

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

IXe KAMER

A R R E S T

**nr. 229.281 van 24 november 2014
in de zaak A. 207.344/IX-8090**

In zake : de NV SBS BELGIUM
 bijgestaan en vertegenwoordigd door
 advocaat Fabienne Brison
 kantoor houdend te 1040 Brussel
 Nerviërslaan 9 - 31
 bij wie woonplaats wordt gekozen
 en bijgestaan en vertegenwoordigd door
 advocaat Christiaan Lesaffer
 kantoor houdend te 2000 Antwerpen
 Huidevettersstraat 22-24

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 17 december 2012, strekt tot de nietigverklaring van het besluit van de Vlaamse Regulator voor de Media van 17 september 2012 waarbij aan de nv SBS Belgium een administratieve geldboete van 25.000 euro wordt opgelegd.

II. Verloop van de rechtspleging

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

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 3 november 2014.

Kamervoorzitter Geert Van Haegendoren heeft verslag uitgebracht.

Advocaten Fabienne Brison en Christiaan Lesaffer, die verschijnen voor de verzoekende partij en advocaat Jordi Serneels, die *loco* advocaat Cies Gysen 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 VIJFtv is een televisiezender uitgebaat door de verzoekende partij.

3.2. De onderzoekscel van de verwerende partij voert een monitoring uit van de uitzendingen van 30 april 2012 van 17.00 uur tot 23.00 uur door verschillende televisieomroepen, waaronder VIJFtv.

Naar aanleiding hiervan legt de onderzoekscel op 14 juni 2012 aan de algemene kamer van de Vlaamse Regulator voor de Media (VRM) een onderzoeksrapport voor waarin zij voorstelt om de verzoekende partij voor wat betreft de uitzendingen van 30 april 2012 via het omroepprogramma VIJFtv in een ambtshalve procedure te betrekken wegens inbreuk op artikel 79, § 1, van het decreet van 27 maart 2009 ‘betreffende radio-omroep en televisie’ (hierna: het mediadecreet). In het onderzoeksrapport wordt hieromtrent het volgende vermeld:

“De onderzoekscel stelt vast dat tijdens de onderzochte periode een individuele spot (21:09:25 – 21:09:56) wordt uitgezonden naar aanleiding van moederdag. Het betreft een spot die begint met een pancarte ‘VijfTVen Ici Paris XL presenteren: ...’ en waarbij de 4 dames van ‘Sex and the City’ een Ici Paris XL binnenstappen om verschillende geuren uit te testen. Nadien volgen de titels ‘Sex and the City’, ‘Astrid in Wonderland’, ‘Gossip Girl’, ‘Tour Deluxe’ en ‘Beautyschool’, telkens met korte shots van de betreffende programma’s. Aan het einde van de spot zegt een voice-over ‘VijfTVen Ici Paris XL wensen je een prettige moederdag’. Dit wordt ook visueel in beeld gebracht.

De spot wordt uitgezonden na een reclameblok en voor een programma-aankondiging voor ‘Tour Deluxe’.

Tijdens de spot wordt het logo van Ici Paris XL zeer duidelijk en regelmatig in beeld gebracht en ook auditief vermeld.

Door de voice-over boodschap en de zeer duidelijke vertoning van het logo van Ici Paris XL, is de onderzoekscel van oordeel dat de spot in kwestie het karakter krijgt van reclame zoals bedoeld in artikel 2, 15° [lees: artikel 2, 35°,] van het Mediadecreet.

Daardoor betreft het een alleenstaande reclameboodschap die bovendien niet als dusdanig duidelijk herkenbaar is als reclame en die niet duidelijk onderscheiden is van de programma’s door visuele en/of akoestische middelen, conform het voorschrift terzake (artikel 79, § 1 van het Mediadecreet).”

3.3. Op 25 juni 2012 beslist de algemene kamer van de verwerende partij om op basis van dat onderzoeksrapport tegen de verzoekende partij een procedure op tegenspraak op te starten.

Op 29 augustus 2012 maakt de verzoekende partij haar schriftelijke opmerkingen over.

Op de zitting van 17 september 2012 wordt de verzoekende partij gehoord.

3.4. Op 17 september 2012 beslist de algemene kamer van de VRM na beraadslaging om aan de verzoekende partij een administratieve geldboete van 25.000 euro op te leggen. Dit is de bestreden beslissing. Ze steunt onder meer op de volgende overwegingen:

“10.1. Tijdens de hoorzitting erkent SBS dat de montage van de spot geen toeval is. Die ligt volgens haar in de lijn van ‘het gaan winkelen en zich als moeder laten verwennen’.

10.2. Het verweer dat het niet om reclame maar om een gesponsorde zelfpromotie- of aankondigingsspot gaat, wordt niet aanvaard.

10.2.1. De spot begint immers met een beeld van de ingang van een parfumeriezaak waar bovenaan duidelijk zichtbaar vermeld staat ‘Ici Paris XL’. Daarna komt een pancarte ‘VIJFtv en Ici Paris XL presenteren...’ in beeld.

Onmiddellijk na die pancarte wordt opnieuw diezelfde ingang getoond, zij het ditmaal vanuit een andere hoek. Bovenaan die ingang is het logo ‘Ici Paris XL’ opnieuw duidelijk zichtbaar.

Vlak voor de pancarte aan het einde van de spot komen verschillende draagtasjes met de vermelding ‘Ici Paris XL’ in beeld.

Door de voice-over die deze pancarte ‘VIJFtv en Ici Paris XL wensen je een prettige moederdag’ voorleest, wordt ‘Ici Paris XL’ auditief vermeld. Tegelijk worden onderaan diezelfde pancarte vijf herkenbare producten in beeld gebracht, zoals flesjes nagellak en tubes crème.

Uit het bovenstaande blijkt dat het logo van ‘Ici Paris XL’ tijdens de spot duidelijk en regelmatig in beeld komt en auditief wordt vermeld en dat producten getoond worden. De vermelding van het logo is niet beperkt tot een pancarte aan het begin en het einde van de spot.

10.2.2. De spot toont het verhaal van enkele vrouwen die een parfumeriezaak binnenwandelen, met behulp van een verkoopster een parfum kiezen, een geschenkje kopen en buitenwandelen met hun aankoop in een draagtasje. Tussendoor worden vijf programmatitels met telkens een kort stukje uit elk van die programma’s getoond.

Op de achtergrond wordt tijdens de hele spot bijna voortdurend of minstens heel regelmatig het interieur van een parfumeriezaak getoond.

Doorheen de hele spot komt stelselmatig de roze-zwarte kleur eigen aan ‘Ici Paris XL’ terug, zoals de naam ‘Ici Paris XL’ boven de ingang van de winkel, de pancartes, het geschenkje, de draagtasjes. Zelfs de namen van de vermelde programma’s veranderen van lichtroze naar wit.

De spot wordt tijdens de hele duur begeleid door een zelfde melodie.

Door de montage lijkt het of wordt minstens de indruk gewekt dat de vier dames van ‘Sex and the City’ een winkel van ‘Ici Paris XL’ binnenstappen en het hele gebeuren zich afspeelt in deze winkel.

10.3. Uit het bovenstaande blijkt dat door de opbouw van de spot (scenario, kleuren, muziek, montage), de voice-over boodschap en de zeer duidelijke vertoning van het logo en producten van ‘Ici Paris XL’ de spot het karakter krijgt van een reclamespot voor ‘Ici Paris XL’.

De sponsorboodschap van 'Ici Paris XL' blijft niet beperkt tot een vermelding aan het begin en het einde van de spot maar wordt, overeenkomstig het standpunt van de VRM omtrent het onderscheid tussen reclame en sponsoring van 9 november 2007, een reclamespot zoals bedoeld in artikel 2, 35°, van het Mediadecreet.

10.4. Door deze reclamespot uit te zenden vlak na de afkondiging van een regulier aan- en afgekondigd reclameblok, is de betrokken spot niet als dusdanig duidelijk herkenbaar als reclame en niet duidelijk onderscheiden van de programma's door visuele en/of akoestische middelen, zoals vereist wordt door artikel 79, § 1, van het Mediadecreet en begaat SBS een inbreuk op deze bepaling.

