

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

XIIe KAMER

A R R E S T

**nr. 219.953 van 26 juni 2012
in de zaak A. 195.971/XII-6149**

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

tegen:

de VLAAMSE REGULATOR VOOR DE MEDIA
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Cies Gysen
kantoor houdend te 2800 Mechelen
Antwerpsesteenweg 16-18
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van het beroep

1. Het beroep, ingesteld op 22 maart 2010, strekt tot de nietigverklaring van het besluit van de Vlaamse Regulator voor de Media van 21 december 2009 voor zover 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 en de verwerende partij hebben een laatste memorie ingediend.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 22 mei 2012.

Staatsraad Geert Van Haegendoren heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Christiaan Lesaffer, die verschijnt voor de verzoekende partij en advocaat Cies Gysen, 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.

3.2. De onderzoekscel van verwerende partij voert een monitoring uit van de uitzendingen op 8 september 2009 van 17.00u tot 23.00u door zes televisieomroepen, waaronder VTM.

Naar aanleiding van dit vooronderzoek stelt de onderzoekscel in de uitzendingen van VTM verschillende inbreuken vast op het decreet van 27 maart 2009 betreffende radio-omroep en televisie (hierna: het mediadecreet).

De uitzending die finaal tot het voorliggende annulatieberoep zal leiden, betreft een vermeende publi-reportage “Volkswagen Golf” -in feite

wordt de Volkswagen Polo bedoeld- waarbij een inbreuk wordt ontwaard op artikel 81, § 2, van het mediadecreet. Het onderzoeksverslag vermeldt hieromtrent:

“Tussen 2 programma-aankondigingen in wordt een ‘publi-reportage’ getoond voor VW Golf. Deze ‘reportage’ duurt 2 minuten (17:35:35-17:37:35) en toont een aantal reeds vroeger uitgezonden stukjes uit de preselecties van het VTM-programma ‘Idool’, waarna de slogan volgt: ‘De nieuwe Polo. Meteen in je geheugen gegrift.’

[...]

De onderzoekscel is van oordeel dat de publi-reportage voor VW Golf niet kan beschouwd worden als een publi-reportage aangezien de ‘reportage’ meer dan anderhalve minuut enkel beelden toont van preselecties en winnaars van ‘Idool’ om nadien, tijdens de laatste 10 seconden, een link te leggen met de nieuwe Polo van VW Golf.

Volgens de onderzoekscel ligt het accent in deze ‘reportage’ geenszins op de redactionele en informatieve inhoud zodat deze dan ook dient beschouwd te worden als een reclamespot.

Aangezien het percentage reclame en telewinkelen voor het klokuur 17u00-18u00 reeds 19,9% bedraagt, betekent dit tevens een overschrijding van het maximaal toegelaten percentage zendtijd voor reclame en telewinkelspots per (vast klok)uur conform de toepassing van artikel 81, § 2 van het Mediadecreet.”

3.3. Op 19 oktober 2009 beslist de algemene vergadering van de algemene kamer van de Vlaamse Regulator voor de Media (hierna ook: VRM) om tegen verzoekster een procedure op tegenspraak te starten wegens voormelde inbreuk. De beslissing wordt samen met het onderzoeksrapport bij aangetekende brief van 29 oktober 2009 aan verzoekster meegedeeld.

Bij brief van 13 november 2009 maakt verzoekster haar opmerkingen over. Zij erkent dat de betrokken spot geen publi-reportage betreft. Bij de inwerkingtreding van het nieuwe mediadecreet heeft zij ervoor geopteerd om de kijker duidelijk te informeren en aan te geven wanneer er een publi-reportage start, en dit aan de hand van een specifieke aankondiging daartoe. Die aankondiging werd per vergissing uitgezonden voor de start van het programma “In je geheugen gegrift”. Dit kort programma kadert in het twintigjarig bestaan van de omroeporganisatie. Er werden verschillende episodes van dat korte programma uitgezonden in de maand september. Ten onrechte, volgens verzoekster, leidt de onderzoekscel af dat het een reclamespot betreft. Er wordt in de link immers niet rechtstreeks aangezet tot de aankoop van de desbetreffende wagen.

Op de hoorzitting van 21 december 2009 betoogt verzoekster nog dat het om een sponsorvermelding zou gaan. Aangezien de betrokken spot ten onrechte wordt gekwalificeerd als reclame, is er bijgevolg geen overschrijding van het toegelaten percentage zendtijd besteed aan reclame en telewinkelspots.

