

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

XIIe KAMER

A R R E S T

**nr. 210.973 van 3 februari 2011
in de zaak A. 191.889/XII-5760**

In zake: de BVBA MTV NETWORKS BELGIUM
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Agnès Maqua en Bart Van Den Brande
kantoor houdend te 1170 Brussel
Vorstlaan 100
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

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

I. Voorwerp van het beroep

1. Het beroep, ingesteld op 20 maart 2009, strekt tot de nietigverklaring van de beslissing van 15 december 2008 van de Vlaamse Regulator voor de Media, waarbij aan de bvba MTV Networks Belgium een administratieve geldboete van 3.750 euro en een waarschuwing worden 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.

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.

Advocaten Pieter Paepe en Andries Hofkens, die verschijnen 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 TMF 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. TMF 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 tien diverse televisieomroepen in de Vlaamse Gemeenschap die zich richten tot de gehele Vlaamse Gemeenschap, waaronder TMF, waarbij de uitzendingen van 23 juli 2008 gedurende één etmaal worden onderzocht.

Naar aanleiding van deze monitoring vermeldt de onderzoekscel in een nota dat er in de uitzendingen van TMF 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, 3 en 5 en op het artikel 106, tweede lid, van de mediadecreten. Één van de drie vermelde inbreuken, namelijk die op de bepalingen van artikel 101, §§ 1 en 3, betreft de programma's "Summer Request", "Interactive Video" en "Very Important Chat", bestaande uit een combinatie van muziekvideoclips en een pancarte of banner waarbij de kijker wordt uitgenodigd deel te nemen aan een chat via sms tegen betaling (met tariefvermelding: 0,55 euro of 1,1 euro voor een "gouden" sms-bericht). Het onderzoeksverslag vermeldt hieromtrent voorts:

“De banners en pancartes waarop ook de ‘chat’-berichten verschijnen, nemen ongeveer 1/4de van het scherm in beslag. Deze programma’s worden ook regelmatig onderbroken voor blokken met een combinatie van reclameboodschappen en telewinkelspots. [...]”

De onderzoekscel is van oordeel dat de uitzending van deze pancartes en banners waarin de mogelijkheid wordt aangeboden om tegen betaling gepersonaliseerde commentaar op het beeldscherm te laten verschijnen - zoals dit het geval is met banners en pancartes die uitnodigen tot de aankoop van realtones of ringtones - dient te worden beschouwd als telewinkelen. [...]”

De onderzoekscel is van oordeel dat het uitzenden van telewinkelaanbiedingen (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 20 oktober 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 inbreuken vastgesteld bij TMF.

Bij brief van 6 november 2008 wordt verzoekster op de hoogte gesteld van het verslag van de onderzoekscel.

Bij brief van 28 november 2008 maakt verzoekster haar opmerkingen over. Zij deelt mee dat zij niet wenst te worden gehoord in deze zaak. In haar verweerschrift voert zij omtrent de vermeende inbreuk inzake telewinkelen aan dat de aangeboden dienst geen telewinkelen uitmaakt omdat de interactieve toepassing integraal onderdeel uitmaakt van het programmaconcept en er een beperkte financiële impact is op het programmaconcept. In ondergeschikte orde merkt zij hieromtrent op dat de aangeboden dienst zeker geen telewinkelspot uitmaakt in de zin van artikel 101 van de mediadecreten en er evenmin sprake is van een telewinkelprogramma.

3.4. Op 15 december 2008 beslist de algemene kamer onder meer dat verzoekster in de programma’s “Summer Request”, “Interactive Video” en “Very Important Chat” een inbreuk heeft gepleegd op de bepalingen van artikel 101, §§ 1 en 3, van de mediadecreten en legt haar hiervoor een administratieve geldboete op van 2.500 euro. De bestreden beslissing is, wat die inbreuk betreft, gesteund op de volgende overwegingen:

“Telewinkelen

14.1. Waar TMF in zijn verweer betwist dat er sprake zou zijn van telewinkelen, koppelt de omroep de voorwaarden van artikel 2, 19/, van het

Mediadecreet aan deze van het arrest van het Europees Hof van Justitie van 18 oktober 2007.

Het betrokken arrest van het Hof van Justitie werd echter gevelde in een specifieke zaak, namelijk als antwoord op een prejudiciële vraag over de zogenaamde belspelletjes. Het Hof beantwoordde de vraag onder welke voorwaarden dergelijke spelletjes als telewinkelen of als reclame kunnen worden beschouwd. Het arrest heeft dus specifiek betrekking op belspelletjes en legt geen voorwaarden voor telewinkelen in het algemeen op. Dat arrest is derhalve niet dienstig voor de beoordeling van de vraag of de voorliggende zaak als telewinkelen moet worden beschouwd.

Ook het standpunt van de Regulator van 6 juni 2008 met betrekking tot belspelletjes (die een totaal spelprogramma inhouden) behandelt een specifieke vorm van telewinkelen en bevat geen algemene voorwaarden.

14.2. Al moeten de hoger genoemde programma's met muziekvideoclips niet als telewinkelprogramma's worden beschouwd, de uitzending van de pancartes en banners waarin de mogelijkheid wordt aangeboden om tegen betaling gepersonaliseerde commentaar op het beeldscherm te laten verschijnen moet wel 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 'chat'-berichten te laten verschijnen op het scherm (waarbij de prijs van een 'gouden' SMS-bericht oploopt tot 1,1 euro). Alle elementen van de definitie van telewinkelen zijn aanwezig bij het aanbieden van deze dienst tegen betaling. Hiervoor kan onder meer naar de beslissingen van de Regulator nrs. 2005/112, 2007/070 en 2008/040 worden verwezen.

