

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

XIIe KAMER

A R R E S T

**nr. 210.972 van 3 februari 2011
in de zaak A. 189.687/XII-5556**

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 12 september 2008, strekt tot de nietigverklaring van de beslissing van 23 juni 2008 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 toelichtende memorie 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. Regelmatigheid van de rechtspleging

3. Verwerende partij heeft binnen de voorgeschreven termijn geen memorie van antwoord ingediend. Evenmin heeft zij binnen de voorgeschreven termijn een administratief dossier aan de Raad van State toegestuurd.

In de laatste memorie vraagt verzoekster de toepassing van artikel 21, derde lid, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State.

4. Verwerende partij heeft op 16 december 2008 dan toch haar memorie van antwoord en haar administratief dossier ingediend. Zulks doet geen afbreuk aan de toepassing van artikel 21, derde lid en vijfde lid, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State. De door verzoekster aangehaalde feiten worden bijgevolg, met toepassing van voornoemd artikel 21, derde lid, als bewezen geacht tenzij deze feiten kennelijk onjuist zijn. Ter appreciatie van dit laatste mag de Raad van State wel bij wijze van inlichting acht slaan op de stukken van het laattijdig meegedeeld dossier. Wat de memorie van antwoord betreft, deze wordt overeenkomstig artikel 21, vijfde lid, uit de debatten geweerd.

IV. Feiten

5.1. 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.

5.2. 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 JIM TV, waarbij de uitzendingen van 26 februari 2008, van 12.00u tot 18.00u, 25 april 2008, van 16.00u tot 17.00u, en van 28 april 2008, van 9.00u tot 10.00u, worden 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 het artikel 101, §§ 1 en 3.

De inbreuk die finaal tot het voorliggende annulatieberoep zal leiden, betreft de uitzending op 26 februari 2008 van 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 (meestal 'How cool is my name') en ook aangaande de liefdesrelatie of charmetroeven ('Matchmaker', 'Love me, love me not' en 'Kind of kisser').

[...]

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".

5.3. Op 28 mei 2008 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 inbreuk vastgesteld bij JIM TV.

Bij brief van 3 juni 2008 wordt verzoekster op de hoogte gesteld van het verslag van de onderzoekscel.

Bij brief van 18 juni 2008 maakt verzoekster haar opmerkingen over. Zij deelt mee dat zij niet wenst te worden gehoord in deze zaak. Omtrent de vermeende inbreuk inzake telewinkelen verwijst zij vooreerst naar de gelijkaardige vaststellingen die hebben geleid tot de beslissing nr. 2007/070 van 14 december 2007 waartegen zij bij de Raad van State een annulatieberoep heeft ingesteld. Voorts voert zij aan dat voorbehoud dient te worden gemaakt bij de geldigheid van het onderzoek aangezien het is gesteund op het onwettig kaderbesluit monitoring. De onderzoekscel zou tevens een verkeerde definitie van telewinkelen geven door niet de juiste draagwijdte vast te stellen 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”), zoals geïnterpreteerd door het Hof van Justitie waardoor er *in casu* geen sprake kan zijn van telewinkelen. In ondergeschikte orde stelt zij dat er door het gebruik van splitscreen wel degelijk optische middelen worden gebruikt om de sms-applicaties te onderscheiden.

5.4. Op 23 juni 2008 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 is wat telewinkelen betreft gesteund op de volgende overwegingen:

“11. Het komt niet toe aan de Regulator om zich uit te spreken over de wettigheid van het kaderbesluit van 22 april 2005. De Regulator gaat dan ook niet in op het middel ontwikkeld, in een verzoekschrift tot nietigverklaring dat op het moment van deze beslissing hangende is bij de Raad van State

12. 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. De Regulator verwijst voor de motivering naar zijn beslissing 2007/070 d.d. 14 december 2007.

De telewinkelspots zijn tevens niet herkenbaar en niet duidelijk onderscheiden van de programma’s door optische en/of akoestische middelen.

De Regulator gaat niet verder in op de argumenten die eveneens aangevoerd worden door de omroep in een procedure die hangende is voor de Raad van State op het ogenblik van deze beslissing.

13. Gelet op het voorgaande stelt de Regulator een inbreuk vast op de bepalingen van artikel 101, § 1, eerste lid, en § 3, van het Mediadecreet.

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

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

V. Relevante regelgeving

6. 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.

7. Artikel 169, §§ 1 en 2, van de mediadecreten luiden:

“§ 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/ met behoud van de toepassing van § 3 van dit artikel, en van artikelen 12 en 25, 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”.

Artikel 170, § 2, van de mediadecreten bepaalt:

“De algemene kamer doet uitspraak, 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. Om ontvankelijk te zijn moet de klacht ingediend zijn uiterlijk de vijftiende dag na de gebeurtenis, die aanleiding heeft gegeven tot de klacht”.

