie van wederantwoord vooreerst nog gelden dat het vaststaande rechtspraak van de Raad van State is dat besluiten met een reglementair of normatief kader in een concreet geschil over een andere administratieve akte op basis van artikel 159 van de Grondwet steeds buiten toepassing gelaten kunnen worden, ook al is de termijn van zestig dagen verstreken. Voorts argumenteert zij dat de bestreden beslissing en het er aan voorafgaand ambtshalve onderzoek wel degelijk steunt op het kaderbesluit monitoring en dat er in deze zaak geen individuele beslissing werd genomen om tegen haar een ambtshalve onderzoek op te starten.

11. In de laatste memorie gaat verzoekster nog uitvoerig in op het eerste middel. Zij betwist vooreerst, wat de ontvankelijkheid van het middel betreft, dat het kaderbesluit monitoring een maatregel van inwendige orde is. Integendeel meent zij dat het minstens gaat om een algemeen geformuleerde vóórbeslissing ten aanzien van de bestreden beslissing, die finaal rechtsgevolgen ressorteert.

Volgens verzoekster werd met het kaderbesluit voorts een nieuwe, vierde procedure ingevoerd, met name een procedure waaraan geen individuele beslissing voorafgaat maar een algehele monitoring zoals het opschrift van het kaderbesluit aangeeft. Niet verwerende partij, maar enkel de decreetgever zou dit mogen, aldus verzoekster.

Beoordeling

12. Verzoekster stelt dat de bestreden beslissing is gesteund op een onwettig reglementair besluit, zijnde het kaderbesluit monitoring van 22 april 2005.

Voormeld kaderbesluit belast de administratie met de opdracht om gerichte controles op de naleving van de regels inzake reclame, telewinkelen, sponsoring en boodschappen van algemeen nut, uit te voeren.

Artikel 169, § 1, van de mediadecreten kent een algemene bevoegdheid tot handhaving van de Vlaamse mediaregelgeving toe aan de VRM (voorheen de VCM). Artikel 169, § 2, 1/, belast de algemene vergadering met de specifieke taak van toezicht op de naleving van en de beteugeling van de inbreuken op de mediadecreten. Dit toezicht kan overeenkomstig artikel 170, § 2, worden uitgeoefend hetzij naar aanleiding van een verzoek van de Vlaamse regering, hetzij naar aanleiding van een klacht hetzij ook ambtshalve. In hoofdstuk 2 van het procedurebesluit wordt de procedure op tegenspraak voor de algemene kamer geregeld die volgt op “onderzoeken na klachten, ambtshalve onderzoeken en onderzoeken op verzoek van de Vlaamse regering”.

Noch de mediadecreten van 2005, noch het procedurebesluit bepalen of preciseren nader hoe het ambtshalve onderzoek door de VRM dient te worden gevoerd. In voormelde regelgeving wordt evenmin iets bepaald omtrent de onderzoekscel van de VRM. Dit heeft tot gevolg dat verwerende partij over een ruime discretionaire bevoegdheid en autonomie beschikt om de haar door de decreetgever toevertrouwde opdracht te behartigen en, in het bijzonder, op het niveau van haar diensten dit ambtshalve onderzoek te organiseren.

Hoofdstuk 2, en in het bijzonder artikel 16, van het procedurebesluit, spreekt deze vaststelling niet tegen nu hierin enkel de waarborgen zijn opgenomen met betrekking tot de tegensprekelijke procedure voor de algemene kamer.

Artikel 16, § 1, van het procedurebesluit bepaalt louter dat tot een procedure op tegenspraak “ambtshalve” kan worden beslist. Verzoekster leest echter ten onrechte de in dat artikel bedoelde beslissing - in welk geval die beslissing met de documenten die erop betrekking hebben naar de betrokkene wordt gestuurd met vermelding van de gronden waarop de procedure steunt - als een beslissing tot “ambtshalve onderzoek [...] met de daarbij horende documenten”, in de zin van de (voor)beslissing om aan de onderzoekscel de opdracht te geven om een onderzoek uit te voeren. Overeenkomstig dit artikel dient de algemene kamer geval per geval te beslissen over het (ambtshalve) aanvaarden van een procedure op tegenspraak, en dit “nadat het onderzoeksrapport [...] bij de algemene kamer is afgeleverd”, in welk geval die beslissing met de daarbij horende documenten naar de betrokken omroep (en niet naar de onderzoekscel) wordt gestuurd. Het artikel bepaalt daarentegen niets over het instellen van een “ambtshalve onderzoek”, laat staan geval per geval, in de betekenis van het onderzoek dat door de onderzoekscel

wordt uitgevoerd, waarover, het weze herhaald, ook niets wordt bepaald in andere bepalingen van het procedurebesluit, noch in de mediadecreten.

Geheel in overeenstemming met artikel 16, § 1, van het procedurebesluit nam de algemene kamer, op grond van een door de onderzoekscel uitgevoerd onderzoek, de beslissing om in het concrete geval van verzoekster een procedure op tegenspraak aan te vatten, waarna die beslissing met de daarbij horende documenten, waaronder het onderzoeksrapport van de onderzoekscel, haar werd opgestuurd.