Rekening houdend met de ernst van de inbreuk en het tijdstip van uitzending, is in dit geval een administratieve geldboete van 25000 euro een gepaste sanctie."

IV. Onderzoek van de middelen

A. Eerste middel

Uiteenzetting van het middel

4.1. De verzoekende partij voert de schending aan van de artikelen 2, 35°; 2, 41°; 2, 46°; 79, § 1, en 91, tweede lid, van het mediadecreet, alsook van het zorgvuldigheids- en het vertrouwensbeginsel, de materiële- en de formelemotiveringsplicht, doordat de verwerende partij de betrokken spot verkeerdelijk heeft gekwalificeerd als een reclamespot die aan artikel 79, § 1, van het mediadecreet moet voldoen, terwijl het om een vorm van gesponsorde zelfpromotie gaat die niet aan de bepalingen van artikel 79, § 1, maar aan die van artikel 91, tweede lid, van het mediadecreet moet voldoen.

De verzoekende partij argumenteert achtereenvolgens dat de spot een vorm van zelfpromotie is; dat Ici Paris XL louter een sponsor is van VIJFtv; dat de spot voldoet aan de vereisten voor gesponsorde aankondigingsspots zoals bepaald in artikel 91, tweede lid, van het mediadecreet; dat de spot niet als reclame kan worden gekwalificeerd en dat artikel 79, § 1, van het mediadecreet niet geldt voor (gesponsorde) zelfpromotie.

4.2. Zij stelt vooreerst dat de spot een aankondigingsspot is en dus een voorbeeld bij uitstek van zelfpromotie in de zin van artikel 2, 46°, van het mediadecreet aangezien deze geheel in de lijn ligt van het imago en de “look & feel” van VIJFtv en als doel heeft de voorjaarsprogrammatie te promoten die gewijd is aan beauty- en stylingprogramma’s. Daarnaast was het, zo stelt de verzoekende partij, enkel de bedoeling de kijkers aan Moederdag te herinneren en daarvoor werd aansluiting gezocht “bij diverse vormen van gebruikelijke verwennerijen voor moeders: het kiezen van een parfum, geschminkt worden, een schoonheidsbehandeling genieten, stylingtips krijgen van Jani, champagne drinken enz.” Volgens de verzoekende partij heeft de spot geen commerciële bedoeling.

4.3. Vervolgens stelt de verzoekende partij dat Ici Paris XL enkel als een sponsor van de verzoekende partij in de zin van artikel 2, 41°, van het mediadecreet moet worden beschouwd. Ici Paris XL heeft de spot niet aangeleverd en geen invloed op de inhoud ervan gehad, maar enkel bijgedragen tot de financiering ervan. De verzoekende partij verwijst in dat verband nog naar een sponsoringovereenkomst die zij met Ici Paris XL gesloten heeft en naar een door haar aan Ici Paris XL gerichte factuur.

4.4. Voorts betoogt de verzoekende partij dat de spot als gesponsorde aankondigingsspot moet voldoen aan artikel 91, tweede lid, van het mediadecreet – dat stelt dat sponsorvermeldingen in aankondigingsspots moeten gebeuren overeenkomstig de bepalingen van artikel 91, eerste lid, 2° en 3°, van het mediadecreet – en dat dit te dezen wel degelijk het geval is.

Artikel 91, eerste lid, 2°, van het mediadecreet, bepaalt dat sponsorvermeldingen niet rechtstreeks tot aankoop mogen aanzetten. De spot bevat, zo stelt de verzoekende partij, geen bijzonder promotioneel of consumptiebevorderend element waaruit kan worden afgeleid dat reclame voor Ici Paris XL wordt gemaakt. Er wordt geen reclame gemaakt voor producten van Ici Paris XL en de op het einde getoonde producten zijn gebruikelijke en generieke producten die in elke parfumerie of soortgelijke winkel gevonden kunnen worden.

Evenmin wordt reclame gemaakt voor de winkels van Ici Paris XL. De in de spot getoonde “Sex and the City”-dames bevinden zich evident niet in een Ici Paris XL-winkel.

Artikel 91, eerste lid, 3°, van het mediadecreet bepaalt dat kijkers duidelijk gewezen dienen te worden op het bestaan van de sponsoringovereenkomst doordat op passende wijze de naam van de sponsor wordt vermeld. De verzoekende partij betoogt in dat verband dat in de spot de gebruikelijke sponsorvermeldingen gebeurden: aan het begin ervan op visuele wijze, met een pancarte met het logo van Ici Paris XL en op het einde ervan op visuele en auditieve wijze, met een pancarte met het logo van Ici Paris XL en een voice-over die de tekst van de pancarte “VIJFtv en Ici Paris XL wensen je een prettige Moederdag” voorleest. Tijdens de spot komt er geen sponsorvermelding voor en de verwerende partij heeft dan ook ten onrechte geoordeeld dat “het logo tijdens de spot duidelijk en regelmatig in beeld komt”, aldus de verzoekende partij. Zij stelt dat hooguit in de transitiebeelden even wordt gezinspeeld op Ici Paris XL maar dat de spot voor het overige geen elementen bevat die aan Ici Paris XL zijn ontleend.

4.5. De verzoekende partij argumenteert vervolgens dat de verwerende partij de spot ten onrechte als reclame in de zin van artikel 2, 35°, van het mediadecreet heeft gekwalificeerd. Zij betoogt dat het verschil tussen reclame en sponsoring in het voorwerp, de inbreng en het doel ervan ligt. Reclame is een audiovisuele boodschap die de verkoop moet doen toenemen tegen een vergoeding voor de omroep, terwijl sponsoring een sponsorvermelding impliceert die de bekendheid van de sponsor moet doen toenemen tegen een financiële bijdrage aan de omroep of zijn audiovisuele programma's. Zij wijst erop dat volgens een openbaar gemaakt “Standpunt” van de VRM het onderscheid niet de ‘vorm’ van de vermelding is, maar de ‘boodschap’. Aangezien de eerste bepaling van artikel 91, tweede lid, van het mediadecreet werd nageleefd kan de spot niet als reclame worden bestempeld, aldus de verzoekende partij.

4.6. Ten slotte betoogt de verzoekende partij dat het door artikel 79, § 1, van het mediadecreet verplicht onderscheid tussen reclame en redactionele inhoud uitdrukkelijk niet geldt voor zelfpromotie en evenmin voor gesponsorde zelfpromotie zodat (gesponsorde) aankondigingsspots niet in de reclameblokken moeten worden uitgezonden en haar dan ook geen overtreding van artikel 79, § 1, van het mediadecreet kan worden verweten.

4.7. Zij besluit dat de verwerende partij de aangehaalde bepalingen van het mediadecreet heeft miskend, dat minstens moet worden vastgesteld dat de in de bestreden beslissing opgegeven motieven de bestreden beslissing niet in feite en naar recht kunnen staven en dat de bestreden beslissing, blijkens de opgegeven motieven, onvoldoende zorgvuldig werd voorbereid, dan wel niet steunt op een behoorlijke feitengaring.

5.1. De verzoekende partij repliceert in haar memorie van wederantwoord vooreerst op de opmerking van de verwerende partij dat de bevoegdheid van de Raad van State te dezen beperkt is tot een marginaal toetsingsrecht. Zij stelt dat dit niet te herleiden is tot een puur vormelijke controle maar dat wel degelijk moet worden nagegaan of de verwerende partij bij haar kwalificatie is uitgegaan van de juiste feitelijke gegevens, die gegevens correct heeft beoordeeld en op grond daarvan haar beslissing redelijk heeft verantwoord.

5.2. Vervolgens betwist de verzoekende partij de kwalificatie van de spot als reclame.

Achtereenvolgens argumenteert zij dat de verwerende partij ten onrechte aanneemt dat elke aanwezigheid van een commercieel aspect noopt tot een kwalificatie als reclame; dat de verwerende partij met de kwalificatie van de integrale spot – dit wil zeggen zowel de sponsorvermeldingen van Ici Paris XL als de zelfpromotie voor VIJFtv – als reclame omwille van het verkoopbevorderend karakter ervan, een verkeerde toepassing maakt van de definities van reclame en sponsoring; dat de verwerende partij ten onrechte aanneemt dat sponsor-

vermeldingen tijdens de zelfpromotiespot voor VIJFtv niet passend zijn en op grond daarvan de spot als reclame beschouwt en dat de verwerende partij niet louter acht moet slaan op de beelden van de spot maar ook rekening moet houden met de kwalificatie die de partijen zelf aan de spot geven en die blijkt uit de sponsoringovereenkomst met en sponsoringfactuur aan Ici Paris XL.