BVBA MTV Networks Belgium beschikt voor het omroepprogramma TMF 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 BVBA MTV Networks Belgium voor het omroepprogramma TMF telewinkelen mag uitzenden overeenkomstig de bepalingen van artikel 101 (telewinkelspots) of artikel 102 (telewinkelmogelijkheden) 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.

14.3. Uit de Interpretatieve Mededeling van de Europese Commissie "over bepaalde aspecten van de bepalingen van de richtlijn 'Televisie zonder grenzen' betreffende televisiereclame" blijkt inderdaad dat een ruimtelijke scheiding door optische en/of akoestische middelen (splitscreen) kan voldoen aan de verplichting dat reclame en telewinkelen duidelijk als dusdanig herkenbaar moeten zijn en onderscheiden van de programma's. In de huidige zaak zijn de kijkers echter niet in staat de telewinkelspots gemakkelijk bij de betrokken uitzendingen te herkennen.

14.4. De onderwerpen in de hoger genoemde programma's bestaan slechts uit losse muziekvideoclips, zodat elke muziekvideoclip als een zelfstandig onderdeel beschouwd kan worden en de programma's in kwestie te beschouwen zijn als een uit zelfstandige onderdelen samengesteld programma. De keuze en de volgorde van de muziekvideoclips zijn willekeurig en kunnen gewijzigd worden, zonder afbreuk te doen aan het programma als geheel. Bijgevolg moeten in dergelijke programma's (reclame en) telewinkelspots tussen de zelfstandige onderdelen worden ingevoegd.

14.5. TMF heeft derhalve de bepalingen van artikel 101, § 1, en § 3, van het Mediadecreet in de onderzochte periode op 23 juli 2008 geschonden.

De vastgestelde overtredingen doen besluiten tot een administratieve geldboete die, gelet op de aard en de ernst van de inbreuken, op 2.500 euro wordt bepaald”.

IV. Nadere omschrijving van het voorwerp van het beroep

4. De Raad van State stelt vast dat verzoekster blijkens haar verzoekschrift niet de nietigverklaring beoogt van de volledige beslissing van 15 december 2008, waarbij haar niet enkel een geldboete van 2.500 euro wordt opgelegd wegens een inbreuk op de bepalingen van artikel 101, §§ 1 en 3, van de mediadecreten omtrent telewinkelen, maar haar tevens een geldboete van 1.250 euro wordt opgelegd wegens een inbreuk op artikel 101, § 5 (bij een onderbreking van een programma voor reclame), en een waarschuwing wegens een inbreuk op de bepalingen van artikel 2, 16/ en 106, tweede lid, van de mediadecreten (door de vermelding van een specifiek promotioneel element in een sponsorvermelding). Verzoekster stelt immers op pagina 5 van haar verzoekschrift dat zij “zich [heeft] neergelegd [...] bij de beslissing van de VRM omtrent deze laatste twee vaststellingen” en zij citeert onder hoofding van “de bestreden beslissing” (titelnummer 1.4.) enkel de beslissing in zoverre deze betrekking heeft op de vastgestelde inbreuk op de bepalingen van artikel 101, §§ 1 en 3, waarbij aan verzoekster een geldboete wordt opgelegd van 2.500 euro. Bijgevolg bestaat er aanleiding om het voorwerp van het beroep te beperken tot dat deel van de bestreden beslissing betreffende telewinkelen.

V. Relevante regelgeving

5. 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.

6. 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 televisie-omroepnetwerken;

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:

“§ 2. 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 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.

7. 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”.

8. 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”.

9. 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

10. 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 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 verwart, dat indien verwerende partij zou stellen dat zij pas op 6 november 2008 (lees: 20 oktober 2008) de beslissing nam om een ambtshalve onderzoek te starten, verzoekster naar haar tweede middel verwijst en dat indien verwerende partij dat niet doet, zij daarmee aantoonde dat het kaderbesluit de basis 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, 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.

11. 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 het enkel op basis van het kaderbesluit monitoring is dat de algemene kamer van verwerende partij tot een procedure op tegenspraak heeft beslist en dat er in deze zaak geen individuele beslissing werd genomen om tegen haar een ambtshalve onderzoek op te starten.

12. In de laatste memorie gaat verzoekster nog uitvoerig in op het eerste middel. Zij betwist vooreerst dat het kaderbesluit monitoring een maatregel van inwendige orde is. Integendeel meent zij dat het kaderbesluit wel degelijk een akte met algemene reglementaire werking betreft die aangenomen werd door een onbevoegde instantie, namelijk de VRM (versta: het VCM), en die ontoelaatbare delegatie van bevoegdheid inhoudt ten voordele van de onderzoekscel.

Volgens verzoekster werd met het kaderbesluit voorts in een omgekeerde procedure voorzien - tegengesteld aan de procedure zoals voorzien in het procedurebesluit en het reglement van orde - en wijst het bijgevolg aan de onderzoekscel een bevoegdheid toe die het procedurebesluit en het reglement van orde specifiek gereserveerd hebben voor de algemene kamer.