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 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.

8. Wat het procedurebesluit betreft, bevat het tweede hoofdstuk luidens zijn opschrift de regeling van de “procedure inzake onderzoeken na klachten, ambtshalve onderzoeken en onderzoeken op verzoek van de Vlaamse regering”. De term “ambtshalve onderzoek” komt in dit besluit verder nergens ter sprake. Artikel 16 van dit tweede hoofdstuk bepaalt:

“§ 1. Als de algemene kamer hetzij ambtshalve, hetzij na een onderzoek op verzoek van de Vlaamse Regering beslist over te gaan tot een procedure op tegenspraak, wordt die beslissing met de documenten die erop betrekking hebben naar de betrokkene gestuurd met vermelding van de gronden waarop de procedure steunt.

§ 2. Binnen vijftien dagen na ontvangst kan de betrokkene zijn opmerkingen schriftelijk aan de Regulator meedelen, dan wel via elektronische post of enig ander telecommunicatiemiddel dat resulteert in een schriftelijk stuk aan de zijde van de geadresseerde, en waarop een elektronische handtekening is aangebracht die voldoet aan de vereisten van artikel 1322 van het Burgerlijk Wetboek.

De betrokkene kan worden opgeroepen om door de algemene kamer te worden gehoord. Indien de betrokkene hiertoe verzoekt, moet hij door de algemene kamer worden gehoord”.

9. 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:

“Wanneer de algemene kamer beslist een ambtshalve onderzoek in te stellen, wordt deze beslissing, met de daarbij horende documenten, onmiddellijk aan de onderzoekscel meegedeeld, met de vraag om de aangelegenheid te onderzoeken”.

Artikel 21 bepaalt:

“De onderzoeken worden autonoom 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, de elementen van het dossier worden getoetst aan de wettelijke regels en een voorstel van beslissing wordt geformuleerd. Indien een procedure op tegenspraak wordt ingezet, worden de bevindingen van de onderzoekscel aan de betrokken partijen medegedeeld”.

10. 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".

VI. Onderzoek van de middelen

A. Eerste middel

Uiteenzetting van het middel

11. 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 vooreerst 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, dat in plaats van geval per geval een beslissing te nemen “met de daarbij horende documenten”, verwerende partij dit op algemene wijze heeft opgenomen in het kaderbesluit monitoring, dat verwerende partij de terminologie verwacht, dat indien zij in de memorie van antwoord zou stellen dat zij pas op 14 maart 2008 de beslissing nam om een ambtshalve onderzoek te starten, verzoekster naar haar tweede middel verwijst en dat indien zij dat niet doet, zij daarmee aantoont dat het kaderbesluit de grondslag voor de bestreden beslissing vormde. Verzoekster betoogt voorts dat 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. Verwerende partij zou enkel niet-bindende richtlijnen aan zichzelf kunnen opleggen, maar kan geen, naar analogie met de onwettige verordenende omzendbrief, dwingende richtlijnen bepalen. Het kaderbesluit is geen maatregel van inwendige orde omdat het uitwerking heeft op de omroepen die ten gevolge ervan periodiek worden onderworpen 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. 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.

12. Verzoekster doet in de toelichtende memorie 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.

13. 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, namelijk 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

14. De feitelijke en juridische gegevens van de thans voorliggende zaak doen zich op identieke wijze voor als in de zaak A. 187.646/XII-5377 betreffende een beroep tegen een eerdere beslissing van de VRM, waarbij aan verzoekster omwille van gelijkaardige feiten en eenzelfde inbreuk op de mediadecreten een administratieve geldboete van 2.500 euro wordt opgelegd. Verzoekster voert tegen de thans bestreden beslissing, die ditmaal betrekking heeft op een herhaling van die inbreuk in een latere uitzending van het programma “SMS-

games”, een volledig naar inhoud gelijklopend eerste middel aan als het eerste middel dat zij reeds had aangevoerd in laatstgenoemde zaak.

In het arrest nr. 210.971 van heden komt de Raad van State daarover tot de conclusie dat noch de mediadecreten, noch het procedurebesluit uitsluiten 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 en dat de explicitering ervan in het kaderbesluit monitoring geen onwettigheid uitmaakt. De Raad van State ziet geen reden om in huidige zaak anders te oordelen.

Verzoekster neemt terecht aan dat verwerende partij, op basis van het ambtshalve onderzoek “bevolen door het kaderbesluit”, besloot op 28 mei 2008 een procedure op tegenspraak tegen haar op te starten. Deze beslissing om in het concrete geval van verzoekster een procedure op tegenspraak aan te vatten op grond van een door de onderzoekscel uitgevoerde monitoring, werd geheel in overeenstemming met artikel 16, § 1, van het procedurebesluit, met de daarbij horende documenten, waaronder het onderzoeksrapport van de onderzoekscel, aan verzoekster opgestuurd.