13. Niets in de voormelde regelgeving sluit dan ook uit dat verwerende partij aan de onderzoekscel een algemene opdracht geeft om, niet *ad hoc*, maar op regelmatige ogenblikken en steekproefsgewijze, controles uit te voeren op de naleving van de regelgeving inzake reclame, telewinkelen, sponsoring en boodschappen van algemeen nut. Precies daarin laat een ambtshalve onderzoek zich trouwens onderscheiden van een onderzoek na klacht of op verzoek van de Vlaamse regering. Verwerende partij dient immers in een andere manier te voorzien, dan via klacht of op verzoek, om over “een concreet geval” ingelicht te worden teneinde, zoals haar wettelijk opgedragen, ook ambtshalve te kunnen optreden tegen inbreuken. Zij benaarstigt ook haar wettelijke opdracht van toezicht op de naleving van de mediadecreten met een dergelijk monitoringsysteem, dat immers een ontradend effect kan hebben op de betrokken omroeporganisaties. Dat zij dit door middel van het kaderbesluit monitoring expliciteert maakt geen onwettigheid uit.

14. Het eerste middel kan niet worden aangenomen.

B. Tweede middel

Uiteenzetting van het middel

15. Verzoekster voert in een tweede middel de schending aan van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur en van de rechten van verdediging, doordat zij zich niet behoorlijk kon verweren omdat zij niet wist welke inbreuk haar precies werd verweten, aangezien tot een simultane schending van artikel 101, §§ 1 en 3, en artikel 102 van de mediadecreten werd besloten, terwijl de toepassing van voornoemde artikelen elkaar uitsluiten.

16. Verzoekster herhaalt in de memorie van wederantwoord en in de laatste memorie dat het feit dat verwerende partij finaal in de bestreden beslissing slechts één artikel geschonden acht, niets afdoet aan de vaststelling dat zij zich wel degelijk moest verweren tegen een vermeende gelijktijdige schending van twee bepalingen uit de mediadecreten. Haar verweer bestond er dan ook in hoofddorde in dat de sms-applicaties niet tegelijkertijd telewinkelspots als telewinkelmogelijkheden kunnen zijn en ondergeschikt dat de sms-applicaties niet aan de definitie van telewinkelen voldoen.

Beoordeling

17. Verzoekster is finaal veroordeeld, zoals zij ook toegeeft, wegens een schending van de artikelen 101, §§ 1 en 3, van de mediadecreten. De bestreden beslissing is niet gesteund op artikel 102 van de mediadecreten. Verzoekster was er ook van op de hoogte dat de mogelijke inbreuk van haar sms-applicaties op de mediadecreten door verwerende partij onderzocht zou worden vanuit een tweevoudige invalshoek. Het stond haar vrij verweer te voeren zowel wat de toepasbaarheid en de toepassing betreft van artikel 101 als van artikel 102, die haar beiden onder de aandacht werden gebracht in het schrijven van 27 september 2007 dat de kennisgeving betreft, als bedoeld in artikel 16, § 1, van het procedurebesluit. Het valt verwerende partij niet ten kwade te duiden als verzoekster heeft gemeend haar verweer meer op artikel 102 dan op artikel 101 te moeten toespitsen.

De Raad van State ziet niet in waarom verzoekster in haar verweer niet zou hebben kunnen aanvoeren op grond van welke argumenten zij van oordeel was dat zij geen inbreuk heeft begaan op artikel 101, §§ 1 en 3. Uit het administratief dossier blijkt overigens dat zij hieromtrent wel degelijk verweer heeft gevoerd. Door tegen te werpen dat de sms-applicaties niet aan de definitie van telewinkelen beantwoorden, geeft zij aan dat deze volgens haar sowieso niet als telewinkelspots beschouwd kunnen worden en zij bijgevolg ook geen inbreuk kan hebben begaan op artikel 101, §§ 1 en 3, van de mediadecreten.

18. Het tweede middel is ongegrond.

C. Derde middel

Uiteenzetting van het middel

19. Verzoekster voert in een derde middel de schending aan van artikel 2, 19/, van de mediadecreten, van de motiveringsplicht en van artikel 1, I, van de richtlijn 89/552/EEG van 3 oktober 1989 van het Europees parlement en de Raad betreffende de coördinatie van bepaalde wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen in de lidstaten inzake de uitoefening van televisieomroepactiviteiten, zoals gewijzigd bij richtlijn 97/36/EG van 30 juni 1997 (hierna: richtlijn audiovisuele mediadiensten, voorheen ook gekend als de richtlijn “televisie zonder grenzen”), doordat de bestreden beslissing een verkeerde interpretatie geeft aan de definitie van telewinkelen toegepast op de feiten van deze zaak, onder meer door geen rekening te houden met de juiste draagwijdte van voormeld artikel 1, I, van de richtlijn audiovisuele mediadiensten, zoals geïnterpreteerd door het Hof van Justitie.