Beoordeling

13. Het kaderbesluit monitoring van 22 april 2005 belast de administratie met de opdracht om gerichte controles uit te voeren op de naleving van de regels inzake reclame, telewinkelen, sponsoring en boodschappen van algemeen nut.

Artikel 169, § 1, van de mediadecreten kent een algemene bevoegdheid tot handhaving van de Vlaamse mediaregelgeving toe aan de VRM (voorheen het 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. Het is dat besluit en niet het kaderbesluit monitoring dat in uitvoering van artikel 170, § 5, “de procedures en termijnen voor het indienen, onderzoeken en

afhandelen van de aanvragen en klachten” regelt, hetgeen door voormeld artikel expliciet wordt toegewezen aan de Vlaamse regering.

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 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.

14. 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 benaastigt 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.

15. Verzoekster neemt dan ook terecht aan dat verwerende partij, op basis van het ambtshalve onderzoek “bevolen door het kaderbesluit”, besloot op 20 oktober 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 (op 6 november 2008) opgestuurd.

In tegenstelling tot wat verzoekster verder betoogt in de memorie van wederantwoord, 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 (met toepassing van artikel 20 van het reglement van orde) is uitgevoerd. De kennisneming van de resultaten van het vooronderzoek is 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.

16. Het eerste middel kan niet worden aangenomen.

B. Tweede middel

Uiteenzetting van het middel

17. Verzoekster voert in een tweede middel in ondergeschikte orde de schending aan 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.

18. In de memorie van wederantwoord meent verzoekster dat er nog steeds een inbreuk op artikel 20 van het reglement van orde dient te worden vastgesteld nu verwerende partij het standpunt heeft ingenomen dat zij pas op 20 oktober 2008 een procedure inzake ambtshalve onderzoek heeft ingeleid. Het komt immers niet aan de onderzoekscel toe om ambtshalve een onderzoek in te stellen, maar wel aan de algemene kamer die de onderzoekscel daartoe aanstuurt.

19. In de laatste memorie stelt verzoekster nog dat de bepalingen van het reglement van orde logischerwijze teruggrijpen naar de regels uit de mediadecreten en het procedurebesluit, dat artikel 19 dan ook onbetwistbaar verwijst naar de hypothese in artikel 170, § 2, van de mediadecreten en in artikel 16 van het procedurebesluit waarin de algemene kamer optreedt op verzoek van de Vlaamse regering of naar aanleiding van een klacht, dat artikel 20 verwijst naar de hypothese in dezelfde artikelen waarin de algemene kamer ambtshalve optreedt, dat beide artikelen van het reglement van orde dienen te worden gelezen ter uitvoering van het bepaalde in de mediadecreten en het procedurebesluit, die op zich slechts in drie hypothesen voorzien, zodat de bestreden beslissing dan ook gebaseerd is op een vierde hypothese - namelijk dat de onderzoekscel ambtshalve optreedt -, terwijl deze niet bevoegd is om procedures op te starten.

Beoordeling

20. 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 20 oktober 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 20 oktober 2008 een beslissing “tot ambtshalve onderzoek nam in de zin van artikel 20 van het reglement van orde”. Dit is echter onjuist. De beslissing van verwerende partij “een procedure inzake ambtshalve onderzoek” in te leiden, betreft immers geen beslissing “tot ambtshalve onderzoek [...] in de zin van artikel 20 van het reglement van orde”, maar wel een beslissing tot het inzetten van een procedure op tegenspraak, zoals bedoeld in artikel 16, § 1, van het procedurebesluit en in artikel 21 van het reglement van orde. Deze beslissing van de algemene kamer volgt op een (voor)onderzoek van de onderzoekscel, die daartoe kan overgaan op grond van het kaderbesluit of op grond van een specifieke opdracht zoals bedoeld in artikel 20 van het reglement van orde.

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 wat 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 de VRM) maakt dan ook geen onwettigheid uit.

Zoals tevens gezien bij de bespreking van het eerste middel, sluiten een algemene monitoring en een specifieke opdracht elkaar immers niet uit en zijn beide inpasbaar in de toezichts- en handhavingsbevoegdheid van de VRM. Het kaderbesluit bevestigt deze zienswijze trouwens, waar het stelt dat de administratie (versta: de onderzoekscel) 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 vallen allebei onder de hypothese van het ambtshalve optreden van de algemene kamer bedoeld in de artikelen 170, § 2, van de mediadecreten en artikel 16 van het procedurebesluit. Ze hebben tevens met elkaar gemeen het vooronderzoek en de beslissing gescheiden te houden, en komen aldus tegemoet aan de eis van onafhankelijkheid en onpartijdigheid.

Lezing van de mediadecreten, het procedurebesluit en het reglement van orde laat niet toe in artikel 20 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. Een dergelijke lezing gaat te ver en stemt niet overeen met de woorden en doelstelling van de hiervoor aangehaalde bepalingen omtrent het ambtshalve optreden van de regulator.