In tegenstelling tot wat verzoekster verder betoogt in de toelichtende memorie, wordt de bedoelde beslissing van de algemene kamer “tot een procedure op tegenspraak” bijgevolg niet genomen op basis van het kaderbesluit monitoring maar wel op grond van artikel 170, § 2, van de mediadecreten, dat bepaalt dat de algemene kamer ook ambtshalve uitspraak kan doen over de beteugeling van eventuele inbreuken op de mediaregelgeving. Om ambtshalve uitspraak te kunnen doen, vooronderstelt dit dat aan de algemene kamer de resultaten van het onderzoek van de onderzoekscel zijn voorgelegd, een vooronderzoek dat op zijn beurt hetzij na algemene monitoring (overeenkomstig het kaderbesluit monitoring), hetzij na een specifieke opdracht (in toepassing van artikel 20 van het reglement van orde) is uitgevoerd. De kennisneming van de resultaten van het vooronderzoek vormt het ogenblik waarop de algemene kamer formeel beslist of er reden is om tot een “ambtshalve uitspraak” te komen als bedoeld in voornoemd artikel 170, § 2, van de mediadecreten, in welk geval de procedure op tegenspraak met de overeenstemmende rechten van verdediging (waaronder artikel 16 van het procedurebesluit) wordt opgestart.

Verzoekster lijkt de beslissing tot het opstarten van een “procedure inzake ambtshalve onderzoek” (geregeld in hoofdstuk 2 van het procedurebesluit) te lezen als een beslissing tot “ambtshalve onderzoek”, in de betekenis van de (vóór)beslissing om aan de onderzoekscel de opdracht te geven een (voor-)onderzoek uit te voeren. Dit is echter niet correct. Artikel 16, § 1, van het procedurebesluit vereist weliswaar dat de algemene kamer geval per geval beslist over het (ambtshalve) aanvaarden van een procedure op tegenspraak (“inzake ambtshalve onderzoek”), 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 vereist geenszins dat geval per geval wordt beslist over het instellen van een “ambtshalve onderzoek” in de betekenis van het vooronderzoek dat door de onderzoekscel wordt uitgevoerd, waarover niets wordt bepaald in het procedurebesluit, noch in de mediadecreten.

Geheel in overeenstemming met artikel 169, § 2, *in fine*, van de mediadecreten, dat bepaalt dat de algemene kamer “volledig autonoom” handelt in de uitoefening van haar taak van toezicht op de beteugeling van inbreuken op en de naleving van de bepalingen van de mediaregelgeving, kan de regulator intern beslissen het vooronderzoek te scheiden van de eigenlijke beslissingsbevoegdheid van de algemene kamer en dit toe te vertrouwen aan de onderzoekscel. Binnen die autonomie valt eveneens de vrijheid om dit ambtelijk vooronderzoek, dat voorafgaat aan de procedure bedoeld in artikel 16, § 1, van het procedurebesluit, op te dragen aan de onderzoekscel op algemene wijze, zoals is gebeurd met het kaderbesluit monitoring, alsook op individuele wijze, zoals is gebeurd in artikel 20 van het reglement van orde.

15. Het eerste middel kan, op grond van het voorgaande en de redenen uiteengezet in het arrest nr. 210.971, niet worden aangenomen.

B. Tweede middel

Uiteenzetting van het middel

16. Verzoekster put een tweede middel uit de schending van de artikelen 20 en 21 van het reglement van orde van de algemene kamer, doordat, zoals uit de bestreden beslissing blijkt, eerst een onderzoek werd gevoerd en dan een beslissing genomen tot ambtshalve onderzoek, terwijl voormelde bepalingen

opleggen dat de algemene kamer eerst een handeling tot ambtshalve onderzoek neemt, dan haar administratie een onderzoek voert en vervolgens de algemene kamer al dan niet beslist om een procedure op tegenspraak te voeren. Op die manier wordt de volgorde van de procedure omgedraaid, hetgeen een schending inhoudt van het eigen reglement van orde.

17. Verzoekster voegt daar in de toelichtende memorie nog aan toe dat de algemene kamer pas op 28 mei 2008 besliste om een ambtshalve onderzoek in te stellen, terwijl op dat ogenblik het onderzoek al was uitgevoerd en verwerende partij geen enkel argument aanvoert waarom de onderzoekscel, zonder die beslissing af te wachten, al kon overgaan tot een onderzoek.

In de laatste memorie benadrukt verzoekster dat uit de grammaticale opbouw van de tekst van artikel 20 van het reglement van orde volgt dat de algemene kamer eerst beslist over het al dan niet instellen van een ambtshalve onderzoek en dat daarna deze beslissing wordt meegedeeld aan de onderzoekscel, met de vraag om deze zaak te onderzoeken, wat impliceert dat over elke zaak een beslissing wordt genomen, op basis waarvan “de vraag” wordt gesteld om “de aangelegenheid te onderzoeken”. Hierin lezen dat de algemene kamer niet verplicht is om een individuele, voorafgaande machtiging aan de onderzoekscel te geven, maakt dat voormeld artikel 20 zelfs geen enkele reden van bestaan meer heeft.

