

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

XIIe KAMER

A R R E S T

**nr. 210.975 van 3 februari 2011
in de zaak A. 193.502/XII-5901**

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

tegen:

de VLAAMSE REGULATOR VOOR DE MEDIA
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Bart Staelens
kantoor houdend te Brugge
Gerard Davidstraat 46, bus 1
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van het beroep

1. Het beroep, ingesteld op 24 juli 2009, strekt tot de nietigverklaring van de beslissing nr. 2009/036 van 20 april 2009 van de Vlaamse Regulator voor de Media, waarbij aan de nv Vlaamse Media Maatschappij een waarschuwing wordt opgelegd.

II. Verloop van de rechtspleging

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

Auditeur Alexander Van Steenberge heeft een verslag opgesteld.

De verzoekende partij heeft 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 Bart Staelens, die verschijnt voor de verwerende partij, zijn gehoord.

Auditeur Alexander Van Steenberghe 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 VTM 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. VTM 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 de uitzendingen op 23 december 2008 door diverse televisieomroepen waaronder VTM.

Naar aanleiding van deze monitoring vermeldt de onderzoekscel in een nota dat er in de uitzendingen van VTM een inbreuk 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.

De inbreuk die tot het voorliggende annulatieberoep zal leiden betreft inzonderheid het uitzenden voor en na het programma "LouisLouise" van een spot waarbij de kijker wordt opgeroepen om deel te nemen aan een betalende wedstrijd met vermelding van het tarief en met vermelding van de te winnen prijzen. De onderzoekscel is van oordeel dat het hier gaat om een telewinkelspot en dat de spots niet als dusdanig als telewinkelen herkenbaar zijn en niet duidelijk

onderscheiden zijn van het programma door optische of akoestische middelen, wat een inbreuk uitmaakt op artikel 101, § 1, eerste lid, van de mediadecreten.

3.3. Op 16 februari 2009 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 VTM.

Bij brief van 24 februari 2009 wordt verzoekster op de hoogte gesteld van het verslag van de onderzoekscel.

Bij brief van 11 maart 2009 maakt verzoekster haar opmerkingen over. Zij doet vooreerst gelden dat voorbehoud dient te worden gemaakt bij de geldigheid van het onderzoek, aangezien het is gesteund op het onwettig kaderbesluit monitoring, en dat de artikelen 20 en 21 van het reglement van orde van de algemene kamer zijn geschonden.

Voorts voert zij aan dat er van een echte aanbieding van producten of diensten in de zin van “telewinkelen” geen sprake is, gezien de wedstrijd in kwestie slechts een aanbieding tot amusement is en dus geen werkelijke of onafhankelijke economische dienstverrichting. De onderzoekscel zou niet de juiste draagwijdte geven aan het begrip telewinkelen zoals die blijkt uit de interpretatie van artikel 1, I), van de Europese richtlijn televisie zonder grenzen, door het Hof van Justitie. Volgens verzoekster betreft het hier een wedstrijd die kaderde binnen de uitzending van het programma “LouisLouise”. Dit blijkt uit de uitdrukkelijke verwijzing naar het programma en uit het tijdstip van de uitzending, namelijk bij aanvang en op het einde van de uitzending. Het feit dat een tarief wordt vermeld, is geen criterium om tot telewinkelen te besluiten, net zo min het feit dat er een economisch voordeel is. Het economisch voordeel is “bijkomstig” in vergelijking met die van de uitzending in haar geheel. Die waren bijkomstig aangezien er slechts 8.000 sms'en werden gestuurd, wat neerkomt op ongeveer 1.400 euro voor de omroeporganisatie.

3.4. Na verzoekster gehoord te hebben, beslist de algemene kamer op 20 april 2009 dat verzoekster een inbreuk heeft gepleegd op artikel 101, § 1, eerste lid, van de mediadecreten en legt als sanctie een waarschuwing op. Deze thans bestreden beslissing is gesteund op de volgende overwegingen:

“10.1. Algemeen

Het komt niet toe aan de Regulator om zich uit te spreken over de wettigheid van het kaderbesluit van 22 april 2005 en de vaststellingen gedaan door Mediatrix, en over een mogelijke schending van het reglement van orde van de Algemene Kamer. Zolang de onwettigheid of schending van deze teksten en vaststellingen niet is vastgesteld door de bevoegde instantie, blijft de Regulator deze op dezelfde wijze toepassen en gebruiken.