Verzoekster neemt ten slotte onterecht aan dat de aanpassing van het reglement van orde ligt in hetgeen in artikel 17 van het nieuwe reglement van orde van 18 mei 2009 (*B.S.* 26 juni 2009) wordt gestipuleerd. Dit artikel 17 bepaalt immers, op identieke wijze als het vroegere artikel 21, dat de onderzoekscel autonoom onderzoeken kan voorbereiden en de resultaten van dit onderzoek aan de algemene kamer voorlegt in een rapport 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. De aanpassing betreft aldus niet het aspect van het “autonoom voorbereiden van onderzoeken”, doch juist wel de weglating van het vroegere artikel 20 van het reglement van orde, dat betrekking had op het obsoleete geval waarbij de algemene kamer een specifieke opdracht tot “ambtshalve onderzoek” aan de onderzoekscel zou geven. Hieruit kan eventueel enkel worden afgeleid dat de VRM tot het inzicht is gekomen dat dit artikel geen praktische reden van bestaan meer heeft.

21. Het tweede middel is ongegrond.

C. Derde middel

Uiteenzetting van het middel

22. 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 gegrond is op vaststellingen gedaan door een derde, met name 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. Bovendien is er een inbreuk op de auteurs- en de naburige rechten en is het contract met MediaXim niet openbaar zodat niet duidelijk is of er controlemechanismen zijn ingebouwd.

23. In de memorie van wederantwoord 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. Zij herhaalt tevens dat de niet-geautoriseerde reproductie van de auteursrechtelijk beschermde beelden een inbreuk van het auteursrecht inhoudt.

24. In de laatste memorie benadrukt verzoekster vooreerst dat haar uitzendingen zonder meer creatieve werken zijn die voldoen aan de criteria voor auteursrechtelijke bescherming, waarbij zij verwijst naar artikel 1, § 1, en artikel 44 van de wet van 30 juni 1994 betreffende het auteursrecht en de naburige rechten (hierna: de auteurswet). Volgens haar zijn de opnames geregistreerd in overtreding van de auteurswet, aangezien noch de VRM noch MediaXim de uitdrukkelijke voorafgaande toestemming hebben gevraagd om de creaties van MTV te reproduceren.

Voorts blijft zij er bij dat de kwalificatie en libellering van de verschillende programmaonderdelen door MediaXim in een tijdstabel, een onderdeel uitmaakt van de beslissingsbevoegdheid van de algemene kamer. Bij de toepassing van artikel 101, §§ 1 en 3, is de frequentie, de timing en de scheiding van de blokken die mogelijk als telewinkelen zouden kunnen worden beschouwd van essentieel belang. De kwalificatie bij het onderverdelen van de opnames in blokken is reeds een beslissing die als delegatie ontoelaatbaar is. Daarbij komt dat de opdracht aan MediaXim een delegatie inhoudt van de bevoegdheden tot vervolgen en tot onderzoek van de inbreuken, die de mediadecreten (artikelen 169 en 170) hebben voorbehouden aan de VRM.

Beoordeling

25. In de bestreden beslissing wordt vastgesteld bij het onderdeel “procedure” dat “het onderzoek werd uitgevoerd op basis van opnamen van de betrokken uitzendingen door MediaXim”. Verzoekster meent dat het opmaken van tijdstabellen door MediaXim waarbij de verschillende programmaonderdelen worden onderscheiden en er een kwalificatie van wordt gegeven, reeds een beslissing inhoudt en aldus een ontoelaatbare delegatie betreft van de beoordelingsbevoegdheid van de algemene kamer.

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 betreft van de betrokken uitzendingen van de pancartes en banners tijdens de programma’s “Summer Request”, “Interactive Video” en “Very Important Chat”, zich zou hebben verlaten op een door MediaXim in tabel weergegeven “kwalificatie en libellering” van deze programma’s, inzonderheid de banners en pancartes binnen die programma’s, als telewinkelen (in zoverre deze al zou bestaan). Uit voornoemde documenten blijkt integendeel dat verwerende partij zich op grond van een eigen beoordeling heeft uitgesproken over de betrokken programma’s. De classificatie van de opgenomen beelden, weergegeven in een tijdstabel “waarbij de verschillende programmaonderdelen worden onderscheiden en waarbij een kwalificatie wordt gegeven van die programmaonderdelen”, door gebruik van software van een privé-onderneming, maakt alleszins niet dat verwerende partij hierdoor haar eigen beoordelings- of onderzoeksbevoegdheid van de opnames, noch haar bevoegdheid tot vervolgen, zou hebben afgestaan. Dergelijke tabellen zijn, net zoals de opnames

zelf, een louter technisch hulpmiddel die 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 uitzendingen aan te vechten, wat zij ook heeft gedaan, zodat ook haar rechten van verdediging op dat punt ongeschonden zijn.

26. Wat voorts de beweerde schending van de auteursrechten betreft, gaat verzoekster er verkeerdelijk van uit dat de opnames, of zij nu door de regulator zelf worden uitgevoerd of door MediaXim, bedoeld zijn voor de “de reproductie van haar uitzendingen [...] daaronder begrepen de distributie van vastleggingen van haar uitzendingen”. De door verwerende partij uitgevoerde vastleggingen van uitzendingen of de opnames ervan zijn niet bedoeld voor reproductie of distributie van die uitzendingen, doch wel en uitsluitend om haar taak van toezicht, zoals die haar is opgedragen bij de mediadecreten, te kunnen uitoefenen.

Immers, om reden van bewijsvoering, onderzoek en rechten van verdediging, kan die taak van toezicht noodzakelijk maar gebeuren als uitzendingen ook worden geregistreerd. Zolang de regulator zich houdt aan die wettelijke opdracht, kunnen dergelijke registraties niet worden beschouwd als reproducties in de zin van de auteurswet. Overigens, wordt in het andersluidende geval, de uitoefening van die toezichtstaak illusoir.