Toegelicht wordt dat de Vlaamse decreetgever de definitie van de voornoemde richtlijn overnam en dat verwerende partij, net zoals het VCM een richtlijnconforme interpretatie voorstaat. Bij de beoordeling of er sprake is van telewinkelen is het cruciaal of er een rechtstreekse aanbieding van producten of diensten is en er is maar sprake van een waarachtige aanbieding van producten of diensten in de zin van “telewinkelen” indien “in die uitzending of dat onderdeel van de uitzending werkelijk diensten worden aangeboden, rekening houdend met het doel van de uitzending waarin het spel plaatsvindt, met het belang van het spel binnen de uitzending in termen van tijd en gehoopte economische resultaten in vergelijking met die welke van die uitzending in haar geheel worden verwacht en met de soort vragen die aan de kandidaten worden gesteld” (H.v.J., 18 oktober 2007, ORF, C-195/06).

Overeenkomstig voormeld arrest van het Hof van Justitie, moet volgens verzoekster het telewinkelonderdeel worden bekeken in de globale context van de uitzending waarin het voorkomt. Er moet worden nagegaan of het spel een werkelijke onafhankelijke economische dienstverrichting is en niet slechts een aanbieding tot amusement binnen de uitzending. Er moet worden nagegaan of de omroeporganisatie niet gewoon de bedoeling heeft gehad om, gelet op het doel van de uitzending waarin het spel plaatsvindt, deze interactief te maken zonder echter daadwerkelijk diensten te willen aanbieden op het gebied van kansspelen.

Dat het prejudicieel arrest van 18 oktober 2007 van het Hof van Justitie beperkt is tot belspelletjes en geen voorwaarden voor telewinkelen in het algemeen oplegt, is volgens verzoekster onjuist en negeert het doel en de aard van de prejudiciële procedure voor het Hof van Justitie dat de uniforme toepassing van het gemeenschapsrecht beoogt. Toepassing makend van voormelde interpretatie, is verzoekster daarom van oordeel dat in deze zaak de “SMS Games” ten onrechte als telewinkelen worden gekwalificeerd. Daartoe argumenteert zij dat het betrokken programma om een aanbieding van amusement gaat binnen dat programma en niet om het werkelijk aanbieden van producten of diensten zoals beoogd met het begrip telewinkelen. Het belangrijkste oogmerk van het programma blijft de uitzending van muziekvideoclips en de sms-applicaties zijn van ondergeschikt belang; deze dienen om de interesse van de multitaskende jongere kijkers te bedienen. De ondergeschiktheid van de sms-applicaties blijkt niet alleen op inhoudelijk vlak, maar ook op visueel en economisch vlak: de videoclips nemen ruim driekwart van het scherm in en de inkomsten zijn erg beperkt met bovendien een split op de inkomsten met verschillende tussenpersonen, en ze zijn bijkomstig in vergelijking met de kostprijs van de uitzending van het programma en de inkomsten uit de sponsorboodschappen en reclameblokken die tussen de onderbrekingen van het programma worden uitgezonden.

Verzoekster betwist dan ook dat de sms-applicaties beschouwd moeten worden als telewinkelen. Nergens wordt gesteld dat de interactiviteit met het programma dient te gebeuren, bovendien is in dit programma nochtans wel aan die voorwaarde voldaan. De opname van de diverse per sms opgestuurde boodschappen beïnvloedt immers live de inhoud van het programma doordat deze boodschappen constant wisselen. De kijker zal de dienst niet als verkoop van schermruimte percipiëren. De sms-applicaties hebben geen promotionele intenties aangezien ze resulteren in typische boodschappen voor adolescenten en dus geen enkel direct of indirect verband hebben met concrete producten of diensten.

20. In de memorie van wederantwoord betwist verzoekster dat het eerder vermeld arrest van het Hof van Justitie louter van toepassing zou zijn bij de beoordeling van belspelen zoals gedefinieerd in het koninklijk besluit van 10 oktober 2006 houdende de voorwaarden waaraan spelen die aangeboden worden in het kader van televisieprogramma's via nummerreeksen van het Belgische nummerplan, waarvoor het toegelaten is om van de oproeper, naast de prijs van de communicatie, ook de betaling van de inhoud te vragen, doch beperkt tot deze reeksen waarop het eindgebruikertarief geen functie is van de tijdsduur van de

oproep en die een totaalprogramma inhouden, dienen te voldoen. Dit arrest handelt niet over belspelen, maar over de interpretatie van het begrip telewinkelen. Tevens noemt zij het feitelijk onjuist dat de pancartes en banners op zichzelf staande aanbiedingen zijn: de boodschappen worden immers tegelijk met de videoclipsgetoond en niet op de voorgrond, ze nemen slechts een beperkt deel in van het scherm en kunnen niet op zichzelf bestaan en de inkomsten van dergelijke applicaties zijn gering en bijkomstig.

21. In de laatste memorie dupliceert verzoekster nog dat indien de Raad van State zou oordelen dat het prejudicieel antwoord in de zaak C-195/06 niet dienend is in deze zaak, een nieuwe prejudiciële vraag aan het Hof van Justitie zich opdringt over de interpretatie van artikel 1, I van de richtlijn audiovisuele mediadiensten.