10.2. Telewinkelen

De uitzending van spots waarbij de kijker de mogelijkheid wordt aangeboden tegen betaling deel te nemen aan een wedstrijd om zo kans te maken op een prijs met vermelding van het tarief en met vermelding van de te winnen prijzen, moet worden beschouwd als telewinkelen, zoals gedefinieerd bij artikel 2, 19/, van het Mediadecreet.

De Regulator verwijst hiervoor naar zijn beslissingen 2007/040 d.d. 14 december 2007 en 2008/039 d.d. 23 juni 2008.

Het verweer van VMMA dat de bedoelde spots kaderen binnen de uitzending van het programma ‘LouisLouise’ kan niet worden gevolgd. De spots worden respectievelijk voorafgaand aan de begingeneriek en volgend op de eindgeneriek van het programma uitgezonden. Hieruit moet worden afgeleid dat de spots geen geïntegreerd deel uitmaken van het programma.

De bedoelde spots worden niet door optische en/of akoestische middelen onderscheiden van de programma’s.

Hieruit volgt dat VMMA de bepaling van artikel 101, § 1, eerste lid, van het Mediadecreet heeft geschonden.

Bij de bepaling van de sanctie houdt de Regulator rekening met het geringe economische voordeel dat de uitzending van de bedoelde spots aan VMMA heeft opgebracht.

Gelet op de omstandigheden van de zaak is een waarschuwing een gepaste sanctie”.

IV. Ontvankelijkheid van het beroep

4. Verwerende partij werpt een exceptie op wegens gebrek aan belang in hoofde van verzoekster, waarvan zij evenwel ter terechtzitting uitdrukkelijk afstand doet.

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 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.

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	1 x per 3 maanden	2 uur

met algemeen karakter		
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.

Beoordeling

11. Het tegen de thans bestreden beslissing aangevoerd middel is identiek aan het eerste middel dat verzoekster reeds heeft aangevoerd in de zaken A. 187.646/XII-5377, A. 189.687/XII-5556 en A. 191.270/XII-5705 betreffende haar beroepen tegen eerdere beslissingen van de VRM, waarbij aan verzoekster, enerzijds, wegens een inbreuk op het artikel 101, §§ 1 en 3, van de mediadecreten

een administratieve geldboete van 2.500 euro wordt opgelegd (de eerste twee zaken) en, anderzijds, wegens inbreuken op het artikel 101, § 1, tweede lid, en § 5, van de mediadecreten een waarschuwing wordt opgelegd (de derde zaak). Ook de toelichting bij en verdere adstructie van het middel is volledig naar inhoud gelijklopend.

In de arresten nr. 210.971, nr. 210.972 en nr. 210.974 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 en, om de in voornoemde arresten gegeven redenen, wordt het middel ook in deze zaak verworpen.

B. Tweede middel

Uiteenzetting van het middel

12. 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.

13. In de memorie van wederantwoord betoogt verzoekster dat het niet aan de onderzoekscel toekomt om ambtshalve een onderzoek in te stellen, maar wel aan de algemene kamer die de onderzoekscel daartoe aanstuurt. Verwerende partij interpreteert de artikelen 20 en 21 van het reglement van de orde tegen de letter ervan in. Uit artikel 21 blijkt dat de term “autonoom” verwijst naar de interne onafhankelijkheid die verwerende partij tracht te garanderen voor haar onderzoekscel omdat zij anders rechter en partij zou zijn. De verwijzing naar het

nieuwe reglement doet hier niets aan af. De bestreden procedure is behandeld onder het oude reglement van orde. Verwerende partij spreekt zichzelf tegen door tegelijk te stellen dat, enerzijds, de onderzoekscel autonoom, zonder voorbeslissing, onderzoeken kan voorleggen aan de algemene kamer en, anderzijds, de onderzoekscel hier handelde op basis van de algemene machtiging van het kaderbesluit monitoring.