27. Het middel is in al zijn onderdelen ongegrond.

D. Vierde middel

Uiteenzetting van het middel

28. Verzoekster voert in een vierde middel de schending aan van artikel 2, 19/, van de mediadecreten, van de formele- en materiële-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 verwerende partij, net zoals eerder 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.

Stellen dat het prejudicieel arrest van 18 oktober 2007 van het Hof van Justitie 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 de programma's “Summer Request”, “Interactive Video” en “Very Important Chat” ten onrechte als telewinkelen worden gekwalificeerd. Daartoe argumenteert zij dat de betrokken programma's om een aanbieding van amusement gaan binnen dat programma en niet om het werkelijk aanbieden van producten of diensten zoals beoogd met het begrip telewinkelen. Het klassieke concept van videoclipprogramma wordt gecombineerd met een interactief element. Hierdoor wordt een *community*-gevoel gecreëerd dat sterk lijkt op wat met

internetapplicaties gebeurt. De scherm inhoud is verdeeld tussen twee afzonderlijke delen, in de vorm van een *splitscreen*, waarbij drie vierde van het scherm een klassieke audiovisuele inhoud lineair overbrengt, bestaande uit videoclips en bindteksten, en waarbij één vierde van het scherm is voorbehouden aan interactieve inhoud, aangeleverd door de kijker. Het belangrijkste oogmerk van het programma blijft de uitzending van muziekvideoclips. De sms-applicaties blijven 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, wat in dit programma nochtans wel het geval is. 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.

29. In de memorie van wederantwoord blijft verzoekster er bij dat indien de rechtspraak van het Hof van Justitie wordt gevolgd het telewinkel-karakter aan de sms-applicaties dient te worden ontnomen. Het programma heeft immers een redactionele inhoud in de vorm van een uitzending van muziekvideoclips, waarbinnen randamusement wordt aangeboden in de vorm van een chatroom waarbij de kijkers de muziekvideoclips kunnen becommentariëren. De pancartes en banners zijn geen op zichzelf staande aanbiedingen, maar vormen randamusement. De omstandigheid dat de sms-applicaties een accessorium zijn staat er niet aan in de weg dat de boodschappen de inhoud van het programma *live* beïnvloeden.

30. In de laatste memorie benadrukt verzoekster nogmaals dat het voornoemd arrest van het Hof van Justitie een interpretatie heeft gegeven aan het

Europeesrechtelijke begrip “telewinkelen” waardoor de VRM is gehouden, ook al kan en moet hij daarbij rekening houden met de feitelijke omstandigheden van het concrete geschil, en dat aangezien tijdens de betrokken programma’s de kijker wordt uitgenodigd om aan het programma deel te nemen, het niet gaat om telewinkelen, maar wel om een interactieve applicatie. Uiteraard wordt hierbij wel een financiële tegemoetkoming gevraagd om de telecommunicatiekosten te dekken.

Beoordeling

31. Artikel 2, 19/, van de mediadecreten 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”. 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 tg. 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”.

32. 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 betrokken sms-applicaties 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 de programma's "Summer Request", "Interactive Video" en "Very Important Chat" wordt aan de kijker de mogelijkheid geboden om tegen betaling en via het gebruik van sms allerlei commentaar op het scherm te doen verschijnen.

33. 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 de sms-applicaties tijdens de kwestieuze programma's geen telewinkelen betreffen. 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-applicaties in de programma's "Summer Request", "Interactive Video" en "Very Important Chat", toelaten te besluiten dat ze geen telewinkelen betreffen.

34. 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, 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.

35. Verzoekster argumenteert in het middel inzonderheid 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. De sms-applicaties bieden de kijker randamusement aan die hen de mogelijkheid geeft “om hun commentaren op deze video’s, hun bedenkingen, hun persoonlijke gedachten en gevoelens te delen met andere kijkers en dit in ruil voor de betaling van een normaal en democratisch geprijsde sms, waarvan de prijs nauwelijks boven die van een normale sms ligt en waarbij deze prijs de aanzienlijke kosten van de verschillende tussenkomende partijen dekt”.

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, namelijk het tonen van muziekvideoclips, en dat de pancartes en banners die tijdens de muziekvideoclips worden getoond, de kijkers uitnodigen om tegen betaling “chat”-berichten te laten verschijnen op het scherm, waarbij de prijs van een “gouden” sms-bericht oploopt tot 1,1 euro.

36. De Raad van State valt verwerende partij bij waar zij betoogt dat de muziekvideoclips die worden afgespeeld los staan van het gepersonaliseerde commentaar dat als gevolg van de chat-diensten op het beeldscherm verschijnt, ook al wisselt dit commentaar constant. De chat-berichten hebben geen wisselwerking met de keuze, de volgorde of de duur van de muziekvideoclips. Aldus kan niet worden aangenomen dat ze deel uitmaken van de redactionele inhoud van de uitzending en interactief de voortgang ervan beïnvloeden. De omstandigheid dat het commentaar ook eventueel betrekking kan hebben op de muziekvideoclip, doet aan deze conclusie geen afbreuk.

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”.