5.3. Zij betwist vooreerst de stelling van de verwerende partij dat de aanwezigheid van een commercieel aspect automatisch betekent dat het om reclame gaat. Onder verwijzing naar de definitie van commerciële communicatie van artikel 2, 5°, van het mediadecreet, stelt zij dat zowel zelfpromotie, sponsoring als reclame vormen van commerciële communicatie zijn en dat elke vorm van commerciële communicatie tot doel heeft rechtstreeks of onrechtstreeks goederen en diensten te promoten. Dit maakt, aldus de verzoekende partij, de vraag naar de aanwezigheid van een commerciële boodschap irrelevant om uit te maken wat reclame is en wat niet, vermits elke commerciële communicatie een verkoopbevorderende boodschap heeft. De verzoekende partij concludeert dat de omstandigheid dat zowel de aankondigingsspot voor VIJFtv als de sponsorvermeldingen van Ici Paris XL een commercieel oogmerk hebben, niet relevant is.

5.4.1. Vervolgens bekritiseert de verzoekende partij de stelling van de verwerende partij dat de spot reclame is omdat deze rechtstreeks aanzet tot consumptie.

5.4.2. Zij verwijst vooreerst naar overweging 10.3 van de bestreden beslissing waarin de verwerende partij aanneemt dat door de opbouw ervan (scenario, kleuren, muziek, montage) de spot het karakter krijgt van een reclamespot voor Ici Paris XL. In de mate dat de verwerende partij in de memorie van antwoord de kwalificatie steunt op het rechtstreeks verkoopbevorderend karakter van de spot, merkt de verzoekende partij op dat dit nergens in de bestreden beslissing zelf te lezen valt en dat dit op zich reeds aantoonde dat de bestreden beslissing niet afdoende gemotiveerd is aangezien erin niet of minstens niet

afdoende wordt gemotiveerd waarom er in de zelfpromotiespot voor VIJFtv of in de sponsorvermeldingen van Ici Paris XL rechtstreeks wordt aangezet tot aankoop van goederen van Ici Paris XL.

5.4.3. Vervolgens bekritiseert zij de in de bestreden beslissing gebruikte term ‘reclamespot’. Zij merkt op dat het begrip ‘reclamespot’ noch in het mediadecreet, noch in richtlijn 2010/13/EU van het Europees Parlement en de Raad van 10 maart 2010 ‘betreffende de coördinatie van bepaalde wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen in de lidstaten inzake het aanbieden van audiovisuele mediadiensten’ (hierna: richtlijn audiovisuele mediadiensten), wordt gedefinieerd. Wel heeft het Hof van Justitie het begrip reclamespots in een arrest van 24 november 2011 omschreven als “zeer korte, uiterst suggestieve reclamevormen [...], die meestal groepsgewijs met wisselende tussenpozen gedurende of tussen de programma’s worden uitgezonden en die door de leveranciers van de producten of de diensten dan wel door hun agenten, en niet door de omroeporganisaties zelf zijn vervaardigd” en dit maakt, zo stelt de verzoekende partij, dat te dezen de kwalificatie als reclamespot onterecht is aangezien de spot door de verzoekende partij zelf werd gemaakt en dus niet door Ici Paris XL.

5.4.4. Voorts betoogt de verzoekende partij dat de verwerende partij ten onrechte het geheel van de beelden als reclame kwalificeert omdat zij rechtstreeks zouden aanzetten tot aankoop. In haar argumentatie daaromtrent maakt zij een uitdrukkelijk onderscheid tussen, eensdeels, de sponsorvermeldingen van Ici Paris XL en, anderdeels, de zelfpromotiespot van VIJFtv.

Wat de sponsorvermeldingen betreft, stelt zij dat hoewel tot aan het huidige mediadecreet het bevorderen van verkoop in sponsorvermeldingen niet toegelaten was – en op grond van dit criterium een onderscheid met reclame werd gemaakt – dit thans ten gevolge van het afstemmen van de Vlaamse wetgeving op de Europese wetgeving niet langer het geval is. Het al dan niet hebben van een verkoopbevorderend karakter is bijgevolg niet langer relevant om reclame en

sponsoring van elkaar te onderscheiden, zo stelt de verzoekende partij. Volgens haar moet het onderscheid thans gemaakt worden op basis van het doel van sponsoring – een bijdrage aan de financiering van audiovisuele mediadiensten of programma's met het doel naam, handelsmerk, imago, activiteiten of producten van de sponsor meer bekendheid te geven – dat niet bij reclame aanwezig is. De verzoekende partij stelt dat er thans geen enkele regel meer bestaat waaruit blijkt dat een sponsorvermelding geen producten van een sponsor zou mogen bevatten of niet tot aankoop zou mogen aansporen, er zijn enkel nog beperkingen ten aanzien van gesponsorde programma's. Ter staving van deze stelling verwijst de verzoekende partij naar de Interpretatieve mededeling van de Commissie 'over bepaalde aspecten van de bepalingen van de richtlijn 'Televisie zonder grenzen' betreffende televisiereclame' – waaruit moet blijken dat er enkel beperkingen gelden ten aanzien van de gesponsorde programma's – en naar de definitie van het begrip commerciële communicatie van artikel 2, 5°, van het mediadecreet. Weliswaar heeft de Vlaamse decreetgever in de voorbereidende werken van het mediadecreet gesteld dat een sponsorvermelding geenszins tot consumptie mag aanzetten maar dat is, zo stelt de verzoekende partij, een "achterhaalde redenering" en de verwerende partij kan zich bijgevolg niet op deze vergissing baseren. De verzoekende partij meent dan ook dat in de mate dat aangenomen moet worden dat de verwerende partij terecht kon oordelen dat de sponsorvermeldingen in de spot rechtstreeks aansporen tot aankoop, de verzoekende partij hiermee geen enkele regel overtreden heeft.

Wat de zelfpromotiespot voor VIJFtv zelf betreft, erkent de verzoekende partij, onder verwijzing naar artikel 91, 2°, van het mediadecreet, dat een gesponsord programma niet rechtstreeks mag aanzetten tot de aankoop van producten of diensten. Deze regel is, aldus de verzoekende partij, een bijna letterlijke omzetting van artikel 10.1, b), van de richtlijn audiovisuele mediadiensten dat ertoe strekt te vermijden dat een sponsor de redactionele autonomie van de omroeporganisatie volledig ondermijnt. De verzoekende partij voegt hieraan toe dat dit evenwel niet betekent dat er een principieel verbod bestaat op verwijzingen naar producten of diensten van de sponsor in het programma, dat

de decreetgever dit ook in de parlementaire voorbereiding van het mediadecreet heeft erkend en dat dit ook volgt uit een arrest van het Hof van Justitie van 12 december 1996.

Uit het voorgaande volgt, zo stelt de verzoekende partij, dat de inhoud van een sponsorvermelding niet relevant is om het onderscheid tussen reclame en sponsoring te maken aangezien er enkel nog voorwaarden gelden ten aanzien van gesponsorde programma's. De verzoekende partij merkt op dat de Raad van State in arrest nr. 219.953 van 26 juni 2012 evenwel anders heeft geoordeeld, namelijk dat ook sponsorvermeldingen niet rechtstreeks tot aankoop mogen aanzetten. Volgens de verzoekende partij kan evenwel uit de tekst van artikel 91, 2°, van het mediadecreet, niet worden afgeleid dat sponsorvermeldingen aan dezelfde voorwaarden als gesponsorde programma's moeten voldoen en zij dringt erop aan om de volgende prejudiciële vraag aan het Hof van Justitie voor te leggen:

“Dient artikel 10, b), van richtlijn 2010/13/EU van 10 maart 2010 betreffende de coördinatie van bepaalde wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen in de lidstaten inzake het aanbieden van audiovisuele mediadiensten (richtlijn audiovisuele mediadiensten) zo uitgelegd te worden dat dit niet alleen van toepassing is op de gesponsorde programma's, maar ook op de sponsorvermeldingen zelf?”