Beoordeling

18. Bij de bespreking van het eerste middel werd vastgesteld dat verzoekster terecht aanneemt dat verwerende partij, op basis van het ambtshalve onderzoek “bevolen door het kaderbesluit”, besloot op 28 mei 2008 een procedure op tegenspraak tegen haar op te starten. In het kader van het huidige middel, stelt zij in haar laatste memorie vast dat verwerende partij op 28 mei 2008 een beslissing nam “inzake een procedure inzake ambtshalve onderzoek”. Deze beslissing betreft echter niet het ambtshalve onderzoek zelf zoals bedoeld in artikel 20 van het reglement van orde, maar wel de beslissing tot het inzetten van een procedure op tegenspraak die daarop volgt, zoals bedoeld in artikel 21 van het reglement van orde en artikel 16, § 1, van het procedurebesluit. Bijgevolg kan niet worden aangenomen dat “in weerwil van het eigen reglement”, inzonderheid van artikel 20, de onderzoekscel niet van dergelijke beslissing op de hoogte werd gebracht, wat voormeld artikel ook niet vereist ten aanzien van de beslissing tot het opstarten van

een procedure op tegenspraak. Artikel 20 heeft enkel betrekking op de eventuele beslissing van de algemene kamer om aan de onderzoekscel een specifieke opdracht te geven tot ambtshalve onderzoek.

Hiervoor is reeds opgemerkt dat een algemene monitoring en een specifieke opdracht elkaar niet uitsluiten en beide inpasbaar zijn in de toezichts- en handhavingsbevoegdheid van de VRM. Het kaderbesluit bevestigt deze zienswijze trouwens, waar het stelt dat de administratie wordt verzocht, “onverminderd de specifieke onderzoeksopdrachten” op bepaalde tijdstippen en op basis van steekproeven gerichte controles uit te voeren. Artikel 20 van het reglement van orde en het kaderbesluit zien dus op twee te onderscheiden situaties. Ze hebben met elkaar gemeen het vooronderzoek en de beslissing gescheiden te houden, en komen aldus tegemoet aan de eis van onafhankelijkheid en onpartijdigheid.

Het reglement van orde van de algemene kamer voorziet in het bestaan van de onderzoekscel die belast is met het vooronderzoek (artikel 1, 4/). In huidige zaak werd dat vooronderzoek niet uitgevoerd op grond van artikel 20 van voormeld reglement, meer bepaald op grond van een specifieke “vraag” van de algemene kamer om een “aangelegenheid te onderzoeken”, maar wel op grond van het kaderbesluit monitoring, dat aan de administratie een “algemene opdracht” geeft om op bepaalde tijdstippen en op basis van steekproeven controles uit te voeren. Het is tevens de onderzoekscel die ter naleving van het kaderbesluit die algemene opdracht uitvoert. Geheel in overeenstemming met artikel 21, werd voorts het vooronderzoek op grond van de uitgevoerde monitoring van een aantal uitzendingen van verzoekster, wel degelijk “autonoom voorbereid door de onderzoekscel, die de resultaten van het vooronderzoek in een rapport aan de algemene kamer [heeft uiteengezet], waarin een overzicht [werd] gegeven van de feitelijke omstandigheden, de elementen van het dossier [werden] getoetst aan de wettelijke regels en een voorstel van beslissing [werd] geformuleerd”. Daarop volgend heeft de algemene kamer, overeenkomstig de laatste zin van artikel 21, beslist “een procedure op tegenspraak” in te zetten en de “bevindingen van de onderzoekscel aan de betrokken partijen medegedeeld”, zoals ook bepaald in artikel 16, § 1, van het procedurebesluit. Anders dan verzoekster meent, werd de volgorde van de procedure dus geenszins omgedraaid. Dat eerst een vooronderzoek door de onderzoekscel werd gevoerd, niet ingevolge een specifieke beslissing daartoe van de algemene kamer overeenkomstig artikel 20 van het reglement van orde, maar wel ingevolge de algemene opdracht, vastgesteld bij het kaderbesluit monitoring van het VCM (thans het VRM) maakt dan ook geen onwettigheid uit.

Een grammaticale lezing van artikel 20 laat niet toe om hierin een gebod te lezen dat de algemene kamer verplicht om een individuele, voorafgaande machtiging aan de onderzoekscel te geven, noch een verbod om een algemene machtiging aan de onderzoekscel te geven. In artikel 20 lezen dat een individuele, voorafgaande machtiging is vereist vooraleer de onderzoekscel een onderzoek kan starten, gaat te ver en stemt niet overeen met de woorden en doelstelling van de tekst.