Verzoekster betwist voorts niet dat zij inkomsten verkrijgt als gevolg van deze applicaties. Wel stelt zij relativerend dat deze dienen om de telecommunicatiekosten te dekken, democratisch en 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 de beweerd normale kostprijs betreft voor de sms-berichten, kan worden vastgesteld dat de prijs van een sms-bericht aan 0,55 euro en zeker aan 1,1 euro een veelvoud is van de “normale” prijs van een sms-bericht. De beweerd beperkte inkomsten vermogen alleszins niet de overige vaststellingen te ontkrachten.

37. Het vierde middel is ongegrond.

E. Vijfde middel

Uiteenzetting van het middel

38. Verzoekster put een vijfde middel uit de schending van de formele- en materiële-motiveringsplicht, doordat de bestreden beslissing niet ingaat op de door haar aangevoerde argumenten en niet motiveert waarom de sms-applicaties dienen beschouwd te worden als “telewinkelspots”. In haar brief van 28 november 2008 gaf verzoekster aan waarom de kwalificatie van telewinkelspot niet klopte. In de mediadecreten is er geen definitie van het begrip “reclamespot”, “telewinkelspot” of “spot”; de Europese richtlijnen en de rechtspraak van het Europees Hof van Justitie geven evenmin een definitie van deze begrippen. Verwerende partij stelde zelf reeds dat de duurtijd van een spot per definitie beperkt is tot enkele seconden, ook die van een telewinkelspot (beslissing VRM t. SBS BELGIUM NV (VT4) nr. 2006/375 (lees: 2007/002 van 2 februari 2007)). In het huidige geval betrof het echter drie tv-programma’s met redactionele inhoud in de vorm van muziekvideo’s en bindteksten die verschillende uren continu doorlopen en alleen worden onderbroken door de normale reclameblokken met reclamespots en eventueel telewinkelspots.

In haar memorie van wederantwoord en de laatste memorie blijft verzoekster er bij dat de bestreden beslissing niet, minstens onvoldoende, weergeeft waarom de sms-applicaties als telewinkelen zouden kunnen worden beschouwd. Zij heeft in haar schriftelijk verweer verwezen naar het “ORF-arrest” en omstandig geargumenteed en aangetoond dat de sms-applicaties niet als telewinkelen kunnen worden beschouwd in het licht van de nationale en Europese wetgeving en rechtspraak.

Beoordeling

39. Uit formeel oogpunt antwoordt de bestreden beslissing wel degelijk op de aangevoerde argumentatie van verzoekster omtrent telewinkelen. Niet alleen wordt die argumentatie correct samengevat onder randnummers 11.1 en 11.2, tevens antwoordt de bestreden beslissing daarop het volgende:

“14.1. Waar TMF in zijn verweer betwist dat er sprake zou zijn van telewinkelen, koppelt de omroep de voorwaarden van artikel 2, 19/ van het Mediadecreet aan deze van het arrest van het Europees Hof van Justitie van 18 oktober 2007.

Het betrokken arrest van het Hof van Justitie werd echter gevelde in een specifieke zaak, namelijk als antwoord op een prejudiciële vraag over de zogenaamde belpelletjes. Het Hof beantwoordde de vraag onder welke voorwaarden dergelijke spelletjes als telewinkelen of als reclame kunnen worden beschouwd. Het arrest heeft dus specifiek betrekking op belpelletjes en legt geen voorwaarden voor telewinkelen in het algemeen op. Dat arrest is derhalve niet dienstig voor de beoordeling van de vraag of de voorliggende zaak als telewinkelen moet worden beschouwd.

Ook het standpunt van de Regulator van 6 juni 2008 met betrekking tot belpelletjes (die een totaal spelprogramma inhouden) behandelt een specifieke vorm van telewinkelen en bevat geen algemene voorwaarden.

14.2. Al moeten de hoger genoemde programma's met muziekvideoclips niet als telewinkelprogramma's worden beschouwd, de uitzending van de pancartes en banners waarin de mogelijkheid wordt aangeboden om tegen betaling gepersonaliseerde commentaar op het beeldscherm te laten verschijnen moet wel 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 'chat'-berichten te laten verschijnen op het scherm (waarbij de prijs van een 'gouden' SMS-bericht oploopt tot 1,1 euro). Alle elementen van de definitie van telewinkelen zijn aanwezig bij het aanbieden van deze dienst tegen betaling. Hiervoor kan onder meer naar de beslissingen van de Regulator nrs. 2005/112, 2007/070 en 2008/040 worden verwezen".

De formele-motiveringsplicht is dan ook niet geschonden.

40. Zoals uit de bespreking van het vierde middel voorts blijkt, leidt de toepassing van de richtsnoeren of criteria die het Hof van Justitie in het "Orf-arrest" aangeeft om al dan niet te besluiten of er sprake is van telewinkelen, op het huidige geval, niet tot de conclusie dat de sms-applicaties niet als telewinkelen kunnen worden beschouwd.