De verzoekende partij stelt vervolgens dat de omstandigheid dat er onder de koepel van het begrip commerciële communicatie toch nog een onderscheid gemaakt wordt tussen reclame en sponsoring in essentie verband houdt met de door de Europese regelgever gewilde kwantitatieve beperking in tijd van bepaalde vormen van commerciële communicatie binnen een gegeven klokuur, wat te dezen niet aan de orde is. Het onderscheid is meer bepaald van belang voor de toepassing van de regel dat het aandeel van televisiereclame en telewinkelspots per klokuur niet meer dan 20 procent mag bedragen. Sponsorvermeldingen vóór en ná programma's worden daarbij niet in rekening gebracht. Met het oog op de berekening van de 20%-limiet wordt voor het onderscheid tussen reclame en sponsoring verwezen naar het rechtstreeks of

onrechtstreeks verkoopbevorderend effect van de commerciële communicatie. In dat verband heeft het Hof van Justitie in de zaak C-281/09 – die werd beoordeeld op basis van de richtlijn ‘Televisie zonder grenzen’ – reeds een arrest gevelde waarbij eigenlijk geen uitspraak werd gedaan over het criterium van het rechtstreeks aansporen tot aankoop. De verzoekende partij vraagt zich af of het Hof van Justitie thans bij de interpretatie van het begrip sponsoring het criterium van rechtstreeks aansporen tot aankoop zou betrekken. Zij vraagt dat het Hof van Justitie de volgende prejudiciële vraag zou worden voorgelegd om uit te maken of een sponsorvermelding een rechtstreeks verkoopbevorderende boodschap mag bevatten:

“Dient artikel 1, k), van richtlijn 2010/13/EU van 10 maart 2010 betreffende de coördinatie van bepaalde wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen in de lidstaten inzake het aanbieden van audiovisuele mediadiensten (richtlijn audiovisuele mediadiensten) in samenhang met de artikelen 1, h), en 10 van voornoemde richtlijn, zo gelezen te worden dat er geen inhoudelijke en vormelijke beperkingen worden opgelegd aan sponsorvermeldingen voor, na en tijdens een gesponsord programma (en ze bijvoorbeeld bewegende beelden en geluid mogen bevatten), maar sponsorvermeldingen voor en na een gesponsord programma niet rechtstreeks mogen aanzetten tot de aankoop van goederen en diensten van de sponsor en indien dat wel het geval is, ze als reclame moeten gekwalificeerd worden?”

De verzoekende partij besluit dat de verwerende partij ten onrechte het geheel van de beelden heeft beoordeeld en als reclame bestempeld omdat ze rechtstreeks tot aankoop zouden aansporen, aangezien het verbod om rechtstreeks tot aankoop aan te sporen enkel geldt voor het gesponsorde programma en niet voor sponsorvermeldingen zelf. Wat te dezen de zelfpromotiespot voor VIJFtv betreft, merkt de verzoekende partij op dat in de aankondigingen van de programma's van VIJFtv geen enkele, laat staan een directe, verwijzing naar Ici Paris XL voorkomt. Dit gebeurt enkel in de sponsorvermeldingen vóór, ná en tussen de programma-aankondigingen, maar niet in de aankondigingen als zodanig, zo stelt de verzoekende partij. De omstandigheid dat de sponsorvermeldingen beelden bevatten van een parfumerie en gebruikelijk in een parfumerie verkochte producten kan gelet op het voorgaande niet tot de conclusie leiden dat de spot reclame zou zijn.

5.5. Vervolgens betwist de verzoekende partij de stelling van de verwerende partij dat de omstandigheid dat er niet alleen aan het begin en het einde van de spot een verwijzing is naar de sponsor, maar ook tussen de aankondigingen van de VIJFtv-programma's, noopt tot het besluit dat er geen sprake is van een passende aankondiging van de sponsor en dat de spot bijgevolg reclame is. Zij stelt dat zij in haar argumentatie reeds heeft aangetoond dat dergelijke interpretatie in strijd is met de geest van de thans geldende regels die toelaten dat ook tijdens of tussen de gesponsorde programma's naar de sponsor verwezen wordt, ook middels bewegende beelden en met weergave van concrete producten.

5.6. Ten slotte bekritiseert de verzoekende partij dat de spot louter op basis van de beelden als reclame werd bestempeld en dat geen rekening gehouden werd met de kwalificatie die de partijen er zelf aan gaven. Zij stelt dat de verwerende partij in haar memorie van antwoord ten onrechte van oordeel is dat de Raad van State geen acht mag slaan op de door haar bijgebrachte sponsoringovereenkomst en -factuur aan Ici Paris XL omdat deze documenten geen deel uitmaakten van het administratief dossier voor de VRM. Zij voert aan dat zij van in het begin het bestaan van de sponsoring(-overeenkomst) met Ici Paris XL heeft aangevoerd als onderdeel van haar verweer in de administratieve fase en dat de kwalificatie die de verzoekende partij en Ici Paris XL aan de spot gaven aldus een gegeven was dat aan de verwerende partij bekend was en het overleggen van de overeenkomst louter bevestigt wat de verwerende partij reeds eerder werd gemeld.

6.1. In haar laatste memorie dringt de verzoekende partij vooreerst aan op het stellen van de prejudiciële vraag om te vernemen of het Hof van Justitie het criterium van het rechtstreeks mogen aansporen tot aankoop zou hanteren om een onderscheid te maken tussen reclame en sponsoring. Zij wijst erop dat het Hof van Justitie dit criterium tot dusver enkel heeft gehanteerd om reclame van sponsoring te onderscheiden voor wat betreft de toepassing van de regel dat het aandeel van televisiereclame en telewinkelspots per klokuur niet meer dan twintig procent mag bedragen en nog niet voor wat betreft de toepassing van de regel dat

reclame duidelijk gescheiden moet zijn van programma's zoals bepaald in artikel 79, § 1, van het mediadecreet. Volgens de verzoekende partij zijn er redenen om te betwijfelen of het Hof van Justitie dit criterium bij het onderscheid tussen reclame en sponsoring zal betrekken omdat de richtlijn audiovisuele mediadiensten ervan uitgaat dat elke commerciële communicatie een koopbevorderend aspect heeft. Zij stelt dat het hanteren van het criterium logisch is voor de toepassing van de 20%-regel om te vermijden dat deze via sponsorvermeldingen zou worden omzeild, maar dat eenmaal aan deze norm voldaan is het aspect rechtstreeks aansporen tot aankoop irrelevant wordt in de eigenlijke commerciële communicatie. De verzoekende partij betwist ook de stelling van de auditeur-verslaggever dat de vraag niet aan het Hof van Justitie moet worden voorgelegd omdat de Vlaamse decreetgever bij het omzetten van de richtlijn geopteerd heeft voor een strengere regelgeving inzake sponsoring en het Hof niet bevoegd is om verschillen in opvatting over de uitlegging of toepassing van nationale rechtsregels te beslechten. Zij stelt dat de decreetgever zich integendeel heeft willen beperken tot de minimumregeling uit de richtlijn en dat de voorbereidende werken van het mediadecreet wat dat betreft misleidend zijn. Ten bewijze hiervan verwijst zij naar de memorie van toelichting bij het ontwerp van decreet van 2 februari 2007 'houdende wijziging van sommige bepalingen van titel III en IV van de decreten betreffende de radio-omroep en de televisie, gecoördineerd op 4 maart 2005' waarin staat dat het regime voor sponsoring wordt teruggebracht tot de bepaling van artikel 17.1, b), van de richtlijn. Zij stelt dat de decreetgever bij de behandeling van het huidige mediadecreet niet op dit principe is teruggekomen. In de mate dat geoordeeld zou worden dat de decreetgever toch een strengere regeling inzake sponsoring zou hebben uitgewerkt dan die welke in de richtlijn voorzien is, meent de verzoekende partij dat een antwoord op de prejudiciële vraag nog steeds relevant is om te vernemen of die strengere regeling wel richtlijnconform is. Zij wenst dat de prejudiciële vraag als volgt wordt gesteld:

“Dient artikel 1, k), van richtlijn 2010/13/EU van 10 maart 2010 betreffende de coördinatie van bepaalde wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen in de lidstaten inzake het aanbieden van audiovisuele mediadiensten (richtlijn audiovisuele mediadiensten) in samenhang met de artikelen 1, h), en 10 van voornoemde richtlijn, zo gelezen te worden dat er geen inhoudelijke en

vormelijke beperkingen worden opgelegd aan sponsorvermeldingen voor, na en tijdens een gesponsord programma (en ze bijvoorbeeld bewegende beelden en geluid mogen bevatten).