In zoverre verzoekster tenslotte meent dat artikel 20 van het reglement van orde in deze lezing geen praktische reden van bestaan meer heeft, kan worden opgemerkt dat ook de VRM tot dat inzicht gekomen is, nu hij voormeld artikel weggelaten heeft in het nieuwe reglement van orde van de algemene kamer van 18 mei 2009 (B.S. 26 juni 2009). Artikel 16 van het nieuwe reglement regelt, net zoals het vroegere artikel 19, het vooronderzoek bij een klacht of een verzoek van de Vlaamse regering. Artikel 17 bepaalt, op identieke wijze als het vroegere artikel 21, dat de onderzoekscel autonoom onderzoeken kan voorbereiden, de resultaten van dit onderzoek in een rapport aan de algemene kamer voorlegt dat een overzicht geeft van de feitelijke omstandigheden, de elementen van het dossier toetst aan de wettelijke regels en een voorstel tot beslissing formuleert. Artikel 18 voegt daaraan toe dat een lid van de onderzoekscel zijn onderzoeksrapport voor de algemene kamer kan toelichten, doch niet aanwezig mag zijn bij de hoorzitting en de beraadslaging.

19. Het tweede middel is ongegrond.

C. Derde middel

Uiteenzetting van het middel

20. Verzoekster betoogt in een derde middel dat de bestreden beslissing is gesteund op een ontoelaatbare delegatie van de eigen onderzoeksbevoegdheid van verwerende partij en zij roept tevens de schending in van de rechten van verdediging. Toegelicht wordt dat de bestreden beslissing onwettig is, omdat ze steunt op vaststellingen gedaan door een derde, namelijk het bedrijf MediaXim en niet op eigen bevindingen en dat de beslissing van verwerende partij om een deel van haar eigen onderzoeksbevoegdheid, haar bij de mediadecreten toegewezen, op te dragen via contract aan een privébedrijf, een delegatie van bevoegdheid is die verder gaat dan het nemen van detailmaatregelen.

De taak van MediaXim overstijgt het louter registreren, nu de gebruikte software de duur aangeeft van elk onderscheiden element in de uitzending en het karakter ervan classificeert en het contract met MediaXim niet openbaar is zodat niet duidelijk is of er controlemechanismen zijn ingebouwd. De analyse die de onderzoekscel uitvoerde, start dus vanuit een subjectief standpunt omdat de feiten reeds bij voorbaat werden gekwalificeerd.

21. In de toelichtende memorie stelt verzoekster dat nergens blijkt hoe verwerende partij de eindverantwoordelijkheid organiseert, dat de delegatie niet beperkt is, dat er geen aangetoonde controle is, terwijl de software meer doet dan alleen maar beelden opnemen en dat de inhoud van de opgenomen beelden juridisch wordt gekwalificeerd en daarna geclassificeerd.

22. In de laatste memorie brengt verzoekster nog naar voor dat het administratief dossier geen enkel stuk bevat over de wijze waarop en de voorwaarden waaronder MediaXim haar opdracht uitvoert en zelfs wat die opdracht precies inhoudt. Uit de eigen verklaringen van verwerende partij blijkt nochtans dat die taak toch wel verder gaat dan louter technische ondersteuning (het opnemen van programma's) en dat ook een deel van de beoordeling vervat zit in de opdracht. In het jaarverslag 2007 van verwerende partij wordt gesteld dat MediaXim aan de hand van tabellen de duur van elk onderscheiden element in de uitzending aangeeft en het karakter ervan kwalificeert (bijvoorbeeld programma of programmaonderdelen, reclamespot, of -blok, boodschap van algemeen nut), en dat die classificatie voor de toepassing van de mediaregelgeving cruciaal is en het verschil kan maken tussen een inbreuk en geen inbreuk.

Verzoekster verwijst hierbij naar een andere procedure bij de Raad van State, gekend onder het algemeen rolnummer 189.789, waar verwerende partij voor haar oordeel volledig vertrouwde op de vaststellingen uit het rapport van MediaXim. In het auditoraatsverslag in die zaak wordt een schending van de formele motiveringsplicht door verwerende partij aanvaard doordat “verwerende partij [...] zich vermoedelijk heeft laten leiden door het overzicht in excel waarbij voor de uitzendingen na 3 uur de aanbiedingen zonder onderscheid naar tariefvermelding toe, samen worden genomen en gekwalificeerd als telewinkelen”. Dit “overzicht in excel” is gebaseerd op de vaststellingen en kwalificaties van MediaXim.