Binnen het begrip "telewinkelen" heeft de decreetgever vervolgens de voorwaarden en beperkingen van uitzending vastgesteld in de artikelen 101 (telewinkelspots) en 102 (telewinkelmogelijkheden). De mediadecreten leggen op dat telewinkelen enkel mag worden uitgezonden in de vorm van telewinkelspots, in welk geval de bepalingen van artikel 101 dienen te worden nageleefd, of in de vorm van telewinkelmogelijkheden, in welk geval de bepalingen van artikel 102 dienen te worden nageleefd. Nu niet is weerlegd dat de uitzending van de chat-applicaties als daad van telewinkelen is te bestempelen en verzoekster zelfs niet beweert dat het dan om telewinkelmogelijkheden (artikel 102) zou gaan, heeft zij geen belang erbij aan te voeren dat in de bestreden beslissing onvoldoende duidelijk te lezen is waarom de bedoelde banners en pancartes dan onderworpen zijn aan artikel 101 als telewinkelspots. Het zijn immers de enige twee toegelaten vormen van

telewinkelen voor een particuliere televisieomroep die, zoals verzoekster, niet uitsluitend telewinkelprogramma's uitzendt.

Overigens passen de steeds wisselende chatberichten wel degelijk ook binnen de door verzoekster verdedigde definitie van een "spot" van korte duur. Het doorlopend karakter van de banners en pancartes, waarbij de kijker wordt uitgenodigd deel te nemen aan een chat via sms tegen betaling, maakt immers niet dat een dergelijke banner of pancarte op zich niet kan worden beschouwd als een telewinkelspot die zoals verzoekster aanvoert, in zijn gangbare betekenis "een korte, in tijd beperkte boodschap, meestal tussen redactionele programma's geplaatst" veronderstelt. Met andere woorden, het doorlopend karakter van de telewinkelspots, bestaande uit een opeenvolging van uitnodigingen deel te nemen aan een chat en de chat-berichten zelf, tijdens de gehele duur van de betrokken redactionele programma's - en dus niet "tussen redactionele programma's" - maakt juist dat ze niet voldoen aan de voornoemde bepaling van artikel 101, § 1, tweede lid.

Het vijfde middel is ongegrond.

F. Zesde middel

Uiteenzetting van het middel

41. Het zesde middel is eveneens 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 en dat uit de memorie van toelichting van het nieuwe mediadecreet, dat kan worden ingeroepen ter interpretatie van de bestaande mediadecreten, blijkt dat dit decreet zich niet verzet tegen het gebruik van nieuwe reclametechnieken waaronder splitscreen.

In de memorie van wederantwoord voegt verzoekster daar nog aan toe dat de muziekvideoclips het hoofdelement uitmaken van al haar uitzendingen, dat de kijker zich hiervan zeer goed bewust is, dat verwerende partij rekening had moeten houden met de omstandige informatie zoals blijkt uit de interpretatieve mededeling waardoor zij ontegensprekelijk tot een andere uitkomst was gekomen en dat de splitscreen een valabel visueel scheidingsmiddel is.

In de laatste memorie blijft verzoekster er bij dat, aangezien in de gemonitorde programma's "Summer request", "Interactive video" en "Very important chat", de videoclips geprojecteerd worden met daaronder een pancarte over de volledige lijn waar de sms-berichten van de kijkers op weergegeven worden en deze pancartes allen een uitgesproken stijl en kleur hadden en eveneens een prijsaanduiding opgaven, het zeer duidelijk was voor alle kijkers dat het hier om een apart gegeven ging. De ruimtelijke, optische scheiding van de sms-applicatie met de videoclips is zo overduidelijk dat het onmogelijk is om hier over te kijken en te oordelen dat een gemiddelde kijker van oordeel zou zijn dat de sms-applicatie verweven zit in het programma.

Beoordeling

42. 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”.

43. 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 “uit de interpretatieve mededeling van de Europese commissie over bepaalde aspecten van de bepalingen van de richtlijn ‘Televisie zonder grenzen’ [...] blijkt dat een ruimtelijke scheiding door optische en/of akoestische middelen (splitscreen) kan voldoen aan de verplichting dat reclame en telewinkelen herkenbaar moeten zijn en onderscheiden van de programma’s” doch dat “in de huidige zaak [...] de kijkers [...] niet in staat [zijn] de telewinkelspots gemakkelijk bij de betrokken uitzendingen te herkennen”, wat door artikel 101, § 1, van de mediadecreten en de voormelde interpretatieve mededeling vereist is.

44. Het valt de Raad van State niet toe zijn beoordeling van de feiten in de plaats te stellen van de beoordeling door het bestuur. Hij kan die beoordeling enkel vernietigen, als blijkt dat ze niet steunt op feitelijke en in rechte aanvaardbare gegevens of als blijkt dat het bestuur niet met voldoende zorgvuldigheid het onderzoek heeft gevoerd.

Te dezen weerlegt verzoekster niet de bevindingen van verwerende partij, louter door ze tegen te spreken.

Verzoekster laat immers in het midden of de weergave van de banners en pancartes in een afzonderlijke band onderaan het scherm, al dan niet gevolgen heeft voor de integriteit van de projectie van de muziekvideoclip in het ander deel van het scherm. Een splitscreentechniek veronderstelt evenwel dat in elk deel van het scherm iets anders in zijn geheel is te zien. Tevens laat zij na haar beweringen over de verdeling van het scherm en de “uitgesproken aparte” stijl en kleur van de banners en pancartes, te staven met enig bewijsstuk, zoals bijvoorbeeld fotomateriaal. Ook het administratief dossier bevat geen fotomateriaal. In die

omstandigheden volstaat verzoeksters bewering over de aparte kleur en stijl van de banners waarbij ook de prijs voor een sms wordt weergegeven niet, om de conclusie van verwerende partij dat de telewinkelspots bij de betrokken uitzendingen niet gemakkelijk te herkennen zijn, aan het wankelen te brengen.