3.4. De algemene kamer beslist op 21 december 2009 dat verzoekster een inbreuk heeft gepleegd op artikel 81, § 2 en § 5, van het mediadecreet en legt als sanctie voor die inbreuk een waarschuwing op. Deze thans bestreden beslissing is gesteund op de volgende overwegingen:

“10.3. Publi-reportage VW Golf.

Uit het onderzoeksrapport blijkt dat het accent in de betrokken uitzending geenszins op redactionele en informatieve inhoud ligt, waardoor niet voldaan is aan de omschrijving van publi-reportage in artikel 81, § 5, van het Mediadecreet. De omroeporganisatie betwist die vaststelling niet.

De omroeporganisatie betwist wel dat het om reclame zou gaan omdat de betrokken spot niet rechtstreeks zou aanzetten tot de aankoop van de desbetreffende wagen. Het zou dan ook een sponsorvermelding zijn. Dit verweer kan niet worden gevolgd.

Uit de memorie van toelichting bij het decreet van 27 maart 2009 betreffende radio-omroep en televisie blijkt dat de wetgever ervoor gekozen heeft om de bepalingen over sponsoring zoveel mogelijk ongewijzigd te laten ten opzichte van de vorige bepalingen van de decreten betreffende de radio-omroep en de televisie, gecoördineerd op 4 maart 2005. Zo wordt het principe herhaald dat ‘Sponsoring niet rechtstreeks tot het kopen of huren van goederen of diensten (mag) aanzetten. Het onderscheidend criterium is de boodschap, en niet de vorm van een sponsorvermelding. Zo kan een sponsorvermelding, in tegenstelling tot een reclameboodschap, geenszins aanzetten tot consumptie. Een louter imago-ondersteunende slogan of baseline van de sponsor of van zijn producten of diensten, is toegestaan in de sponsorvermelding, omdat deze niet aanzet tot consumptie’ (*Parl.St.*, VI. Parl., 2008-2009, nr. 2014/1, 39).

Door het woord ‘Nieuw’ te gebruiken, hanteert men een specifiek promotioneel element dat aanzet tot consumptie. Het woord ‘Nieuw’ kan niet beschouwd worden als een louter imago-ondersteunende slogan of baseline van de sponsor.

Hieruit volgt dat de spot betreffende VW Golf als reclame meegeteld dient te worden voor de berekening van het percentage zendtijd besteed aan reclame en telewinkelspots voor het klokuur 17u00-18u00. Uit het onderzoeksrapport blijkt dat dit percentage zonder deze spot reeds 19,9% bedroeg.

Uit het voorgaande volgt dat het maximaal toegelaten percentage zendtijd voor reclame en telewinkelspots voor het klokuur 17u00-18u00, zoals uitgezonden op 8 september 2009, werd overschreden.

Er wordt dan ook een schending vastgesteld van artikel 81, § 2, en § 5, van het Mediadecreet.

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

IV. Ontvankelijkheid van het beroep

4. In de memorie van antwoord werpt verwerende partij vooreerst op dat de bestreden beslissing geen uitvoerbare rechtshandeling betreft. Voorts stelt zij het belang van verzoekster in vraag.

5. Deze excepties worden in het auditorsverslag op berede-
neerde wijze verworpen. De auditeur stelt ten eerste vast dat de bestreden beslissing onmiskenbaar het karakter heeft van een administratieve sanctie en dat die als dusdanig te onderscheiden valt van ingebrekestellingen, verwittigingen of aanmaningen die geen onmiddellijk nadeel berokkenen. Ten tweede oordeelt hij dat, gelet op het afkeurend karakter van de bestreden beslissing verzoekster onbetwistbaar een afdoend moreel belang heeft om de nietigverklaring te vorderen van deze beslissing, des te meer nog omdat bij het opleggen van een eventueel latere sanctie rekening kan worden gehouden met de eerder opgelegde sanctie.

6. Verwerende partij merkt in de laatste memorie nog enkel op, wat de ontvankelijkheid van het beroep betreft, dat zij zich ter zake gedraagt naar de wijsheid van de Raad.

De Raad acht het wijs uit deze proceshouding te begrijpen dat verwerende partij niet langer aandringt op de bedoelde excepties. De Raad ziet ook geen reden om ambtshalve de ontvankelijkheid van het beroep in vraag te stellen.

V. Onderzoek van de middelen

A. Eerste middel

Uiteenzetting van het middel

7. Verzoekster voert in een eerste middel de schending aan van “artikel 16 van het Procedurebesluit [...] van 30 juni 2006 (*B.S.*, 25 augustus 2006) en de algemene beginselen van behoorlijk bestuur en in het bijzonder de hoorplicht doordat de determinerende motivering van verwerende partij, met name het gebruik van het woord ‘Nieuw’, geen deel uitmaakte van de argumentatie van de onderzoekscel waartegen VMMA zich had verdedigd en dus pas opgeworpen werd in de bestreden beslissing zelf zodat VMMA zich hiertegen niet en alszins niet adequaat kon verweren”.