Beoordeling

22. Artikel 2, 19/, van de mediadecreten omschrijft telewinkelen als: “de rechtstreekse aanbiedingen aan het publiek die worden uitgezonden met het oog op de levering tegen betaling van goederen of diensten, met inbegrip van onroerende goederen, rechten en verplichtingen”. Deze definitie van telewinkelen is letterlijk overgenomen uit artikel 1, f), van de richtlijn audiovisuele mediadiensten.

In het arrest C-195/06 van 18 oktober 2007 inzake KommAustria t.g. ORF doet het Hof van Justitie uitspraak over de vraag of een belspel (“een spel waaraan een prijs verbonden is”) op televisie ook onder het begrip telewinkelen valt. Het Hof van Justitie antwoordt hieromtrent dat:

“artikel 1 van richtlijn 89/552/EEG van de Raad van 3 oktober 1989 betreffende de coördinatie van bepaalde wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen in de lidstaten inzake de uitoefening van televisieomroepactiviteiten, zoals gewijzigd bij richtlijn 97/36/EG van het Europees Parlement en de Raad van 30 juni 1997, moet aldus worden uitgelegd dat bij een uitzending of een onderdeel van een uitzending waarin een omroeporganisatie de kijkers de mogelijkheid biedt om door het rechtstreeks kiezen van een betaalnummer en dus tegen betaling deel te nemen aan een spel waaraan een prijs verbonden is, sprake is - van telewinkelen in de zin van artikel 1, sub f, indien in die uitzending of dat onderdeel van de uitzending werkelijk diensten worden aangeboden, rekening houdend met het doel van de uitzending waarin het spel plaatsvindt, met het belang van het spel binnen de uitzending in termen van tijd en gehoopte economische resultaten in vergelijking met die welke van die uitzending in haar geheel worden verwacht, en met de soort vragen die aan de kandidaten worden gesteld”.

23. In het arrest C-195/06 wordt aangegeven dat het aan de nationale instantie toekomt om alle feitelijke omstandigheden te beoordelen en niet aan het Hof van Justitie.

Er kan worden vastgesteld dat de feiten die aan de prejudiciële vraag in het arrest C-195/06 ten grondslag liggen en de feiten die tot de thans bestreden beslissing hebben geleid, niet zonder meer vergelijkbaar zijn. Anders dan in het arrest C-195/06, zijn de sms-applicaties in “SMS Games” geen onderdeel van een spel waarbij aan de deelnemers vragen worden gesteld, laat staan dat zij een prijs kunnen winnen. In het arrest van het Hof van Justitie bestond de dienstverlening in de mogelijkheid om deel te nemen aan een kansspel. In “SMS Games” wordt aan de kijker de mogelijkheid geboden om tegen betaling en via het gebruik van sms allerlei commentaar op het scherm te doen verschijnen.

24. Partijen zijn het niet eens of de interpretatie door het Hof van Justitie van telewinkelen met betrekking tot een belspel ook van toepassing is op de feiten die in deze zaak tot de bestreden beslissing hebben geleid. Maar, hoe dan ook, indien voor het debat wordt aangenomen dat bedoeld arrest ook voor de thans voorliggende situatie dienend is, maakt verzoekster niet aannemelijk dat het bedoeld arrest tot de conclusie zou moeten leiden dat het kwestieuze programma “SMS games” geen telewinkelen betreft, zodat ook het verzoek tot prejudiciële vraagstelling, overigens lapidair en slechts in laatste memorie gesuggereerd, niet wordt ingewilligd. Zoals hierna wordt uiteengezet, kan verzoekster immers niet worden gevolgd waar zij betoogt dat de toepassing van de criteria die het Hof van Justitie in het arrest heeft uiteengezet om tot de kwalificatie van telewinkelen te komen, en die volgens verzoekster in algemene termen zijn gesteld, op de “SMS-games”, toelaten te besluiten dat ze geen telewinkelen betreffen.

25. In het arrest C-195/06 wordt vooreerst aangegeven dat moet worden nagegaan of de betrokken uitzending voldoet aan de criteria aan de hand waarvan de gemeenschapswetgever dat begrip heeft gedefinieerd in artikel 1, sub f, van voormelde richtlijn audiovisuele mediadiensten, definitie die zoals gezien in de mediadecreten wordt overgenomen, zijnde: 1) het uitzenden via de televisie van, 2) rechtstreekse aanbiedingen aan het publiek, 3) met het oog op de levering van goederen of diensten, 4) tegen betaling.