45. Het zesde middel kan niet worden aangenomen.

G. Het zevende middel

Uiteenzetting van het middel

46. Verzoekster voert in de memorie van wederantwoord in een nieuw middel de schending van de rechten van verdediging aan. Zij betoogt vooreerst dat een middel geput uit de schending van deze rechten, die van openbare orde zijn, in een administratieve procedure die kan leiden tot een administratieve sanctie, ontvankelijk in een memorie van wederantwoord mag worden aangevoerd. Voorts brengt zij naar voor dat het algemeen principe van de rechten van verdediging het recht om voorafgaand gehoord te worden impliceert, niet alleen over de ten laste gelegde feiten en de ingeroepen reglementering, maar ook over de aard en grootte van de voorgenomen sanctie. Aangezien in de brief van 6 november 2008 van verwerende partij aan verzoekster geen melding wordt gemaakt van de sancties die zij zou riskeren wanneer zij veroordeeld zou worden op basis van de ten laste gelegde feiten, kon zij zich dan ook niet uitspreken over de gepastheid van de door verwerende partij voorziene sanctie en had zij het raden naar de aard van de sanctie die haar boven het hoofd hing.

47. In de laatste memorie voegt verzoekster daar, wat de ontvankelijkheid van het middel betreft, nog aan toe dat het vaststaande en constante rechtspraak van de Raad van State betreft dat de rechten van verdediging van openbare orde zijn en dat deze kunnen worden ingeroepen in tuchtzaken of daarmee equivalente zaken zoals bij de oplegging van een administratieve boete met repressief karakter.

Beoordeling

48. Artikel 170, § 5, van de mediadecreten legt de verplichting op aan de Vlaamse regering om hij het bepalen van de procedures en termijnen voor het opleggen van sancties, het recht om gehoord te worden op tegenspraak te

garanderen. Ter uitvoering van deze verplichting voorziet het procedurebesluit erin dat de betrokken omroep wordt ingelicht over de feitelijke en juridische gronden van de tegen hem ingestelde procedure op tegenspraak, doch niet over de aard en de grootte van de mogelijke sanctie. Deze informatie kan verzoekster evenwel vinden in artikel 176 van de mediadecreten. Dat artikel bepaalt het arsenaal aan mogelijke sancties dat de algemene kamer bij vaststelling van een overtreding kan opleggen, waaronder een administratieve geldboete tot en met 125.000 euro, zodat verzoekster zich hieromtrent, schriftelijk dan wel mondeling, wel degelijk kon verdedigen in de procedure voor de regulator.

Waar verzoekster niettemin nog steeds een schending van haar rechten van verdediging bespeurt in het niet vermelden in de brief van 6 november 2008 van “de sancties die zij zou riskeren wanneer zij veroordeeld zou worden op basis van de ten laste gelegde feiten”, hebben zij en haar raadsman niettemin verkozen deze kritiek niet voor de algemene kamer ter sprake te brengen, noch in haar verweernota, noch op de zitting van de algemene kamer van 15 december 2008. Verzoekster voert daar geen enkele verklaring voor aan en evenmin ziet de Raad van State spontaan waarom zij dat toen niet kon hebben gedaan, en waarom zij dus de algemene kamer niet heeft gewezen op haar bezwaar dat zij in voormelde brief niet werd ingelicht over “de aard en de grootte van de voorziene sanctie”.

Nochtans, zoals de Raad van State reeds overwoog in zijn arrest nr. 28.248 van 26 juni 1987 inzake Vroonen (aangaande het onpartijdigheidsbeginsel) en het arrest nr. 30.300 van 14 juni 1988 inzake Van Bergen (aangaande het algemeen rechtsbeginsel van de eerbied voor de rechten van verdediging), mag van degene die moet verschijnen voor een bestuursorgaan dat over administratiefrechtelijke problemen, zoals een administratieve sanctie, een uitspraak moet doen, worden verwacht dat zij aan dat orgaan direct zichtbare - direct zichtbaar voor haar of voor een raadsman waar zij een beroep op kan doen - administratiefrechtelijke bezwaren kenbaar maakt, zodoende dat orgaan voor de indruk behoedend dat zij over die bezwaren heenstapt. Wanneer iemand er zich welbewust of met een verregaande graad van lichtzinnigheid van onthoudt in een administratieve procedure haar rechten te doen gelden en aldus belet dat het bestuur eventuele gebreken in de procedure rechtzet op het ogenblik dat zij nog geen definitief nadeel hebben berokkend, kan die persoon er zich niet ontvankelijk voor het eerst bij de Raad van State -laat staan pas in de memorie van wederantwoord- over beklagen dat haar rechten geschonden zijn.

Nu verzoekster heeft verzuimd om de algemene kamer te wijzen op de redactie van de brief waarbij zij op de hoogte wordt gesteld van de tegen haar ingestelde procedure op tegenspraak en de mogelijkheid krijgt om verweer te voeren door binnen de vijftien dagen haar opmerkingen over te maken, en de eventuele bezwaren die de brief bij haar kon doen rijzen wat de vermeende schending van haar rechten van verdediging betreft, vermag zij die grief niet meer op ontvankelijke wijze voor het eerst aan te voeren voor de Raad van State.

49. Het middel is onontvankelijk.

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