Beoordeling

23. In de bestreden beslissing wordt vastgesteld bij het onderdeel “procedure” dat “het onderzoek werd uitgevoerd op basis van de opnames van de betrokken uitzendingen door MediaXim en op basis van eigen opnames van de betrokken uitzendingen door de regulator”. Volgens het jaarverslag van 2007 van verwerende partij, waar verzoekster naar verwijst, bestaat de opdracht aan MediaXim uit het opnemen van uitzendingen en het weergeven aan de hand van tabellen van de duur van elk onderscheiden element in die uitzendingen en de classificatie van het karakter ervan. Verzoekster meent dat hierdoor de inhoud van de beelden op voorhand juridisch wordt gekwalificeerd en dus een deel van de beoordeling ontoelaatbaar wordt gedelegeerd aan MediaXim.

Te dezen blijkt echter nergens, noch uit het verslag van de onderzoekscel noch uit de bestreden beslissing van de algemene kamer, dat verwerende partij voor wat de beoordeling van de betrokken uitzending van de pancartes en banners tijdens het programma “SMS-games” betreft, zich “volledig” zou hebben verlaten “op de vaststellingen uit het rapport MediaXim” om deze als telewinkelen te kwalificeren. Uit voornoemde documenten blijkt integendeel dat verwerende partij zich op grond van een eigen beoordeling heeft uitgesproken over het betrokken programma. Verzoekster voert in dit middel trouwens geen schending aan van de motiveringsplicht, zodat de verwijzing naar de zaak A. 189.789 niet dienstig is. Hoe dan ook, een classificatie van de opgenomen beelden, beweerdelijk weergegeven in een “overzicht in excel”, door gebruik van software van een privé-onderneming maakt alleszins niet dat verwerende partij hierdoor haar eigen beoordelings- of onderzoeksbevoegdheid van de opnames zou hebben afgestaan. Dit overzicht is, net zoals de opnames zelf, een louter technisch hulpmiddel dat de bevoegdheid van de VRM onaangeroerd laat.

Het stond verzoekster voorts vrij om in de procedure voor de regulator de “classificatie” of de kwalificatie van het karakter van de uitzending aan te vechten, zodat ook haar rechten van verdediging op dat punt ongeschonden zijn.

24. Het middel is ongegrond.

D. Vierde middel

Uiteenzetting van het middel

25. Verzoekster voert in een vierde middel de schending aan van de formele- en materiële-motiveringsplicht, doordat in de bestreden beslissing niet wordt geantwoord op de door haar opgeworpen exceptie van onwettigheid met betrekking tot het kaderbesluit monitoring. Verzoekster wijst erop dat, voor zover moet worden aangenomen dat verwerende partij *in casu* géén rechtsprekende handeling stelde en zij dan niet gehouden is om artikel 159 van de Grondwet toe te passen, de onwettigheid die het kaderbesluit monitoring aantast, dermate ernstig is dat dit voor onbestaande moet worden gehouden. Zonder dit verder te motiveren stelt verwerende partij echter dat het haar niet toekwam daarop te antwoorden. Zij geeft niet aan waarom zij niet zou moeten antwoorden op een dergelijk uitdrukkelijk verweermiddel, waarin werd verwezen naar het verzoek tot nietigverklaring ingediend tegen beslissing 2007/070 (zaak A. 187.646/XII-5.377).

In de toelichtende memorie blijft verzoekster er bij dat het motief waarom verwerende partij niet hoeft te antwoorden op excepties die voor haar worden opgeworpen, ontbreekt. Voorts verwijst zij naar haar uiteenzetting van het eerste middel en herhaalt zij dat het kaderbesluit wel de rechtsgrond vormt voor de bestreden beslissing.

In de laatste memorie betoogt verzoekster nog dat de bestreden beslissing niet motiveert waarom, gelet op de leer van de onbestaande handeling, het kaderbesluit monitoring niet als onbestaande gehouden moest worden.

Beoordeling

26. Uit formeel oogpunt antwoordt de bestreden beslissing wel degelijk op de opgeworpen exceptie van onwettigheid van het kaderbesluit, door aan te geven dat “het [...] niet aan de Regulator [toekomt] om zich uit te spreken over de wettigheid van het kaderbesluit van 22 april 2005” en dat “de Regulator [...] dan ook niet in[gaat] op het middel ontwikkeld, in een verzoekschrift tot nietigverklaring dat op het moment van deze beslissing hangende is bij de Raad van State”. De formele motiveringsplicht is dan ook niet geschonden.

Zoals uit de bespreking van het eerste middel voorts blijkt, is het kaderbesluit monitoring niet onwettig, *a fortiori* is er dan ook geen sprake van “een dermate ernstig[e]” onwettigheid dat dit besluit door verwerende partij als onbestaande moest worden gehouden. Die vaststelling volstaat reeds om verzoekster elk verder belang bij het middel te ontfeggen.