14. 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.

Voorts stelt zij nog dat de autonomie van de onderzoekscel niet verwijst naar de bevoegdheid van de onderzoekscel om zelf te beslissen om een aangelegenheid te onderzoeken, maar wel naar het feit dat een bevolen onderzoek moet gebeuren zonder inmenging van de leden van de algemene kamer.

Beoordeling

15. Het in huidige zaak aangevoerde tweede middel is identiek aan het tweede middel dat verzoekster heeft aangevoerd in de zaken A. 189.687/XII-5556 en A. 191.270/XII-5705.

In de arresten nr. 210.972 en nr. 210.974 van heden komt de Raad van State daarover tot de conclusie dat een algemene monitoring door de onderzoekscel en een specifieke opdracht tot onderzoek van de algemene kamer aan de onderzoekscel elkaar niet uitsluiten en beide inpasbaar zijn in de toezichts- en handhavingsbevoegdheid van de VRM en dat artikel 20 van het toen geldende reglement van orde en het kaderbesluit dus op twee te onderscheiden situaties zien. Net zoals in de zaken die tot voornoemde arresten hebben geleid, werd in huidige zaak dat vooronderzoek niet uitgevoerd op grond van voormeld artikel 20, 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. Dat eerst een vooronderzoek door de onderzoekscel werd gevoerd, niet ingevolge een specifieke beslissing daartoe van de algemene kamer overeenkomstig artikel 20 van het toen geldende reglement van orde, maar wel ingevolge de algemene opdracht, vastgesteld bij het kaderbesluit monitoring van het VCM (thans het VRM), maakt geen onwettigheid uit.

16. Voorts blijkt uit artikel 21 van het reglement van orde dat zulk vooronderzoek autonoom wordt 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. Dat dit artikel van toepassing is zowel in het geval een vooronderzoek wordt uitgevoerd ingevolge een specifieke beslissing daartoe van de algemene kamer overeenkomstig artikel 20 van het reglement van orde (of na klacht of verzoek van de Vlaamse regering overeenkomstig artikel 19) als in het geval het vooronderzoek plaatsvindt op grond van het kaderbesluit monitoring, maakt geen tegenstrijdigheid uit. Trouwens wordt in het nieuwe reglement het vroegere artikel 20 weggelaten en voorziet artikel 17 in een bepaling die analoog is aan het vroegere voormelde artikel 21.

De vrijheid van de regulator om het betrokken 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 het (vroegere) artikel 20 van het reglement van orde, is niet gestoeld op de autonomie van de onderzoekscel waarvan sprake in artikel 21 van het reglement van orde, maar wel op de mediadecreten zelf waaronder artikel 169, § 2, *in fine*, die de regulator zelf een grote autonomie toekennen in de uitoefening van zijn taak van toezicht op de beteugeling van inbreuken op en de naleving van de bepalingen van de mediaregelgeving.

17. Het tweede middel is, mede gelet op de redenen uiteengezet in de arresten nr. 210.972 en nr. 210.974, ongegrond.

C. Derde middel

Uiteenzetting van het middel

18. 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. De bestreden beslissing steunt immers op vaststellingen gedaan door een derde, namelijk het bedrijf MediaXim, en niet op eigen bevindingen, wat een delegatie van bevoegdheid impliceert die verder gaat dan het nemen van detailmaatregelen. De taak van MediaXim overstijgt het louter registreren, nu de gebruikte software meer doet dan alleen maar beelden opnemen en de inhoud van de opgenomen beelden juridisch kwalificeert en daarna classificeert.

Beoordeling

19. Dit middel is eveneens identiek aan ditmaal het derde middel dat verzoekster deed gelden in de zaken A. 189.687/XII-5556 en A. 191.270/XII-5705. Ook de toelichting bij en verdere adstructie van het middel is hoegenaamd volledig naar inhoud gelijklopend.

20. Zoals in de arresten nr. 210.972 en nr. 210.974 van heden reeds wordt vastgesteld, bestaat volgens het jaarverslag van 2007 van verwerende partij 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.