Dient voornoemd artikel 1, k), zo gelezen te worden dat sponsorvermeldingen voor en na een gesponsord programma niet rechtstreeks mogen aanzetten tot de aankoop van goederen en diensten van de sponsor (en indien dat wel het geval is, ze als reclame moeten gekwalificeerd worden)?

Indien het antwoord op de voorgaande vraag bevestigend is, op basis van welke criteria dient bepaald te worden of een sponsorvermelding rechtstreeks aanzet tot aankoop van goederen en diensten?”

6.2. Voorts handhaaft de verzoekende partij haar verzoek om het Hof van Justitie de prejudiciële vraag voor te leggen of artikel 10, b), van de richtlijn audiovisuele mediadiensten ook op sponsorvermeldingen van toepassing is. Zij wijst erop dat zij in het middel aan de kaak heeft gesteld dat de verwerende partij de sponsorvermeldingen en de zelfpromotiespot als één geheel heeft behandeld en wegens het verkoopbevorderend karakter ervan als reclame heeft bestempeld. Volgens de verzoekende partij moeten beide delen van elkaar onderscheiden worden en is artikel 10, b), van de richtlijn audiovisuele mediadiensten op sponsorvermeldingen niet van toepassing. Sponsorvermeldingen mogen volgens haar dus wel degelijk rechtstreeks koopbevorderende boodschappen bevatten en zij wijst er nogmaals op dat in de spot enkel in de sponsorvermeldingen (vóór, ná en tijdens de programma-aankondigingen) een verwijzing naar Ici Paris XL voorkomt, maar niet in de aankondigingsspots zelf.

6.3. Wat betreft de uitoefening van het wettigheidstoezicht door de Raad van State op beslissingen van de verwerende partij, stelt de verzoekende partij dat dit geenszins beperkend moet worden opgevat. Zij verwijst naar overweging B.5.3 van arrest nr. 14/2007 van het Grondwettelijk Hof waarin staat dat de Raad van State dient na te gaan of de aan zijn toezicht voorgelegde overheidsbeslissing de vereiste feitelijke grondslag heeft, of die beslissing uitgaat van de correcte juridische kwalificaties en of de maatregel niet kennelijk onevenredig is. Enkel dergelijke ruime toetsing is verzoenbaar met artikel 6 van het Europees Verdrag over de rechten van de mens (EVRM). Deze toetsing moet, aldus de verzoekende partij, de Raad van State tot het oordeel brengen dat de verwerende partij de feiten verkeerd heeft beoordeeld en mede hierdoor tot een

juridisch foutief oordeel kwam. Zij benadrukt nogmaals dat de verwerende partij niet afdoende motiveert waarom de geviseerde beelden aansporen tot aankoop van producten of diensten van Ici Paris XL.

Beoordeling

7. Bij de beoordeling van het middel dient het volgende reglementair kader betrokken te worden.

De term ‘commerciële communicatie’ werd ingevoerd met het mediadecreet van 27 maart 2009. Artikel 2, 5°, van het mediadecreet definieert commerciële communicatie als een overkoepelend begrip, overeenkomstig de richtlijn audiovisuele mediadiensten:

“beelden of geluiden die dienen om rechtstreeks of onrechtstreeks de goederen, de diensten of het imago van een natuurlijke persoon of rechtspersoon die een economische activiteit verricht, te promoten. Dergelijke beelden of geluiden vergezellen of maken deel uit van een programma, tegen betaling of een soortgelijke vergoeding of voor zelfpromotie. Vormen van commerciële communicatie zijn onder meer reclame, sponsoring, telewinkelen en productplaatsing.”

Uit de opbouw van het mediadecreet blijkt dat er eerst regels worden vastgelegd die op alle vormen van commerciële communicatie betrekking hebben (de artikelen 47 tot 77). Vervolgens worden voor specifieke vormen van commerciële communicatie eigen bepalingen vastgelegd. Voor televisiereclame en telewinkelen zijn dit de artikelen 78 tot 84, voor sponsoring zijn dat de artikelen 90 tot 97.

In artikel 2, 35°, 41° en 46°, van het mediadecreet worden de begrippen ‘reclame’, ‘sponsoring’ en ‘zelfpromotie’ 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;

[...]

46° zelfpromotie: de aanprijzing door een omroepdienst van eigen producten, diensten, programma's of netten."

Artikel 79, § 1, eerste lid, van het mediadecreet luidt:

"Televisiereclame, zelfpromotie uitgezonderd, en telewinkelen moeten duidelijk herkenbaar zijn en moeten kunnen worden onderscheiden van redactionele inhoud. Zonder afbreuk te doen aan het gebruik van nieuwe reclametechnieken, moeten reclame en telewinkelen met visuele en/of akoestische en/of ruimtelijke middelen van andere onderdelen van het programma worden gescheiden.

[...]"

Artikel 91 van het mediadecreet, dat van toepassing is op sponsoring, bepaalt:

"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 3septies, 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.”

8. De spot die de aanleiding vormt voor de bestreden beslissing omvat de aankondiging voor vijf televisieseries op VIJFtv en is aldus een vorm van zelfpromotie. De aankondigingsspot is, zo stelt de verzoekende partij, gesponsord door Ici Paris XL zodat het gaat om een gesponsorde zelfpromotiespot. In de bestreden beslissing heeft de VRM de spot evenwel gekwalificeerd als reclame en geoordeeld dat artikel 79, § 1, van het mediadecreet – dat bepaalt dat reclame met visuele of akoestische of ruimtelijke middelen van andere onderdelen van het programma moet worden gescheiden – geschonden is.

De verzoekende partij betwist niet dat indien de spot terecht als reclame werd gekwalificeerd, artikel 79, § 1, van het mediadecreet van toepassing is. Evenmin wordt betwist dat de betrokken spot niet tijdens een regulier reclameblok werd uitgezonden en als dusdanig niet duidelijk als reclame herkenbaar en duidelijk van de programma's onderscheiden was.

De verzoekende partij betwist daarentegen wel de kwalificatie van de spot als reclame en stelt dat de verwerende partij bij het nemen van de

bestreden beslissing de begrippen reclame en sponsoring verkeerd heeft geïnterpreteerd.

9. Overeenkomstig de geciteerde definities van artikel 2 van het mediadecreet wordt bij sponsoring een bijdrage geleverd aan de financiering van welbepaalde omroepdiensten of programma's met als doel de associatie van (het product van) de sponsor met deze omroepdiensten of programma's. Sponsoring draait dus in wezen om het nastreven van merkbekendheid.

Bij reclame wordt tegen betaling of een soortgelijke vergoeding een reclameboodschap uitgezonden ter bevordering van de levering tegen betaling van goederen of diensten. Indien de uitgezonden boodschap strekt tot de bevordering van de verkoop is er bijgevolg sprake van reclame.

Uit de aangehaalde parlementaire voorbereiding blijkt dat niet langer wordt aangenomen dat er een vormelijk verschil bestaat tussen reclame en sponsoring. Het verschil tussen de beide vormen van commerciële communicatie is inhoudelijk. De inhoud van de boodschap is 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.