Daarnaast stelt het Hof dat in een situatie waarin telewinkelen deel uitmaakt van de uitzending zelf, dat voorts nog moet worden nagegaan of die uitzending of dat onderdeel van die uitzending, gelet op de eigen kenmerken ervan, een echte aanbieding van diensten is en dat het in dit verband aan de nationale rechter staat om in het kader van die beoordeling rekening te houden met het doel van de uitzending waarin het spel plaatsvindt, met het belang van het spel binnen de uitzending in haar geheel in termen van tijd en gehoopte economische resultaten in vergelijking met die welke van die uitzending in haar geheel worden verwacht, en met de soort vragen die aan de kandidaten worden gesteld. In die zin verduidelijkt het Hof dat er geen sprake is van een echte aanbieding van diensten, wanneer het slechts gaat om een aanbieding van amusement binnen de uitzending of wanneer de omroeporganisatie gewoon de bedoeling heeft gehad om, gelet op het doel van de uitzending waarin het spel plaatsvindt, deze interactief te maken, zonder echter daadwerkelijk diensten te willen aanbieden. Dit zal in het bijzonder het geval zijn wanneer dat spel slechts een “uiterst klein onderdeel vormt van de inhoud en de duur van de amusementsuitzending”. In verband met het eerste criterium inzake de bedoeling van het programma waarin het spel is ingebed, verduidelijkt de advocaat-generaal in zijn conclusie dat volgens dat criterium situaties waarin de tussenkomst van de kijker, ook al is dat tegen betaling, deel uitmaakt van de redactionele inhoud van het programma en de voortgang daarvan beïnvloedt, buiten het begrip telewinkelen vallen. Hierbij dient nog te worden opgemerkt dat deze “criteria” slechts “richtsnoeren” of “maatstaven” zijn ter beoordeling.

26. Verzoekster gaat in het middel voornamelijk in op dit eerste criterium en argumenteert inzonderheid dat de “SMS-games” slechts een aanbieding tot amusement betreffen, dat het belangrijkste oogmerk van het programma de uitzending blijft van muziekvideoclips, dat de sms-applicaties van ondergeschikt belang zijn, en dat de opname van de diverse per sms opgestuurde boodschappen live de inhoud beïnvloedt van het programma doordat deze boodschappen constant wisselen.

Daartegenover staat dat verwerende partij in de bestreden beslissing haar kwalificatie van de sms-applicaties als telewinkelen en niet als een aanbieding tot amusement binnen een programma steunt op de redenen dat er geen interactie is met het programma vermits er geen wisselwerking is met de redactionele inhoud aangeboden door de omroep en dat de pancartes en banners die tijdens de muziekvideoclips worden getoond, de kijkers uitnodigen om tegen betaling deel te nemen aan sms-games.

27. De Raad van State valt verwerende partij bij waar zij betoogt dat de muziekvideoclips die worden afgespeeld los staan van het commentaar dat als gevolg van de sms-diensten op het beeldscherm verschijnt, ook al wisselt dit commentaar constant. De sms-applicaties hebben geen wisselwerking met de keuze, de volgorde of de duur van de muziekvideoclips. Verwerende partij mocht terecht vaststellen dat ze geen deel uitmaken van de redactionele inhoud van de uitzending en de voortgang ervan niet beïnvloeden.

Gelet op het feit dat de banners en pancartes tijdens het uitzenden van de muziekvideoclips “vrijwel doorlopend”, om niet te zeggen permanent, in beeld worden gebracht en dat ze een kwart van het beeldscherm in beslag nemen, waarbij de kijkers gedurende heel de uitzending van die clips worden uitgenodigd om tegen betaling en via het gebruik van sms aldus allerlei commentaar op het scherm te doen verschijnen zonder dat de inhoud van het programma wordt gewijzigd, overtuigt verzoekster niet dat de kwestieuze sms-applicaties “slechts een uiterst klein onderdeel vorm[en] van de inhoud en de duur van de amusementsuitzending”.

Mét verwerende partij kan tevens worden verwezen naar de analyse uit het onderzoeksrapport dat eerst het programma “Hitbox” werd uitgezonden bestaande uit alleen muziekvideoclips en vervolgens het programma “SMS-games” bestaande uit de pancartes en de banners terwijl op de achtergrond muziekvideoclips worden vertoond waarop de sms-applicaties noch betrekking hebben noch enige invloed kunnen uitoefenen.

Verzoekster betwist voorts niet dat zij inkomsten verkrijgt als gevolg van deze applicaties. Wel stelt zij relativerend dat deze bijkomstig zijn in vergelijking met de kostprijs van de uitzending van het programma en de inkomsten uit de sponsorboodschappen en reclameblokken die tussen de onderbrekingen van het programma worden uitgezonden. Verzoekster mag echter van de Raad van State niet verwachten dat hij deze losse bewering in zijn beoordeling betreft, nu verzoekster nalaat deze bewering te staven met concrete cijfermatige gegevens.

Wat ten slotte de aard van de boodschappen betreft waartoe de kijkers worden uitgenodigd om ze te laten verschijnen op het scherm, dient aan verzoekster te worden tegengeworpen dat de advocaat-generaal in zijn conclusie bij het door verzoekster aangehaalde arrest juist opmerkt, uiteraard in het kader van het betrokken bspel, dat hoe simpeler de vragen zijn, des te meer potentiële kijkers

er zullen bellen, zodat de inkomsten op die manier zullen stijgen. In zoverre die redenering zonder meer ook op het programma “SMS-games” kan worden toegepast, zoals verzoekster toch betoogt, dient te worden vastgesteld dat in de “typische” aard van de boodschappen voor adolescenten over hun liefdesleven, hun eigen naam en wie dezelfde geboortedag deelt, een bijkomende aanwijzing kan worden gezien dat het te dezen wel degelijk gaat over telewinkelen.