Net zoals in de zaken die tot voormelde arresten hebben geleid, dient echter ook in huidige zaak te worden vastgesteld dat nergens uit blijkt, noch uit het verslag van de onderzoekscel noch uit de bestreden beslissing van de algemene kamer, dat verwerende partij zich voor wat de beoordeling van de inbreuk aangaande de uitzending van de spots voor en na het programma “LouisLouise”, waarbij de kijker de mogelijkheid wordt aangeboden om tegen betaling deel te nemen aan een wedstrijd, zich “volledig” zou hebben verlaten “op de vaststellingen uit het rapport MediaXim”. Uit voornoemde documenten blijkt integendeel dat

verwerende partij zich op grond van een eigen beoordeling heeft uitgesproken over de betrokken spots. De classificatie van de opgenomen beelden, 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 die de bevoegdheid van de VRM onaangeroerd laat. Verwerende partij kon dan ook terecht besluiten, zoals zij uitdrukkelijk doet in de beslissing nr. 2010/019 van 22 maart 2010, waar verzoekster in de laatste memorie nog naar verwijst, dat er geen sprake is van een onwettige delegatie, aangezien er door de regulator geen enkele onderzoeksbevoegdheid, die hem in de mediadecreten is toegewezen, wordt overgedragen aan MediaXim.

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.

De omstandigheid dat het rapport van MediaXim niet (langer) wordt opgestuurd aan de omroepen, doet aan het voorgaande geen enkele afbreuk.

21. Het middel is ongegrond.

D. Vierde middel

Uiteenzetting van het middel

22. Verzoekster voert in een vierde 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.

Toegelicht wordt dat de Vlaamse decreetgever de definitie van de voornoemde richtlijn overnam en 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).

Volgens verzoekster is in huidige zaak niet voldaan aan de criteria die het Hof van Justitie ter interpretatie van “telewinkelen” vooropstelde bij “interpretatieve spelletjes”. Het gaat om een aanbieding om amusement in het kader van het programma “LouisLouise”, niet om het werkelijk en autonoom aanbieden van producten of diensten zoals beoogd met het begrip telewinkelen. De diensten in kwestie zijn van ondergeschikte aard en hebben geen bestaansreden op zich want ze zijn verbonden aan het programma “LouisLouise”.

23. In de memorie van wederantwoord benadrukt verzoekster dat niet kan worden betwist dat het spelletje in kwestie kaderde in het programma “LouisLouise”, wat kan volstaan om aan te nemen dat het hier niet uitsluitend gaat om een onafhankelijke economische dienstverrichting. De spots in kwestie dienen om de aantrekkelijkheid en de amusementswaarde van het programma te verhogen. Het feit dat een vergoeding dient te worden betaald om deel te nemen aan het spel, kan wel eventueel tot de conclusie leiden dat dit aspect een dienst in de zin van het EG-Verdrag is, maar mag niet automatisch leiden tot de conclusie dat het gaat om telewinkelen. Het economisch voordeel is beperkt tot 1.400 euro en dus van bijkomstige betekenis.

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

Beoordeling

25. 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”.

26. 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, staan de betrokken spots waarbij de kijker wordt uitgenodigd om tegen betaling (van een sms-bericht) deel te nemen aan een wedstrijd (of een spel waaraan een prijs is verbonden) op zichzelf en maken ze geen deel uit van een amusementsprogramma. In de zaak die ten grondslag lag aan het arrest C-195/06 werd het publiek in het amusementsprogramma “Quiz-Express” door de presentator aangeboden om door het bellen van een betaalnummer deel te nemen aan een spel waaraan een prijs is verbonden. Daarvoor werden hun de gegevens verstrekt die nodig zijn om contact op te nemen met de presentator van het programma en in de uitzending te komen of, indien dat niet lukte, om deel te nemen aan de wekelijkse

loting (randnummers 14, 15 en 33). Het is in die context dat het Hof van Justitie stelt dat moet worden nagegaan of het spel wel een werkelijke onafhankelijke economische dienstverrichting uitmaakt en niet slechts een beperkt onderdeel van een amusementsuitzending met de bedoeling deze interactief te maken zonder echter daadwerkelijk diensten te willen aanbieden op het gebied van kansspelen.