10. De verzoekende partij is van oordeel dat de verwerende partij ten onrechte geen onderscheid heeft gemaakt tussen, eensdeels, de sponsorvermeldingen van Ici Paris XL en, anderdeels, de aankondigingsspot voor de programma's van VIJFtv. Voor laatstgenoemde zelfpromotie zouden de beperkingen zoals omschreven in artikel 91 van het mediadecreet gelden, terwijl de sponsorvermeldingen vormelijk en zelfs inhoudelijk mogen neerkomen op reclameboodschappen zolang de intentie van de uitzendende omroeporganisatie er maar in bestaat om de opbrengsten ervan aan te wenden ter financiering van omroepdiensten of programma's.

Deze stelling kan niet worden 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 een gesponsord 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, zoals hier, de sponsors vermeld worden in aankondigingsspots.

11. De verzoekende partij vraagt om het Hof van Justitie een prejudiciële vraag te stellen om te vernemen of de verplichtingen die voortvloeien uit artikel 10, b), van de richtlijn audiovisuele mediadiensten – dat bepaalt dat gesponsorde programma’s niet rechtstreeks mogen aansporen tot aankoop of huur van goederen of diensten – niet alleen van toepassing zijn op gesponsorde programma’s, maar ook op sponsorvermeldingen zelf.

De verwerende partij stelt in de bestreden beslissing dat de “sponsorboodschap van ‘Ici Paris XL’ [...] niet beperkt [blijft] tot een vermelding aan het begin en het einde van de spot maar [...] een reclamespot [wordt] zoals bedoeld in artikel 2, 35°, van het Mediadecreet”. De VRM is aldus van oordeel dat aangezien de spot meer doet dan louter merkbekendheid nastreven en gericht is op het bevorderen van verkoop, er sprake is van reclame.

In de bestreden beslissing heeft de algemene kamer van de VRM aldus geoordeeld dat de gehele spot het karakter krijgt van een reclamespot en zij heeft geen onderscheid gemaakt tussen de sponsorvermeldingen en de rest van de zelfpromotiespot. Het antwoord op de vraag of het verbod tot het rechtstreeks aansporen tot aankoop ook geldt voor de sponsorvermeldingen zelf kan bijgevolg geen invloed hebben op de beoordeling van de wettigheid van de bestreden beslissing, die immers een andere kwalificatie aanneemt. In die omstandigheden dient de voorgestelde prejudiciële vraag niet te worden gesteld.

12. Met een tweede voorgestelde prejudiciële vraag wenst de verzoekende partij verduidelijking over het in de richtlijn audiovisuele mediadiensten gemaakte onderscheid tussen reclame en sponsoring. Meer bepaald wenst zij een antwoord op de vraag of sponsorvermeldingen die rechtstreeks aanzetten tot aankoop van goederen en diensten als reclame gekwalificeerd moeten worden.

Uit de definities zoals omschreven in de richtlijn audiovisuele mediadiensten blijkt dat er bij televisiereclame sprake is van een uitgezonden boodschap “ter bevordering van de levering tegen betaling van goederen of diensten, met inbegrip van onroerende goederen, rechten en verplichtingen”, terwijl sponsoring gaat over een bijdrage aan de financiering van audiovisuele mediadiensten of programma’s “met het doel hun naam, handelsmerk, imago, activiteiten of producten meer bekendheid te geven”. Er kan dan ook redelijkerwijze geen twijfel bestaan omtrent de oplossing van de vraag.

De Raad van State is er bijgevolg niet toe gehouden de voorgestelde prejudiciële vraag te stellen.

13. Het voorgaande noopt tot het besluit dat de verwerende partij de begrippen sponsoring en reclame op een correcte wijze heeft begrepen.

14. De verzoekende partij neemt voorts aanstoot aan het gebruik van de term ‘reclamespot’ in de bestreden beslissing.

Het gebruik van deze term maakt de bestreden beslissing evenwel niet onwettig. De verwerende partij geeft hiermee louter aan dat de zelfpromotiespot als reclame in de zin van artikel 2, 35°, van het mediadecreet dient te worden aangemerkt. Uit de definitie van voornoemde bepaling blijkt niet dat de spot niet door de omroeporganisaties zelf mag zijn vervaardigd.

Artikel 79, § 1, van het mediadecreet, dat volgens de bestreden beslissing werd geschonden, heeft het over televisiereclame en niet over reclame- en telewinkelspots, wat wel het geval is in artikel 79, § 2 (‘Afzonderlijke reclame- en telewinkelspots’). De argumentatie van de verzoekende partij omtrent het begrip reclamespot is dan ook niet ter zake.

15. Wat de concrete vraag betreft of de betrokken spot al dan niet als een reclamespot moet worden bestempeld, moet worden opgemerkt dat het niet aan de Raad van State toevalt om zich bij de beoordeling van dit feitelijk gegeven in de plaats te stellen van de bevoegde overheid. In de uitoefening van zijn wettigheidscontrole is de Raad van State enkel bevoegd om na te gaan of de verwerende partij – die overeenkomstig artikel 218, § 1, van het mediadecreet als missie heeft om te zorgen voor de handhaving van de mediaregelgeving binnen de Vlaamse Gemeenschap – 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.

Op grond van de haar voorliggende gegevens, zoals die aangehaald worden in de bestreden beslissing, mocht de verwerende partij ervan uitgaan dat de betrokken aankondigingsspot als een reclamespot kon worden aangemerkt. In de bestreden beslissing wordt er gewezen op de opbouw van de spot, het scenario, de kleuren, de muziek, de montage, de voice-over boodschap, de vertoning van het logo en de producten van Ici Paris XL. Op grond hiervan mocht de verwerende partij wettig oordelen dat er van een reclamespot sprake is. Dat de verzoekende partij in het verzoekschrift zelf aangeeft dat de spot, gelet op de timing ervan, een prettige Moederdag wil toewensen en er daarbij aansluiting werd gezocht “bij diverse vormen van gebruikelijke verwennerijen voor moeders: het kiezen van een parfum, geschminkt worden, een schoonheidsbehandeling genieten, stylingtips krijgen van Jani, champagne drinken enz.” spreekt in het geheel niet tegen dat de verwerende partij de betrokken spot als een reclamespot en niet als een aankondigingsspot waarop artikel 91, tweede lid, van het mediadecreet van toepassing is, vermocht te kwalificeren. De verwerende partij kon aannemen

dat de zogenaamde sponsorvermelding niet louter imago-ondersteunend, maar wel verkoopbevorderend is.

16. De verzoekende partij bekritiseert nog dat bij de kwalificatie van de spot geen rekening werd gehouden met een sponsorovereenkomst die zij heeft met Ici Paris XL en met een aan Ici Paris XL gerichte factuur.

Zoals zo-even uiteengezet valt het aan de VRM toe om te zorgen voor de handhaving van de mediaregelgeving binnen de Vlaamse Gemeenschap. Dat de VRM de zelfpromotiespot heeft gekwalificeerd als reclame kan dan ook geenszins worden ontkracht door de omstandigheid dat de verzoekende partij en Ici Paris XL in hun onderlinge overeenkomst aan de spot een andere kwalificatie geven.

17. Ten slotte moet worden vastgesteld dat de verzoekende partij in haar uiteenzetting van het middel niet aantoont dat de opgegeven motieven niet van aard zijn om de bestreden beslissing in feite en naar recht te staven en al evenmin dat de bestreden beslissing onvoldoende zorgvuldig werd voorbereid.

18. Het middel is niet gegrond.

B. Tweede middel

Uiteenzetting van het middel

19.1. De verzoekende partij voert in een tweede middel de schending aan van het beginsel *patere legem quam ipse fecisti*, de formelemotiveringsplicht, het redelijkheids- en het evenredigheidsbeginsel.

19.2. Zij stelt vooreerst dat de door de verwerende partij in aanmerking genomen inbreuk op het mediadecreet niet voldoende voorzienbaar was. Zij betoogt in dit verband dat de verwerende partij gebonden is aan de strikte

omschrijving van de bepalingen in het mediadecreet en geen al te grote beoordelingsvrijheid heeft bij het beoordelen of er al dan niet sprake is van een inbreuk op het mediadecreet en dat zij de bepalingen van het mediadecreet moet interpreteren aan de hand van hun bewoordingen en in het bijzonder van hun parlementaire voorbereiding, alsook in overeenstemming met de richtlijn audiovisuele mediadiensten.