28. Het middel is ongegrond.

D. Vierde middel

Uiteenzetting van het middel

29. Het vierde middel is geput uit de schending van de formele- en materiële-motiveringsplicht, doordat de bestreden beslissing ten onrechte stelt dat er geen optische of akoestische middelen werden gebruikt om de sms-applicaties te onderscheiden van de rest van het programma en deze in het programma zelf voorkomen en niet tussen de zelfstandige programmaonderdelen, terwijl er met een splitscreen werd gewerkt waarbij de muziekvideoclips en de applicaties visueel van elkaar worden gescheiden, waardoor het scherm letterlijk horizontaal is verdeeld. Verzoekster merkt nog op dat deze techniek niet in strijd is met de richtlijn audiovisuele diensten, zoals blijkt uit de Interpretatieve Mededeling van de Europese Commissie over bepaalde aspecten van de richtlijn “Televisie zonder Grenzen” betreffende televisiereclame.

In de memorie van wederantwoord voegt verzoekster daar nog aan toe dat noch de mediadecreten, noch de richtlijn audiovisuele diensten, noch enige andere regelgeving opleggen dat de scheiding horizontaal op het scherm moet gebeuren, dat niettemin de scheiding in deze zaak wel horizontaal is aangebracht, nu de boodschappen op een horizontale balk op het scherm staan en dat het aldus voor elke kijker meteen duidelijk is dat het scherm twee onderdelen bevat.

In de laatste memorie blijft verzoekster er bij dat, aangezien de sms-games in een aparte strook (“banner”) onderaan het beeld worden uitgezonden, de ruimtelijke scheiding tussen de videoclips en de sms-games visueel en ruimtelijk evident is en er daardoor wel degelijk een optisch onderscheid is, dat zelfs de onoplettende kijker niet kan ontgaan.

Beoordeling

30. In de interpretatieve mededeling van de Commissie over bepaalde aspecten van de bepalingen van de richtlijn “Televisie zonder Grenzen” betreffende televisiereclame staat in randnummer 52 het volgende omtrent de toelaatbaarheid van splitscreenreclame:

“Splitscreenreclame is verenigbaar met de richtlijn, indien zij gemakkelijk herkenbaar is en door akoestische of optische middelen duidelijk gescheiden van de rest van de programma’s, zodat niet het gevaar bestaat dat de kijkers de reclame en de redactionele inhoud met elkaar verwarren. Splitscreenreclame mag de integriteit van de programma’s, in de loop waarvan zij wordt uitgezonden, niet schaden. Op splitscreenreclame zijn alle bepalingen van de richtlijn van toepassing die betrekking hebben op de presentatie (artikel 10), het invoegen van reclame (artikel 11), op de duur (artikel 18) en op de inhoud van de reclame (artikelen 12-16).”

In de randnummers 45 en 46 wordt verduidelijkt onder welke voorwaarde splitscreenreclame verenigbaar is met de eis om gescheiden te zijn van de redactionele inhoud:

“Presentatie (artikel 10). Traditioneel bestaat er tussen de redactionele inhoud en de commerciële boodschappen een scheiding in de tijd: de reclame wordt tussen of tijdens de uitzendingen ingevoegd en onderscheidt zich van deze uitzendingen door haar optische of akoestische kenmerken. Niettemin volgt uit de letter en de geest van de richtlijn dat een scheiding in de tijd van de rest van het programma niet per se noodzakelijk is, indien de door de omroeporganisatie gebruikte akoestische of optische middelen het door de wetgever gewenste doel beogen, namelijk te vermijden dat de kijkers de reclame met de redactionele inhoud verwarren.

Een ruimtelijke scheiding door optische en/of akoestische middelen kan zo nodig voldoen aan de verplichting tot scheiding in artikel 10, lid 1, van de richtlijn. Hierbij moet deze ruimtelijke scheiding zo worden aangebracht dat reclame en telewinkelen gemakkelijk als zodanig herkenbaar zijn en van de rest van het programma-aanbod duidelijk gescheiden zijn”.

31. Er kan uit de bestreden beslissing niet worden afgeleid dat verwerende partij de techniek van splitscreen op grond van artikel 101, § 1, van de mediadecreten afwijst. In de bestreden beslissing wordt vastgesteld “dat de telewinkelspots tijdens de onderzochte periode niet duidelijk als dusdanig als telewinkelen herkenbaar zijn en niet duidelijk onderscheiden zijn van de programma’s door optische en/of akoestische middelen”, wat door artikel 101, § 1, van de mediadecreten en de voormelde interpretatieve mededeling vereist is.

32. Uit de foto's die in de procedurestukken van verzoekster zijn opgenomen blijkt dat tijdens de uitzending van de muziekvideoclip langwerpige pancartes onderaan het beeldscherm worden uitgezonden.