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

27. Te dezen kan met verwerende partij worden vastgesteld dat de betrokken spots worden uitgezonden voorafgaand aan de begingeneriek en volgend op de eindgeneriek van het programma “LouisLouise”, zijnde een Vlaamse telenovelle, zonder dat daarin de kijker de mogelijkheid wordt geboden zelf tussen te komen in de uitzending van het daarop volgend of daaraan voorafgaand voormeld programma of er interactief aan te gaan deelnemen. Verzoekster brengt geen nadere concrete gegevens aan die haar loutere bewering dat de spots in kwestie verbonden zijn en dienen om de aantrekkelijkheid en de amusementswaarde van voornoemd programma te verhogen, zouden kunnen staven. Bij gebrek aan enige wisselwerking

met de redactionele inhoud van het programma “LouisLouise”, kon verwerende partij dan ook terecht aannemen dat het spelletje in kwestie geen geïntegreerd deel uitmaakte van dat programma.

Verzoekster betwist voorts niet dat zij inkomsten verkrijgt als gevolg van de aanbieding in de betrokken spots om door het sturen van een sms naar een betalend nummer deel te nemen aan een wedstrijd.

28. Gelet op het voorgaande, kan verzoekster bijgevolg geenszins worden gevolgd waar zij betoogt dat de toepassing van de criteria die het Hof van Justitie in voornoemd prejudicieel arrest heeft uiteengezet om tot de kwalificatie van telewinkelen te komen, en die betrekking hadden op een situatie waarin een bospel deel uitmaakte van een amusementsprogramma, namelijk een quizprogramma op de te dezen betrokken spots, verwerende partij moest doen besluiten dat ze geen telewinkelen betreffen. Integendeel, de vaststelling dat de spots, waarbij de kijker wordt uitgenodigd om tegen betaling deel te nemen aan een wedstrijd, geen deel uitmaken van een ander programma maar helemaal op zichzelf staan, versterkt de conclusie dat het te dezen gaat om telewinkelen, zoals gedefinieerd in artikel 2, 19/, van de mediadecreten en zoals geïnterpreteerd door het Hof van Justitie in voornoemd prejudicieel arrest.

29. Het middel is ongegrond.

E. Vijfde middel

Uiteenzetting van het middel

30. Verzoekster voert in een vijfde middel de schending aan van de formele- en materiële-motiveringsplicht, doordat in de bestreden beslissing niet wordt geantwoord op de door haar aangevoerde argumenten en de door haar opgeworpen excepties. 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.

31. In de memorie van wederantwoord blijft verzoekster er bij dat zelfs in het geval verwerende partij handelde als orgaan van actief bestuur zij

manifest onbestaande akten zoals het kaderbesluit monitoring buiten toepassing dient te laten en dat de bestreden beslissing niet motiveert om welke reden zij niet aan artikel 159 van de Grondwet mag toetsen.

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 voor onbestaande gehouden moest worden.

Beoordeling

32. Uit formeel oogpunt antwoordt de bestreden beslissing wel degelijk op de opgeworpen excepties 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 de vaststellingen gedaan door MediaXim, en over een mogelijke schending van het reglement van orde van de algemene kamer” en dat “zolang de onwettigheid of schending van deze teksten niet is vastgesteld door de bevoegde instantie, [...] de Regulator deze op dezelfde wijze [blijft] toepassen en gebruiken”. De formele motiveringsplicht is dan ook niet geschonden.

Zoals uit de bespreking van het eerste, tweede en derde middel voorts blijkt, is ten eerste 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, is ten tweede artikel 20 van het procedurebesluit te dezen niet van toepassing en werd het reglement van orde niet op verkeerde wijze toegepast en is er ten derde geen sprake van een ontoelaatbare delegatie van beoordelingsbevoegdheid aan het privé-bedrijf MediaXim. Die vaststellingen volstaan reeds om verzoekster elk verder belang bij het middel te onzeggen.

33. Het vijfde middel wordt verworpen.

BESLISSING

1. De Raad van State verworpt 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