27. Het vierde middel wordt verworpen.

E. Vijfde middel

Uiteenzetting van het middel

28. Verzoekster voert in een vijfde middel opnieuw de schending aan van de formele- en materiële-motiveringsplicht, doordat verwerende partij ditmaal in de bestreden beslissing niet ingaat op de in haar brief met opmerkingen van 18 juni 2008 aangevoerde argumenten omtrent de kwalificatie van telewinkelen, die zij ook deed gelden in de zaak met rolnummer 187.646. Verwerende partij overweegt louter dat deze argumenten eveneens in een lopende procedure voor de Raad van State worden aangevoerd. Waarom dat gegeven verwerende partij ervan ontslaat om te antwoorden op de uitdrukkelijk opgeworpen argumenten van verzoekster, wordt niet in de beslissing gemotiveerd. Verder motiveert verwerende partij niet waarom “SMS Games” dient te worden beschouwd als “telewinkelen”. De verwijzing naar beslissing nr. 2007/070 is niet dienstig omdat verzoekster in die procedure nog niet de kans had om uitvoerig in te gaan op het arrest van het Hof van Justitie van 18 oktober 2007, aangezien dat, op het moment van het schriftelijk verweer, nog niet was uitgesproken.

In de toelichtende memorie en de laatste memorie blijft verzoekster erbij dat verwerende partij niet motiveert waarom zij niet diende te antwoorden op de (nieuwe) argumenten in verband met de kwalificatie van “SMS Games” als telewinkelen. De loutere verwijzing *post factum* naar de beslissing nr. 2007/070 is geen afdoende motivering, nu verzoekster juist aanvoert dat die eerdere motivering zelf gebrekkig is. Het arrest C-195/06 van het Hof van Justitie dat een interpretatie gaf aan het begrip telewinkelen, was immers in de administratieve fase die aan de basis lag van de beslissing nr. 2007/070 nog niet aangevoerd. In laatstgenoemde beslissing werd dus niet gemotiveerd waarom dit arrest naar mening van verwerende partij niet van toepassing is.

Beoordeling

29. Verzoekster voert de bedoelde argumenten geput uit de kwalificatie die het arrest C-195/06 van het Hof van Justitie aan telewinkelen geeft, ook aan in het derde middel in de zaak met rolnummer A. 187.646 en in huidige zaak in het zesde middel. In het arrest nr. 210.971 van heden in de voornoemde zaak werd dit middel reeds afgewezen als ongegrond. Zoals hierna zal blijken, ziet de Raad van State geen reden om in huidige zaak anders te oordelen. Bijgevolg dient te worden vastgesteld dat verzoekster geen belang meer heeft bij een middel waarin wordt aangevoerd dat verwerende partij niet antwoordt op de opgeworpen argumenten van verzoekster inzake de kwalificatie van telewinkelen door het arrest C-195/06 van het Hof van Justitie, die in arrest nr. 210.971 en ook in huidig arrest worden afgewezen.

Overigens, door te verwijzen naar haar uitgebreide motivering in de beslissing nr. 2007/070 en vervolgens te overwegen dat zij niet verder ingaat op de hier door verzoekster bedoelde argumenten geeft verwerende partij aan dat zij kennis heeft genomen van die argumenten, doch dat deze haar er niet toe kunnen brengen haar standpunt dat zij eerder heeft ontwikkeld aangaande de kwalificatie van de banners en pancartes in het betrokken programma als telewinkelen, te wijzigen.

30. Het middel wordt verworpen.

F. Zesde middel

Uiteenzetting van het middel

31. Verzoekster voert in een zesde middel de schending aan van artikel 2, 19/, van de mediadecreten, van de motiveringsplicht en van artikel 1, I), van de richtlijn audiovisuele mediadiensten, 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 van de Europese gemeenschappen.

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).

32. In de laatste memorie oppert 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

33. Zoals reeds bij de bespreking van het eerste middel werd vastgesteld, doen de feitelijke en juridische gegevens van de thans voorliggende zaak zich op identieke wijze voor als in de zaak met rolnummer A. 187.646/XII-5377. Verzoekster ontwikkelt in dit middel tegen de thans bestreden beslissing een inhoudelijk volledig gelijklopende argumentatie als in het derde middel dat zij in laatstgenoemde zaak aanvoerde. In de laatste memorie benadrukt verzoekster thans nog dat ook de Europese Commissie de mening is toegedaan dat het arrest C-195/06 van 18 oktober 2007 van het Hof van Justitie de richtsnoeren verschaft om het nationaal niveau te helpen bij de interpretatie van het begrip telewinkelen en de toepassing ervan.

34. In het arrest nr. 210.971 van heden komt de Raad van State daarover tot de conclusie dat zelfs indien voor het debat wordt aangenomen dat bedoeld arrest C-195/06, dat betrekking had op een belspelletje, ook voor de thans voorliggende situatie dienend is, verzoekster niet aannemelijk maakt dat die rechtspraak 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. Inzonderheid oordeelt voormeld arrest nr. 210.971 dat

verzoekster niet kan worden gevolgd waar zij betoogt dat de criteria of “richtsnoeren” die het Hof van Justitie in zijn arrest C-195/06 heeft uiteengezet om tot de kwalificatie van telewinkelen te komen, op de thans voorliggende “SMS-games”, toelaten te besluiten dat ze geen telewinkelen betreffen.