Verzoekster overtuigt niet waar zij stelt dat door het gebruik van een dergelijke techniek, waarbij “de sms games in een aparte strook (‘banner’) onderaan het beeld worden uitgezonden”, een “evident optisch onderscheid” ontstaat die de kijkers in staat zou moeten stellen deze gemakkelijk als telewinkelspots te herkennen en te onderscheiden van de muziekvideoclip. De “banners” worden immers niet uitgezonden in een deel van het scherm, ruimtelijk gescheiden van een ander stuk van het scherm met daarin het volledig beeld van de uitgezonden videoclip. Ze worden integendeel duidelijk bovenop de muziekvideoclips aangebracht, wat het beeld van de uitgezonden muziekvideoclip deels belemmert en er bijgevolg de integriteit van schaadt. Verwerende partij kon dan ook wettig oordelen dat de spots niet duidelijk als telewinkelen herkenbaar zijn.

33. Het vierde middel is niet gegrond.

E. Vijfde middel

Uiteenzetting van het middel

34. In een vijfde middel voert verzoekster de schending aan van de formele-motiveringsplicht, het gelijkheidsbeginsel, het redelijkheids- en evenredigheidsbeginsel en het rechtszekerheidsbeginsel, doordat de bestreden beslissing in strijd met de eigen beleidslijn een boete van 2.500 euro oplegt, niet motiveert waarom van deze lijn wordt afgeweken en hierdoor een ongerechtvaardigde ongelijke behandeling creëert.

Geargumenteerd wordt dat verwerende partij geen rekening heeft gehouden met de schaalgrootte van JIM TV, wat de rechtszekerheid schendt en onredelijk en onevenredig is, terwijl verwerende partij in andere zaken bij het bepalen van de omvang van de boete wel rekening houdt of hield met de schaalgrootte van een omroepprogramma. Zij verwijst hiervoor ten eerste naar de beslissing van 22 februari 2008 waarin verwerende partij erkent dat JIM TV maar een beperkte schaalgrootte heeft en dit als een element in rekening brengt bij de beoordeling van de strafmaat, ten tweede naar de beslissing nr. 2008/009 van 18 januari 2008, waarin een omroep met een grotere schaalgrootte én een

bijkomende inbreuk eenzelfde boete kreeg en naar de beslissing nr. 2008/010 van 18 januari 2008, waarin een omroep met een vergelijkbare of kleinere schaalgrootte dan JIM TV de lichtste sanctie (waarschuwing) kreeg.

35. In de memorie van wederantwoord voegt verzoekster daar nog aan toe dat de beslissing nr. 2005/112 van 16 december 2005 inzake monitoring van het omroepprogramma JIM TV op 30 mei 2005, waarin haar ook een administratieve geldboete was opgelegd, op een andere feitelijke constellatie dan deze zaak betrekking heeft. In die beslissing ging het om de mogelijkheid om ringtones voor mobiele telefoons aan te kopen. De pancartes kwamen daartoe slechts even in beeld. Het gaat hier niet om de aankoop van een product of van een dienst, maar om de betaling van een vergoeding voor het verzenden van een sms met het doel de inhoud ervan op het televisiescherm te zien. De boodschappen staan permanent op het scherm en bovendien werd in die beslissing een boete van 2.500 euro opgelegd voor twee onderscheiden inbreuken.

36. In de laatste memorie doet verzoekster ten slotte nog gelden dat geen conclusies kunnen worden getrokken uit de beslissing nr. 2005/112 van 16 december 2005, omdat toen ook voor andere inbreuken eenzelfde boete van 2.500 euro werd opgelegd, en omdat de beslissing uitging van de voorganger van verwerende partij, waardoor verwerende partij zich naar eigen zeggen niet gebonden acht, uit de beslissing nr. 2008/013 van 22 februari 2008, omdat in die beslissing de feitenconstellatie totaal verschillend was van degene waar het hier om gaat en uit de beslissing nr. 2008/080 van 15 december 2008, omdat deze werd genomen na de hier bestreden beslissing en op een ogenblik dat verwerende partij kennis had van de middelen in deze zaak.

Beoordeling

37. Artikel 176 van de mediadecreten bepaalt de mogelijke sancties die de verwerende partij kan opleggen in geval zij inbreuken op de reglementering inzake reclame, telewinkelen, sponsoring en boodschappen van algemeen nut op radio en televisie vaststelt:

“§ 1. Als de algemene kamer, binnen de grenzen van haar bevoegdheden opgesomd in artikel 169, § 2, van deze decreten een overtreding op de bepalingen van deze decreten vaststelt, dan kan zij aan de betrokken omroep, het betrokken kabelnetwerk of het betrokken televisie- of radio-omroepnetwerk de volgende sancties opleggen:
1/ de waarschuwing met het bevel de overtreding stop te zetten;

- 2/ het bevel de uitspraak uit te zenden op het tijdstip en op de wijze zoals bevolen door de algemene kamer, op kosten van de overtreder. Als de uitspraak niet wordt uitgezonden op het tijdstip en de wijze zoals bevolen, kan een administratieve geldboete als bedoeld in 4/ worden opgelegd;
- 3/ de verplichte publicatie van de beslissing in dag- en/of weekbladen, op kosten van de overtreder. Als de uitspraak niet wordt gepubliceerd op de wijze zoals bevolen, kan een administratieve geldboete als bedoeld in 4/ worden opgelegd;
- 4/ een administratieve geldboete tot en met 125.000 euro opleggen;
- 5/ de zendvergunning schorsen of intrekken;
- 6/ de erkenning van de omroep schorsen of intrekken”.