Verzoekster meent, samengevat, dat het gebruik van het woord “Nieuw” in de “spot” noch een argument noch een element van de vaststellingen van de onderzoekscel was, noch vermeld in het krachtens artikel 17 van het reglement van orde bepaalde “voorstel van beslissing”, zodat verwerende partij minstens de debatten had dienen te heropenen en verzoekster de kans had moeten geven om zich, al was het schriftelijk, ook op dit punt te verweren omdat ter hoorzitting geenszins duidelijk was dat verwerende partij een andere determinerende grondslag zou geven aan haar beslissing dan deze aangegeven in het onderzoeksrapport. Verzoekster had dan kunnen aantonen dat de vermelding van het woord “Nieuw” niet leidt tot de herkwalificatie van een sponsorvermelding naar een reclamespot.

8. In de memorie van wederantwoord blijft verzoekster erbij dat zij over de determinerende zienswijze dat het woord “nieuw” rechtstreeks aanzet tot kopen en het daarom als een reclamespot moet worden beschouwd, nooit is gehoord en hierover dan ook geen enkel verweer heeft kunnen voeren. Het feit dat zij ter hoorzitting heeft opgeworpen dat het om sponsoring gaat, doet niets af aan de vaststelling dat dit aspect niet door de onderzoekscel was onderzocht, er geen voorstel van beslissing op dit punt was en zij er dus niet haar schriftelijke opmerkingen over kon geven. Wanneer in de loop van de procedure blijkt dat

mogelijk de schending van andere decreetbepalingen voorligt dan die waarop het onderzoeksrapport betrokken was, had verwerende partij het onderzoek verder moeten zetten via een tussenbeslissing waarna verzoekster haar schriftelijke opmerkingen zou hebben kunnen geven.

9. In de laatste memorie benadrukt verzoekster dat zij zich verweerde met betrekking tot de voorstelling van de feiten en de juridische kwalificatie publi-reportage, zoals opgenomen in het haar meegedeelde onderzoeksrapport. De bestreden beslissing gaat echter uit van een andere feitelijke context en dus van een andere juridische kwalificatie -reclame- waartegen zij zich niet kon verweren. Voorts betoogt zij dat, had verwerende partij de debatten heropend, zoals zij in andere zaken deed wanneer zij tot een herkwalificatie van de feiten overging ten opzichte van de oorspronkelijke kwalificatie door de onderzoekscel, zij de mogelijkheid had kunnen benutten om aan de hand van argumenten en stukken aan te tonen dat het gebruik van het woord “nieuw” in de sponsorvermelding deel was van de *base line* van Volkswagen die ook werd gebruikt in campagnes in andere media.

Beoordeling

10. Artikel 220, § 2, van het mediadecreet bepaalt dat de Vlaamse regering de procedures en de termijnen voor het indienen, onderzoeken en afhandelen van de aanvragen en klachten en voor het nemen van sancties dient te bepalen. Daarbij moeten het recht om gehoord te worden op tegenspraak, de plicht tot motivering en de beginselen van openbaarheid van bestuur worden gegarandeerd.

Artikel 16 van het procedurebesluit geeft hieraan uitvoering:

“§ 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.”

11. Bij brief van 29 oktober 2009 wordt aan verzoekster meegedeeld dat tegen haar een procedure op tegenspraak wordt ingesteld wegens een aantal inbreuken op het mediadecreet tijdens haar uitzendingen van 8 september 2009. Als bijlage wordt het onderzoeksrapport van 12 oktober 2009 gevoegd. Daarin worden de feiten die een vermeende inbreuk zouden opleveren op het mediadecreet, omstandig en op overzichtelijke wijze weergegeven. Eveneens geeft de onderzoekscel daarin de bepalingen van het decreet aan die zij geschonden acht. Omtrent de spot over de Volkswagen Polo geeft de onderzoekscel aan dat de paragrafen 2 en 5 van artikel 81 van het mediadecreet geschonden zijn.

Verzoekster heeft vervolgens naar behoren haar standpunt kunnen meedelen. Zij heeft dit zowel schriftelijk als mondeling gedaan. De algemene kamer heeft zich bij het nemen van de bestreden beslissing blijkens het administratief dossier niet gesteund op stukken die haar niet waren meegedeeld. De bestreden sanctie steunt ook niet op andere bepalingen van het mediadecreet dan die welke in het onderzoeksrapport zijn vermeld.