19.3. Voorts klaagt de verzoekende partij aan dat de verwerende partij meteen een administratieve geldboete – de meest ingrijpende van de in artikel 228 van het mediadecreet opgenomen sancties – heeft opgelegd. Zij meent dat de geldboete niet evenredig is met de bewezen feiten.

19.4. Voorts voert zij aan dat de verwerende partij bij het bepalen van de sanctie onvoldoende rekening heeft gehouden met het beslissingskader zoals omschreven in het informatiedocument ‘Beslissingskader Vlaamse Regulator voor de Media’, minstens dit beslissingskader op onvoldoende of onterecht gemotiveerde wijze heeft toegepast en aldus het beginsel *patere legem quam ipse fecisti* heeft geschonden.

Zij stelt in dat verband dat de verwerende partij niet op deugdelijke wijze heeft gemotiveerd waarom een administratieve geldboete de meest gepaste sanctie is, hetgeen een schending is van de formele-motiveringsplicht.

Voorts meent de verzoekende partij dat de verwerende partij voor het bepalen van de grootte van deze boete onvoldoende rekening heeft gehouden met de ernst van de overtreding, de aanwezigheid van verzachtende omstandigheden en de afwezigheid van verzwarende omstandigheden.

Zij merkt op dat de verwerende partij blijkbaar de verzachtende omstandigheid erkent dat het om een eerste inbreuk gaat aangezien zij het argument van de onderzoekscel dat de verzoekende partij een soortgelijke spot

voor het merk Martini heeft uitgezonden waarover in 2009 en 2010 geoordeeld werd dat deze een inbreuk vormde op artikel 79, § 1, van het mediadecreet en aldus thans een nieuwe inbreuk pleegde, niet heeft overgenomen om de sanctie te motiveren. Zij wijst erop dat haar in de eerste ‘VT4-Martini’-beslissing slechts een geldboete van 2.500 euro werd opgelegd; dat in de tweede ‘VT4-Martini’-beslissing rekening werd gehouden met het feit dat de verzoekende partij voor nagenoeg identieke feiten een administratieve geldboete van 2.500 euro werd opgelegd, waarna de geldboete op 5.000 euro werd bepaald en dat in de derde ‘VT4-Martini’-beslissing rekening werd gehouden met de grote gelijkenissen van de eerdere spots en de daarvoor opgelegde geldboetes, waarna een geldboete van 25.000 euro werd opgelegd. De verzoekende partij geeft aan niet te begrijpen waarom de thans geviseerde spot, die verschilt van de Martini-spot en bovendien op VIJFtv werd uitgezonden, meteen aanleiding geeft tot een geldboete van 25.000 euro. De verwerende partij heeft dit ook niet verduidelijkt en dienaangaande niet geantwoord op de opmerkingen van de verzoekende partij. De verzoekende partij is van oordeel dat dergelijke geldboete voor een eerste inbreuk onredelijk is.

Ten overvloede merkt de verzoekende partij op dat geen enkele van de in het beslissingskader vermelde verzwarende omstandigheden – grove onachtzaamheid, duidelijk opzet en het ernstig hinderen van een medespeler in het betrokken veld – *in casu* aanwezig zijn.

20.1. In haar memorie van wederantwoord betoogt de verzoekende partij dat de laatste paragraaf van de bestreden beslissing slechts een nietszeggende stijlformule bevat die niet als afdoende formele en alleszins niet als een draagkrachtige materiële motivering beschouwd kan worden. Uit deze paragraaf kan immers niet worden afgeleid waarom precies een boete van 25.000 euro een gepaste sanctie is gelet op de ernst en het tijdstip van de inbreuk en hoe de andere elementen aangehaald in het beslissingskader al dan niet in rekening werden gebracht. In dat verband wijst zij op het belang van het in het beslissingskader als cruciaal beoordelingselement omschreven criterium ‘reikwijdte van het omroepprogramma’ – dat aangeeft hoe groot de impact van een inbreuk op het

kijkerspubliek is – en stelt zij dat de bestreden beslissing niet motiveert op welke wijze rekening werd gehouden met de beperkte reikwijdte van VIJFtv dat een heel ander bereik heeft dan de grote marktspelers. Evenmin wordt in de bestreden beslissing gemotiveerd welke soort overtreding – een lichte, ernstige of zeer ernstige overtreding – werd begaan, er wordt enkel verwezen naar de ernst van de inbreuk zonder de intensiteit van deze overtreding te kwalificeren. Voorts klaagt de verzoekende partij aan dat de verwerende partij pas in haar memorie van antwoord deels ingaat op de wijze waarop ze het beslissingskader *in concreto* heeft toegepast, door aan te geven dat geen rekening werd gehouden met de ‘Martini-zaak’ en dat de bestreden beslissing daaromtrent niets vermeldt. De verzoekende partij benadrukt dat zij niet informeert naar de motieven van de motieven, zoals de verwerende partij opmerkt, maar dat zij niet kon en nog steeds niet kan nagaan waarom de vastgestelde inbreuk omwille van zijn ernst en tijdstip van uitzending een boete van 25.000 euro en geen andere sanctie rechtvaardigde.

20.2. Met betrekking tot de aangevoerde schending van het redelijkheids- en evenredigheidsbeginsel stelt de verzoekende partij dat uit de bestreden beslissing niet blijkt waarom voor een eerste overtreding meteen een effectieve en hoge boete werd opgelegd, terwijl uit de rechtspraak van de verwerende partij blijkt dat zij bij een eerste inbreuk gewoonlijk slechts een waarschuwing als sanctie oplegt en boetes van deze orde van grootte eerder uitzonderlijk zijn en slechts bij recidive en voor zeer ernstige inbreuken worden opgelegd. Zij benadrukt dat het de eerste keer is dat zij beboet wordt voor een op VIJFtv uitgezonden sponsorvermelding met bijbehorende zelfpromotiespot die nadien als reclame werd geherkwalificeerd en dat de opgelegde boete volkomen in wanverhouding ten opzichte van de feiten staat, temeer aangezien het slechts om een zeer korte spot ging en de inbreuk slechts eenmaal door de onderzoekscel werd vastgesteld.

21.1. In haar laatste memorie stelt de verzoekende partij, wat de voorzienbaarheid van de strafbaarstelling betreft, dat zij redelijkerwijze niet kon voorzien dat de spot als reclame zou worden gekwalificeerd en aldus een inbreuk

op artikel 79, § 1, van het mediadecreet zou worden vastgesteld, hetgeen blijkt uit het eerste middel en de noodzaak om over de regels inzake sponsoring prejudiciële vragen aan het Hof van Justitie te stellen.

21.2. Wat de motivering van de redelijkheid en de evenredigheid van de opgelegde sanctie betreft, handhaaft zij haar standpunt dat de bestreden beslissing niet toelaat na te gaan waarom voor een eerste inbreuk door een kleine omroep meteen een hoge boete wordt opgelegd en niet eerst, zoals gewoonlijk bij een eerste inbreuk, een waarschuwing werd gegeven. Zij wijst erop dat een boete van 25.000 euro één van de hoogste boetes is die de VRM ooit gaf. Dat boetes tot 125.000 euro kunnen worden opgelegd, doet volgens haar niet ter zake.

21.3. Vervolgens wijst de verzoekende partij op artikel 6 EVRM. Zij stelt dat voornoemde bepaling van toepassing is op de beslissingen waarin de VRM een administratieve geldboete oplegt. Zij stelt dat de rechtsbescherming die geboden wordt door artikel 6 EVRM impliceert dat de opgelegde sanctie evenredig moet zijn en dat het beoordelen van de opgelegde geldboete moet gebeuren door een rechterlijk orgaan met volle rechtsmacht. Dit impliceert, aldus de verzoekende partij, dat de Raad van State met volle rechtsmacht moet oordelen of de verwerende partij, gelet op de feiten, in alle redelijkheid tot haar beslissing kon komen en aldus een correcte sanctie heeft opgelegd. Volgens de verzoekende partij noodzaakt dit de Raad van State tot een eigen beoordeling van de feiten en zal een dergelijke extensieve toetsing leiden tot de vaststelling dat de bestreden beslissing niet afdoende motiveert waarom een boete van 25.000 euro redelijk is, gezien de concrete omstandigheden van de zaak.