38. Verzoekster brengt als enig gegeven dat ertoe zou moeten besluiten dat een administratieve geldboete van 2.500 euro “onredelijk en onevenredig” is, haar beperkte schaalgrootte aan. Zij meent dat verwerende partij hiermee in de bestreden beslissing geen rekening heeft gehouden, zoals zij wel heeft gedaan “in vergelijkbare zaken in dezelfde periode”. De bestreden beslissing is naar het oordeel van verzoekster dan ook in strijd “met de eigen beleidslijn” van verwerende partij.

Uit artikel 176 van de mediadecreten volgt dat verwerende partij de mogelijkheid heeft om een administratieve geldboete tot 125.000 euro op te leggen. Door een boete op te leggen van 2.500 euro heeft verwerende partij dan ook niet de zwaarst mogelijke geldboete opgelegd, maar slechts een fractie van wat wettelijk is toegestaan.

Het bedrag van de opgelegde boete wijst er veeleer op dat verwerende partij met de schaalgrootte van verzoekster terdege rekening heeft gehouden. Ook de drie andere beslissingen waarnaar verzoekster verwijst vermogen niet haar stelling aan te tonen.

Verzoekster verwijst vooreerst naar de beslissing nr. 2008/013 van 22 februari 2008. In die beslissing kreeg verzoekster omwille van sponsorvermelding, in strijd met artikel 105, § 1, van de mediadecreten, en na haar willig beroep - waarin zij de te hoge strafmaat in verhouding tot haar schaalgrootte aanklaagt (aanvankelijk werd een boete van 10.000 euro opgelegd) - uiteindelijk een administratieve geldboete van 5.000 euro opgelegd. Verwerende partij overweegt hieromtrent:

“In de mate dat VMMA verwijst naar de erg beperkte schaalgrootte van het omroepprogramma JimTV, kan het beroep ten dele worden aanvaard. De schaalgrootte van een omroepprogramma is één element bij de beoordeling van de strafmaat, onder meer om het afschrikkend effect van de sanctie

enigszins af te stemmen op de verwachte opbrengst van de inbreuk, zonder dat dit element evenwel tot een volledig lineaire berekening ervan aanleiding dient te geven. Bij het bepalen van de strafmaat houdt de Regulator echter ook rekening met, onder meer, de aard en de ernst van de inbreuk. Rekening houdend met de erg beperkte schaalgrootte van het omroepprogramma JimTV, brengt de Regulator de administratieve geldboete terug tot 5.000 euro”.

Aan verzoekster wordt in die zaak aangaande een inbreuk inzake sponsorvermelding, én rekening houdend met haar beperkte schaalgrootte, toch nog het dubbele van de boete opgelegd dan in de huidige zaak.

Verzoekster verwijst voorts naar twee beslissingen van 18 januari 2008 over volgens haar “vergelijkbare feiten”. De Raad van State stelt echter vast dat de feiten in de beslissing nr. 2008/009 een inbreuk vormden op artikel 102 van de mediadecreten en helemaal niet zo evident vergelijkbaar zijn en dat de beslissing nr. 2008/010 dan weer een particuliere televisieomroep betreft met een nog kleinere schaalgrootte dan verzoekster, én een inbreuk op artikel 102.

39. Verzoeksters bewering dat de opgelegde administratieve geldboete gelet op haar beperkte schaalgrootte uitzonderlijk hoog is en in strijd met de eigen beleidslijn van verwerende partij, mist overtuigingskracht en wordt niet aangenomen. Verzoekster toont evenmin met voormelde beslissingen aan dat verwerende partij vergelijkbare zaken ongelijk zou hebben behandeld.

Gelet op het feit dat niet wordt aangetoond dat verwerende partij afwijkt van een beleidslijn en dat verzoekster anders zou zijn behandeld, dat verwerende partij allermist de zwaarst mogelijke sanctie oplegt, dat in de bestreden beslissing omstandig wordt aangegeven waaruit de schending bestaat en dat verwerende partij in de bestreden beslissing aangeeft met de aard en de ernst van de inbreuk rekening te houden, kan er bovendien geen schending op de formele-motiveringsplicht worden aangenomen.

40. Het vijfde middel is ongegrond.

BESLISSING

1. De Raad van State verwerpt het beroep.

2. De verzoekende partij wordt verwezen in de kosten van het beroep tot nietigverklaring, begroot op 175 euro.

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van 3 februari 2011, door de Raad van State, XIIe kamer, samengesteld uit:

Dierk Verbiest,	kamervoorzitter,
Geert Van Haegendoren,	staatsraad,
Pierre Barra,	staatsraad,
bijgestaan door	
Frank Bontinck,	griffier.

De griffier

De voorzitter

Frank Bontinck

Dierk Verbiest