Dit alles wordt ook niet door verzoekster betwist. Wat haar grieft is dat verwerende partij in de bestreden beslissing -in de woorden van verzoekster- een “determinerende zienswijze” aanbrengt om de bestreden beslissing dat de betrokken spot wel degelijk een reclamespot betreft, te verantwoorden, namelijk dat het gebruik van het woord “nieuw” in de spot een promotioneel element uitmaakt dat aanzet tot consumptie en dat zij om die reden de kans moest krijgen hierover ook schriftelijk standpunt in te nemen.

Het recht om schriftelijk gehoord te worden heeft evenwel betrekking op de opmerkingen die de betrokkene wenst te maken over het onderzoeksrapport. Verzoekster was op de hoogte gesteld van de ingeroepen feiten en van de geschonden geachte bepalingen, en heeft zich op gepaste wijze hiertegen kunnen verdedigen. Noch het mediadecreet, noch het procedurebesluit schrijven

voor dat de regulator zijn beoordeling over de confrontatie van de vaststellingen uit het onderzoeksrapport met de bepalingen van het mediadecreet nogmaals aan schriftelijke opmerkingen moet onderwerpen.

In de gegeven omstandigheden van deze zaak kan de Raad van State geen schending bespeuren van het recht van verdediging of het recht om te worden gehoord. Verwerende partij is, zowel wat de feiten als wat de toepasselijke rechtsregels betreft, niet buiten de contouren van het onderzoeksrapport gegaan. Verzoekster mocht zich eraan verwachten dat de aan de orde zijnde discussie de vraag betrof of de betrokken spot van twee minuten, uitgezonden tussen 17.35u en 17.37u op 8 september 2009, al dan niet als een reclamespot gekwalificeerd moest worden en of daarmee de in artikel 81, § 2, van het mediadecreet bedoelde drempel van 20 procent toegelaten televisiereclame- en telewinkelspots voor dat klokuur was overschreden.

In het onderzoeksrapport kwalificeert de onderzoekscel de feiten reeds als reclame (“[dat] deze dan ook dient beschouwd te worden als een reclamespot”). In haar schriftelijk verweer volgt verzoekster de onderzoekscel niet in die kwalificatie dat het een reclamespot betreft, omdat volgens haar “niet rechtstreeks wordt aangezet tot aankoop van de desbetreffende wagen”. Zij heeft zich op de hoorzitting vervolgens ook mondeling kunnen verweren, wat zij deed door te argumenteren dat het om een sponsorvermelding ging.

Door vervolgens in de bestreden beslissing de bedoelde uitzending als reclame te kwalificeren en daarbij uiteen te zetten dat een sponsorvermelding geenszins mag aanzetten tot consumptie en dat het gebruiken van het woord “nieuw” een specifiek promotioneel element vormt dat wel aanzet tot consumptie, verduidelijkt de regulator slechts, als antwoord op de voornoemde argumentatie van verzoekster, waarom de spot volgens zijn beoordeling geen sponsorvermelding betrof maar wel degelijk als reclame moet worden opgevat en worden meegeteld. Hij sluit zich aldus aan, na verzoekster schriftelijk en mondeling gehoord te hebben, bij de bevindingen en de conclusie van de onderzoekscel. Of die conclusie inhoudelijk correct is, vormt het voorwerp van het tweede middel maar is een vraag die vreemd is aan de in het eerste middel ingeroepen hoorplicht en recht op tegenspraak.

12. Het eerste middel is ongegrond.

B. Tweede middel

Uiteenzetting van het middel

13. In een tweede middel voert verzoekster de schending aan van artikel 2, 35° en 41°, en van artikel 91, tweede lid, van het mediadecreet en van de materiële motiveringsplicht, doordat verwerende partij in de bestreden beslissing “de vermelding van het woord ‘nieuw’ in een sponsorvermelding [kwalificeert] als een gesponsord programma dat rechtstreeks aanzet tot consumptie en hieruit afleidt dat het reclame betreft”.

Verzoekster zet uiteen dat in de praktijk de diverse vormen van commerciële communicatie die vroeger afzonderlijk werden gedefinieerd, geregeld in elkaar overvloeien en dat ze alle “dezelfde finaliteit” hebben, namelijk: rechtstreeks of onrechtstreeks de goederen, de diensten of het imago van een natuurlijke of rechtspersoon die een economische activiteit verricht, te promoten.