De Raad van State ziet geen reden om in de voorliggende zaak anders te oordelen.

35. Het middel is ongegrond.

G. Zevende middel

Uiteenzetting van het middel

36. Het zevende 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 toelichtende memorie 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

37. Dit middel werd eveneens in identieke bewoordingen aangevoerd in de zaak met rolnummer A. 187.646, onder het vierde middel. In het arrest nr. 210.971 van heden verwerpt de Raad van State daarover de argumentatie van verzoekster. Inzonderheid oordeelde de Raad dat verzoekster niet overtuigt waar zij stelt dat door het gebruik van een techniek, waarbij “de sms games in een aparte strook (‘banner’) onderaan het beeld worden uitgezonden”, een “evident optisch onderscheid” ontstaat dat de kijkers in staat zouden moeten stellen deze gemakkelijk als telewinkelspots te herkennen en te onderscheiden van de muziekvideoclip. De “banners” worden immers niet uitgezonden in een schermvenster, 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. Anders dan wat verzoekster meent, ontstaat bijgevolg wel, in strijd met de interpretatieve mededeling van de Europese Commissie, het gevaar dat de kijkers de telewinkelspots en het eigenlijke redactionele programma - de muziekvideoclips - met elkaar verwarren.

38. Het zevende middel is, gelet op het voorgaande en de redenen uiteengezet in het arrest nr. 210.971, niet gegrond.

H. Achtste middel

Uiteenzetting van het middel

39. In een achtste 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.

40. In de toelichtende memorie voegt verzoekster daar nog aan toe dat een motief van “recidive” in de bestreden beslissing niet is terug te vinden en 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.

41. 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

42. Ook dit middel werd reeds in identieke bewoordingen aangevoerd in de zaak met rolnummer A. 187.646, toen onder het vijfde middel. In het arrest nr. 210.971 van heden komt de Raad van State daarover tot de conclusie dat niet

wordt aangetoond dat de opgelegde administratieve geldboete, gelet op verzoeksters beperkte schaalgrootte, uitzonderlijk hoog is, dat verwerende partij afwijkt van een beleidslijn en dat verzoekster anders zou zijn behandeld.

De Raad van State ziet geen reden om in voorliggende zaak anders te oordelen.

Verzoekster verwijst in de huidige zaak daarenboven nog naar het informatiedocument beslissingskader van de VRM (stuk nr. 9 van het dossier van verzoekster). Daarin wordt aangegeven dat “indien de regulator van oordeel is dat een administratieve geldboete de gepaste sanctie is, [...] hij voor het bepalen van de grootte van deze boete een kader zal hanteren”, dat “in dit kader [...] rekening [wordt] gehouden met de reikwijdte van de omroep of het netwerk (landelijke, regionale of lokale dimensie) en het soort overtreding (lichte, ernstige en zeer ernstige overtreding)”, dat “bij het bepalen van de hoogte van de boete [...] de algemene kamer verzwarende en verzachtende omstandigheden in aanmerking [kan] nemen, dat “in het geval van overtredingen van de reclame- en sponsorregels, [...] de regulator rekening houdt met enkele ondernemings- en contextfactoren”, bijvoorbeeld “de grootte van de onderneming, het uur van de uitzending, kijkcijfers/marktaandeel van het bedoelde programma, gehanteerde tarieven voor reclamespots/sponsoring” en dat “bij deze [...] de omroep of het netwerk er dan ook alle baat bij heeft om de regulator de gevraagde informatie aan te reiken (kijkcijfers, marktaandeel, gehanteerde tarieven voor reclamespots/sponsoring)”.

Verzoekster maakt echter nergens *in concreto* aannemelijk dat verwerende partij bij het opleggen van de betrokken geldboete van 2.500 euro zou hebben afgeweken van dit kader. Bovendien blijkt nergens uit dat verzoekster de gevraagde informatie omtrent de genoemde ondernemings- en contextfactoren zou hebben aangereikt. Voorts kan nog worden opgemerkt dat uit dit kader blijkt dat verwerende partij zelfs rekening had kunnen houden met de verzwarende omstandigheid dat het niet om een eerste inbreuk ging.

Tenslotte kan bovendien geen schending van de formele motiveringsplicht worden aangenomen, nu verwerende partij, gelet op het feit dat zij niet afwijkt van een beleidslijn noch van voormeld kader, bijgevolg ook niet diende te motiveren “waarom van deze lijn [of: dat kader] wordt afgeweken”.

43. Het achtste middel is, mede om de redenen uiteengezet in het arrest nr. 210.971, 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