21.4. Ten slotte betoogt de verzoekende partij dat een onderzoek naar de evenredigheid van de bestreden beslissing ook zal moeten gebeuren in het licht van de door artikel 10 EVRM gewaarborgde vrijheid van meningsuiting. Zij betoogt dat het Europees Hof voor de rechten van de mens bijzonder kritisch staat tegenover de (preventieve) sanctionering van de uitoefening van de vrijheid van meningsuiting omdat dit een potentieel afschrikkend effect (*chilling effect*) kan

hebben ten aanzien van latere vrije meningsuiting. De beslissing om een bepaalde vorm van commerciële communicatie als reclame te beschouwen waardoor deze moet worden afgescheiden van de inhoud van de programma's en meegeteld voor de 20%-regel is een inperking van de vrije meningsuiting en zal een dergelijk *chilling effect* hebben, zo stelt de verzoekende partij.

Beoordeling

22. In haar laatste memorie betreft de verzoekende partij voor het eerst artikel 6 EVRM en artikel 10 EVRM bij haar tweede middel. Aangezien zij deze uiteenzetting reeds in haar verzoekschrift kon aanvoeren en ze niet de openbare orde raakt, moet worden besloten dat deze argumentatie laattijdig is en bijgevolg onontvankelijk.

23. De verzoekende partij voert ten onrechte aan dat de inbreuk niet voldoende voorzienbaar was.

De verzoekende partij kon op het moment dat ze de met een administratieve sanctie bestrafte handeling stelde, wel degelijk redelijkerwijze voorzien dat deze gedraging strijdig was met artikel 79, § 1, van het mediadecreet. Dit geldt des te meer nu de verzoekende partij naar aanleiding van de 'Martini'-spots op VT4 voor gelijkaardige feiten werd veroordeeld.

De verzoekende partij zet daarenboven niet op concrete wijze uiteen in welke mate de verwerende partij is tekortgekomen aan de strikte omschrijving van de bepalingen in het mediadecreet, noch welke van de in het middel aangevoerde beginselen hierdoor geschonden zouden zijn.

24. De verzoekende partij klaagt eveneens vergeefs aan dat de bestreden beslissing om haar een administratieve geldboete op te leggen niet deugdelijk gemotiveerd is.

In de bestreden beslissing staat dat “Rekening houdend met de ernst van de inbreuk en het tijdstip van uitzending, [...] in dit geval een administratieve geldboete van 25000 euro een gepaste sanctie [is]”. Uit deze motivering blijkt afdoende, uit het oogpunt van de formelemotiveringsplicht, waarom een administratieve geldboete van een dergelijke omvang werd opgelegd. Het is in het licht van de formelemotiveringsplicht niet nodig in de beslissing te motiveren waarom een administratieve geldboete wordt opgelegd en geen ander soort sanctie of de hoogte van het bedrag specifiek toe te lichten. Evenmin is het vereist uitdrukkelijk aan te geven waarom een andere, hogere administratieve geldboete wordt opgelegd dan bij de eerdere ‘Martini-beslissingen’.

25. De verzoekende partij voert de schending aan van het beginsel *patere legem quam ipse fecisti* doordat de verwerende partij onvoldoende rekening heeft gehouden met het “informatiedocument ‘Beslissingskader Vlaamse Regulator voor de Media’”.

In dit informatiedocument staat het volgende:

“Deze beleidslijn is een leidraad, bevat vuistregels bij het bepalen van de strafmaat van inbreuken op het Mediadecreet. De gehanteerde regels zijn echter indicatief en hebben bijgevolg geen bindend karakter voor de algemene kamer. Afhankelijk van de specifieke omstandigheden, eigen aan het dossier, kan dan ook afgeweken worden van het opgestelde kader. De Regulator evalueert de beleidslijn zodat deze voldoende actualiteitswaarde heeft.”

Een eventuele niet-naleving van dit beslissingskader kan bijgevolg niet de onwettigheid van de bestreden beslissing aantonen. Dit informatiedocument heeft een louter indicatieve waarde, waarvan mag worden afgeweken.

Overigens staan de ernst van de inbreuk en het tijdstip van de uitzending wel degelijk als criteria in het informatiedocument vermeld.

26. De verzoekende partij is voorts van oordeel dat de bestreden beslissing strijdig is met het redelijkheids- en evenredigheidsbeginsel.

Artikel 228 van het mediadecreet legt de sancties vast die de VRM kan opleggen in geval hij inbreuken vaststelt op de reglementering inzake commerciële communicatie en boodschappen van algemeen nut.

Over de verhouding tussen de inbreuk en de opgelegde sanctie wordt door de VRM discretionair geoordeeld. Voor de wettige uitoefening van deze beoordelingsvrijheid is onder meer vereist dat de opgelegde sanctie in een redelijke verhouding van evenredigheid staat tot de in aanmerking genomen feiten.

Het evenredigheidsbeginsel is geschonden wanneer tussen de in aanmerking genomen feiten en de opgelegde sanctie geen redelijk verband van evenredigheid zou bestaan.

De Raad van State herinnert er in dat verband aan geen beroepsinstantie te zijn die, opnieuw oordelend in de plaats van het bestuur, de naar zijn oordeel meest passende sanctie oplegt.

Als wettigheidsrechter mag de Raad van State zelfs niet de door het bestuur opgelegde sanctie toetsen aan zijn eigen opvattingen ter zake. Dat zou de Raad doen als hij de opgelegde sanctie zou afmeten aan wat hij zelf als de ene meest evenredige straf beschouwt en ze zou vernietigen indien ze daarvan afwijkt.

Enkel mag de Raad van State in het kader van zijn wettigheidscontrole nagaan of het oordeel van de verwerende partij binnen de grenzen is gebleven van wat nog als redelijk kan worden aangezien. Er kan dan slechts sprake zijn van schending van het evenredigheidsbeginsel, wanneer de beslissing, waarvan vastgesteld wordt dat ze op deugdelijke grondslagen berust, inhoudelijk dermate van het normale beslissingspatroon afwijkt dat het ondenkbaar is dat enig ander naar kennis en kunde redelijk bekwaam en naar

feitelijk optreden redelijk handelend bestuur in dezelfde omstandigheden die beslissing zou nemen.

Een eigen beoordeling van de verzoekende partij over de gepaste strafmaat toont nog niet de onwettigheid van de bestreden beslissing aan. Het standpunt van de verzoekende partij dat de verwerende partij onvoldoende rekening heeft gehouden met de omstandigheid dat het om de eerste inbreuk zou gaan en er geen sprake is van verzwarende omstandigheden toont niet de onwettigheid aan van de bestreden beslissing. Zelfs niet, nu het gegeven dat het om een eerste inbreuk zou gaan als voorbeeld van verzachtende omstandigheden wordt aangezien in het niet-bindend informatiedocument en onder verzwarende omstandigheden onder meer grove onachtzaamheid, duidelijk opzet en het ernstig hinderen van een medespeler in het betrokken veld worden vermeld.

Uit artikel 228 van het mediadecreet volgt dat de verwerende partij de mogelijkheid heeft om een administratieve geldboete tot 125.000 euro op te leggen. Door een boete op te leggen van 25.000 euro heeft de verwerende partij dan ook allesbehalve de zwaarst mogelijke geldboete opgelegd, maar slechts een gedeelte van wat wettelijk is toegestaan. De verwerende partij heeft hierbij, zoals gezien, rekening gehouden met het tijdstip van de uitzending en de ernst van de inbreuk. De feiten stellende tegenover de sanctie, toont de verzoekende partij niet aan dat de verwerende partij op die manier haar beoordelingsvrijheid te buiten is gegaan.

27. Het middel is, voor zover ontvankelijk, niet gegrond.

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 24 november 2014, door de Raad van State, IXe kamer, samengesteld uit:

Geert Van Haegendoren,	kamervoorzitter,
Bruno Seutin,	staatsraad,
Bert Thys,	staatsraad,
bijgestaan door	
Tiny Temmerman,	griffier.

De griffier

De voorzitter

Tiny Temmerman

Geert Van Haegendoren