Het onderscheid tussen sponsoring en reclame volgt vandaag uit andere kenmerken van de specifieke deeldefinities van reclame en sponsoring. Beide begrippen worden gedefinieerd in de richtlijn audiovisuele mediadiensten. De Vlaamse decreetgever zette deze om in intern recht met het mediadecreet in artikel 2, 35° en 41°. Bij de beoordeling of een commerciële communicatie al dan niet reclame is, dan wel sponsoring, ligt heden de nadruk op de inhoud van de boodschap, en niet langer op de vorm, zoals dit vroeger het geval was. Zowat alle beperkingen over wat de sponsorvermelding al dan niet mag bevatten, zijn vervallen. Er bestaat geen principieel verbod op verwijzingen naar (producten en diensten van) de sponsor in het gesponsorde programma.

Samengevat betoogt verzoekster dat sinds de inwerkingtreding van de richtlijn audiovisuele mediadiensten de inhoud van een commerciële communicatie op het vlak van de elementen van de definitie van commerciële communicatie, weze het nu reclame of sponsoring, irrelevant is voor het onder-

scheid van beide nu zowel sponsoring als reclame mogen verwijzen naar producten en diensten met als doel er direct of indirect promotie voor te maken. Het door verwerende partij gehanteerde criterium van het “aanzetten tot consumptie” heeft betrekking op de “gesponsorde omroepdiensten en programma’s” en niet op de sponsorvermeldingen.

Reclame en sponsoring delen als vormen van commerciële reclame dezelfde definitie en het verschil in hun deeldefinities heeft enkel betrekking op de “finaliteit” van de communicatie. De bestreden beslissing onderzoekt deze echter niet en kon dus niet wettig besluiten dat er geen sprake was van sponsorvermelding. Uit een correcte lezing van het mediadecreet en de richtlijn audiovisuele mediadiensten, zoals geïnterpreteerd door de Europese Commissie, blijkt dat het geenszins verboden is om in een sponsorvermelding te verwijzen naar concrete producten of diensten van de sponsor, maar wel dat verwijzingen hiernaar in het gesponsorde programma aan beperkingen onderworpen zijn, wat hier niet aan de orde is. Het gesponsorde programma, dat volgens de vaststellingen van de onderzoekscel zelf enkel beelden toont van preselecties en winnaars van Idool, bevat immers geen enkele verwijzing naar de sponsor of een product van de sponsor, laat staan dat het rechtstreeks aanzet tot het kopen van het litigieuze product. Wat de sponsorvermelding zelf betreft -de link tijdens de laatste tien seconden met de nieuwe VW Polo- herhaalt verzoekster dat niet de inhoud het onderscheidend criterium is, maar wel de doelstelling van die communicatie, die door de bestreden beslissing echter niet wordt onderzocht.

Voorts betoogt verzoekster dat de vermelding van het woord “nieuw” in de betrokken sponsorvermelding niet een specifieke kwaliteit van het product aanprijst die de consument zou aanzetten tot het kopen van de wagen. Het heeft de legitieme bedoeling om de activiteiten of producten meer bekendheid te geven. Het “aanzetten tot” betekent het “aansporen om iets te doen”, “zonder omwegen, recht op het doel af”. In de richtlijn oneerlijke handelspraktijken wordt het begrip rechtstreeks aanzetten tot kopen gebruikt. In de toelichting worden twee concrete voorbeelden gegeven: “Ga dat boek kopen!” en “‘Alice en het magische boek van Fondi’ is nu uit op video - zeg je moeder dat ze hem snel gaat kopen in de plaatselijke boekenwinkel”.

14. In de memorie van wederantwoord benadrukt verzoekster dat in de huidige stand van de regelgeving geen enkele regel verbiedt dat een sponsorvermelding een (bewegend) beeld van een bepaald product van een sponsor bevat noch dat een sponsorvermelding, weze het nu direct of indirect, een koopbevorderende intentie of boodschap heeft. Wat nog wel onderhevig is aan beperkingen is de wijze waarop de sponsor zich verhoudt ten opzichte van het gesponsord programma. Het gesponsord programma mag niet rechtstreeks aanzetten tot de aankoop van producten of diensten. Dit dient als bescherming van de programmatische integriteit en redactionele onafhankelijkheid. Sponsoring is een vorm van commerciële communicatie die finaal ook de verkoop van de producten van de sponsor wil bevorderen, wat volledig legitiem is. In het programma mag enkel onrechtstreeks een koopbevorderende boodschap zitten. Er mag niet worden verward tussen sponsorvermeldingen en de gesponsorde programma's. In het gesponsord programma "In je geheugen gegrift" wordt niet aangespoord tot aankoop van een auto van het type Volkswagen Polo. Er is geen enkele verwijzing naar merk of product van de sponsor Volkswagen. De omstandigheid dat de sponsorvermelding die erna werd uitgezonden, enkele seconden lang beelden van een rijdende auto toont en melding maakt van de *baseline* van de campagne die in diverse media voor het betrokken nieuwe model werd gebruikt, kan op zich niet de conclusie motiveren dat het niet om sponsoring gaat, aangezien, gelet op de definitie en finaliteit van commerciële communicatie en die van sponsoring, het perfect toegelaten is om in de sponsorvermelding producten te tonen die een koopbevorderende finaliteit hebben.

Voorts herhaalt verzoekster dat bovendien het gebruik van het adjectief "nieuwe" (Polo) geen element is dat rechtstreeks aanzet tot kopen. Dat deze vermelding de kijker prikkelt en zijn interesse zal opwekken is mogelijk en is perfect toegelaten binnen de definitie van sponsoring en commerciële communicatie. De redenering van verwerende partij leidt ertoe dat een sponsorvermelding nooit een nieuw product mag tonen of ernaar verwijzen. Dit gaat in tegen de letter en de geest van de richtlijn audiovisuele mediadiensten en het mediadecreet die geen voorwaarden opleggen ten aanzien van de vorm van de sponsorvermeldingen.

15. In de laatste memorie blijft verzoekster erbij dat het debat over de vorm en inhoud als onderscheidend criterium tussen reclame en sponsorvermelding achterhaald is en dat het verschil zit in het oogmerk in hoofde van de uitzendende omroeporganisatie en de impact op de voor reclame toegelaten zendtijd. De vraag of er een verkoopsbevorderende boodschap is, is irrelevant. Elke commerciële communicatie heeft die, weze het rechtstreeks of onrechtstreeks. Het is juist dat de woordelijke definities van reclame en sponsorvermelding verschillen, maar ze bedoelen hetzelfde, namelijk het promoten van goederen en diensten met als finaal doel de verkoop ervan. Tot 2007, en erna tot aan het huidige mediadecreet, bestonden er gedetailleerde regels met betrekking tot de vorm van sponsorvermeldingen (niet in de vorm van mini-spots) omdat er ook een inhoudelijk verschil werd vooropgesteld. Dat inhoudelijk verschil is echter in het licht van de richtlijn audiovisuele mediadiensten irrelevant geworden zodat ook in het huidige mediadecreet de vormelijke beperkingen voor sponsorvermeldingen wegvielen. Wat bleef, zijn de beperkingen ten aanzien van het gesponsord programma.

Voorts meent verzoekster nog dat het werkelijke inhoudelijke verschil tussen reclame en sponsoring vandaag in de doelstelling ligt wat betreft de opbrengsten uit beide vormen van commerciële communicatie. Bij sponsoring dient die specifiek voor “de financiering van omroepdiensten of programma’s”. Tevens wordt er volgens haar nog een onderscheid gemaakt voor de toepassing van de opgelegde kwantitatieve beperking in uitzendtijd wat het aandeel van televisiereclame- en telewinkelspots betreft. Sponsorvermeldingen worden daarbij niet in rekening gebracht voor zover ze niet rechtstreeks aanzetten tot de aankoop van specifieke diensten of goederen. Het feit koopbevorderend te zijn is dus irrelevant, maar er moet worden bekeken of al dan niet rechtstreeks wordt aangezet tot de aankoop van producten en diensten.

Verzoekster verzoekt ten slotte de Raad van State nog, indien hij van mening zou zijn dat er onduidelijkheid is over de interpretatie van de definities in de richtlijn audiovisuele mediadiensten, die letterlijk werden omgezet in het mediadecreet, hierover aan het Hof van Justitie een prejudiciële vraag te stellen.

Beoordeling

16. In artikel 2, 35° en 41°, van het mediadecreet worden de begrippen “reclame” en “sponsoring” aldus gedefinieerd:

“35° reclame: de audiovisuele of auditieve boodschap van een publieke of particuliere onderneming of natuurlijke persoon - in welke vorm dan ook - over de uitoefening van een commerciële, industriële, ambachtelijke activiteit of van een beroep, ter bevordering van de levering tegen betaling van goederen of diensten, met inbegrip van onroerende goederen, rechten en verplichtingen, die tegen betaling of soortgelijke vergoeding dan wel voor zelfpromotie in een lineaire omroepdienst wordt uitgezonden;

[...]

41° sponsoring: elke bijdrage van een publieke of particuliere onderneming, een overheid of een natuurlijke persoon die zich niet bezighoudt met het aanbieden van omroepdiensten of met de vervaardiging van audiovisuele of auditieve producties, aan de financiering van omroepdiensten of programma's met het doel zijn of haar naam, handelsmerk, imago, activiteiten of producten meer bekendheid te geven.”

17. Artikel 91 van het mediadecreet luidt:

“Gesponsorde omroepdiensten en programma's moeten aan de volgende voorwaarden voldoen:

1° de inhoud en, in geval van lineaire uitzendingen, de programmering, worden nooit dusdanig beïnvloed door de sponsor dat daardoor de verantwoordelijkheid en de redactionele onafhankelijkheid van de omroeporganisatie worden aangetast;

2° ze sporen niet rechtstreeks aan tot aankoop of huur van goederen of diensten, in het bijzonder door die goederen of diensten specifiek aan te prijzen;

3° de kijkers en de luisteraars worden duidelijk gewezen op het bestaan van een sponsoringovereenkomst. Gesponsorde programma's of teletekstpagina's worden duidelijk als zodanig gekenmerkt door in het begin, tijdens, en/of op het einde van het programma of het programmaonderdeel of teletekstpagina's op passende wijze de naam en/of het logo en/of een ander symbool van de sponsor, zoals een verwijzing naar zijn product(en) of dienst(en) of een onderscheidingsteken daarvan, te vermelden.

Als in de aankondigingsspots de sponsors vermeld worden, zal dat gebeuren overeenkomstig de bepalingen van het eerste lid, 2° en 3°.”

In de memorie van toelichting wordt over dit artikel het volgende verduidelijkt (*Parl.St.* VI. Parl. 2008-2009, nr. 2014/1, 39):

“Artikel [91, eerste lid,], 1° tot 3°, is de omzetting van artikel 3^{septies}, 1. a) tot c), van de Richtlijn Audiovisuele Mediadiensten, gekoppeld aan de vroegere bepalingen van artikel 97, § 1, van de decreten betreffende de radio-omroep en de televisie, gecoördineerd op 4 maart 2005. De optie werd genomen om de bepalingen over sponsoring zoveel mogelijk ongewijzigd te laten ten opzichte van de vorige bepalingen van de decreten betreffende de radio-omroep en de televisie, gecoördineerd op 4 maart 2005.

In dit artikel worden de voorwaarden vermeld waaraan sponsoring moet voldoen ten gevolge van de nieuwe richtlijn.

De inhoud en, in het geval van lineaire uitzendingen, de programmering mogen nooit door de sponsor worden beïnvloed.

Sponsoring mag ook niet rechtstreeks tot het kopen of huren van goederen of diensten aanzetten. Het onderscheidend criterium is de boodschap, en niet de vorm van de sponsorvermelding. Zo kan een sponsorvermelding, in tegenstelling tot een reclameboodschap, geenszins aanzetten tot consumptie. Een louter imago-ondersteunende slogan of baseline van de sponsor of van zijn producten of diensten, is toegestaan in de sponsorvermelding, omdat deze niet aanzet tot consumptie.”

18. Verzoekster stelt dat “er in deze zaak geen betwisting over bestaat dat het betrokken programma geen enkele verwijzing naar de sponsor of diens producten bevat” en dat de onderzoekscel zelf vaststelt dat “de reportage meer dan anderhalve minuut enkel beelden toont van preselecties en winnaars van *Idool* om nadien, tijdens de laatste 10 seconden, een link te leggen met de nieuwe Polo van VW”.

De bestreden beslissing stelt enkel dat “de spot betreffende VW Golf als reclame meegeteld dient te worden” en doet bijgevolg geen uitspraak over het gesponsorde programma in zijn geheel, maar enkel over die beweerde sponsorvermelding. Verzoekster betwist voorts niet de feitelijke vaststelling door de regulator dat “het percentage reclame en telewinkelen voor het klokuur 17u00 en 18u00 reeds 19,9% bedraagt”. Indien met andere woorden de tien seconden sponsorvermelding, dit is meer dan 0,25% van het klokuur, mee aangekend moet worden als reclame dan is daarmee de bij artikel 81, § 2, van het mediadecreet opgelegde beperking tot 20% of twaalf-minutenlimiet overschreden.

19. Verzoekster maakt al te artificieel een scheiding tussen het gesponsorde programma en de sponsorvermelding: het eerste zou zich strikt aan de regels van sponsoring moeten houden, terwijl de sponsorvermelding op zich vormelijk en zelfs inhoudelijk mag neerkomen op een reclameboodschap zolang de intentie van de uitzendende omroeporganisatie er maar in bestaat om de opbrengsten ervan aan te wenden ter financiering van dat programma. Die stelling wordt niet bijgevalen.

Uit de aangehaalde bepalingen volgt dat de sponsorvermelding te begrijpen is als een verplicht onderdeel (“in het begin, tijdens, en/of op het einde”) van het gesponsorde programma en dat het bijgevolg ook moet voldoen aan de definitie van artikel 2, 41°, en de voorwaarden van artikel 91, eerste lid, 2°, van het mediadecreet. Dit is blijkens artikel 91, tweede lid, van het mediadecreet evenzeer het geval als de sponsors vermeld worden in de aankondigingsspots.

20. Refererend aan de ook hiervóór en in de bestreden beslissing aangehaalde passus uit de memorie van toelichting, onderstreept ook verzoekster terecht het belang van de “finaliteit” van de boodschap om te beoordelen of er sprake is van sponsoring. Zij vergist zich evenwel als zij aanneemt dat de regulator in de bestreden beslissing die doelstelling niet heeft onderzocht.

Zoals verzoekster in het inleidend verzoekschrift opmerkt, “ligten de nadruk op de inhoud van de boodschap, en niet langer op de vorm”.

Dat verzoekster verderop in haar verzoekschrift die inhoud dan weer “irrelevant” noemt voor het onderscheid tussen reclame en sponsoring “op het vlak van de definitie van ‘commerciële communicatie’”, is niet ter zake. Laatstgenoemd begrip is immers het koepelbegrip dat beide definities omvat. De inhoud van de boodschap is daarentegen bij uitstek een ijkpunt om er ook het oogmerk van te begrijpen en dus om de beide vormen van commerciële communicatie vanuit dit oogpunt van elkaar te onderscheiden.

Welnu, de regulator heeft zijn beoordeling of de spot in de zin van artikel 2, 41°, van het mediadecreet een bijdrage beoogt “met het doel zijn of haar naam, handelsmerk, imago, activiteiten of producten meer bekendheid te geven” aan de hand van de inhoud van de boodschap (het woordgebruik “nieuw” als “promotioneel element dat aanzet tot consumptie”) en niet van haar vorm of duur gedaan.

Door vast te stellen dat de spot in kwestie aanzet tot kopen -en dus de “levering tegen betaling van goederen” beoogt als bedoeld in artikel 2, 35°, van het mediadecreet- oordeelt de regulator immers dat ze méér doet dan louter merkbekendheid na te streven, wat blijkt uit de definitie ervan een wezenskenmerk is van sponsoring die deze laatste vorm van commerciële communicatie onderscheidt van reclame in de zin van het mediadecreet.

21. Uit het voorgaande volgt dat de verwerende partij de begrippen sponsoring en reclame op een correcte wijze heeft begrepen.

De Raad ziet ook geen reden om aan het Hof van Justitie een prejudiciële vraag te stellen.

22. Wat de concrete vraag betreft of de betrokken spot over de nieuwe volkswagen Polo al dan niet een rechtstreeks koopbevorderende boodschap bevat, dient herinnerd dat het niet aan de Raad van State toevalt om zich bij de beoordeling van dat feitelijk gegeven in de plaats te stellen van de overheid. In de uitoefening van zijn wettigheidstoezicht is de Raad enkel bevoegd na te gaan of deze overheid bij de beoordeling is uitgegaan van de juiste feitelijke gegevens, of zij die correct heeft beoordeeld en of zij op grond daarvan in redelijkheid tot haar besluit is kunnen komen.

Na de zeer uitvoerige argumentatie over de begrippen reclame en sponsoring, gaat verzoekster overigens slechts beknopt in op de daadwerkelijke motivering in de bestreden beslissing. Volgens verzoekster heeft de vermelding van het woord “nieuw” in de spot de legitieme bedoeling dat product meer bekendheid te geven en kan niet worden aangenomen dat het rechtstreeks aanzet tot het kopen ervan.

Zelfs als evenwel met verzoekster wordt aangenomen dat het woord “nieuw” meer naambekendheid geeft aan de realisaties van de sponsor in kwestie, dan nog toont zij niet aan, daarmee, dat de *in concreto* gemaakte beoordeling door de regulator van zijn beoordelingsvrijheid te buiten gaat. Het is niet omdat zij het met die beoordeling niet eens is, dat ze onwettig is. Dat gelijkaardige termen betreffende “rechtstreeks aanzetten” in een andere juridische context -verzoekster put uit regelingen inzake consumentenbescherming en rechtspraak inzake bestraffing van politieke partijen voor vijandigheid ten aanzien van fundamentele rechten- een welbepaalde en mogelijk verschillende betekenis krijgen, doet hieraan niet af.

23. Het middel wordt verworpen.

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 26 juni 2012, 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