

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

IXe KAMER

A R R E S T

**nr. 234.918 van 2 juni 2016
in de zaak A. 213.010/IX-8428**

In zake : 1. de NV PARATEL
 2. de BVBA COMIZZO
 3. de NV 3STARS NET
 4. de BVBA IP MODUS
 5. de SPRL TOTAL TELECOM LUX
 bijgestaan en vertegenwoordigd door
 advocaat Timothy Van de Gehuchte
 kantoor houdend te 9000 Gent
 Rijsenbergstraat 148
 bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen :

de BELGISCHE STAAT, vertegenwoordigd door de minister van
Telecommunicatie en Post
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Edwin Jacobs
kantoor houdend te 1000 Brussel
Congresstraat 35
bij wie woonplaats wordt gekozen
en bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Rika Heijse
kantoor houdend te 9000 Gent
Kortrijksesteenweg 867

I. Voorwerp van het beroep

1. Het beroep, ingesteld op 7 juli 2014, strekt tot de
nietigverklaring van:

“- de artikelen 5 en 6 van het koninklijk besluit van 4 april 2014 tot wijziging
van het koninklijk besluit van 27 april 2007 betreffende het beheer van de
nationale nummeringsruimte en de toekenning en intrekking van de
gebruiksrechten voor nummers en tot wijziging van het koninklijk besluit van

9 februari 2011 tot vaststelling van de Ethische Code voor de telecommunicatie (publicatie in Belgisch Staatsblad: 22 mei 2014) [...]

- de bijlage van het koninklijk besluit van 4 april 2014 tot wijziging van het koninklijk besluit van 27 april 2007 betreffende het beheer van de nationale nummeringsruimte en de toekenning en intrekking van de gebruiksrechten voor nummers en tot wijziging van het koninklijk besluit van 9 februari 2011 tot vaststelling van de Ethische Code voor de telecommunicatie (publicatie in Belgisch Staatsblad: 22 mei 2014), minstens in de mate dat betalende horoscoop-, astrologie- of toekomstvoorspellingsdiensten moeten aangeboden worden zoals bepaald in artikel 5 van voormeld koninklijk besluit van 4 april 2014.”

II. Verloop van de rechtspleging

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

Auditeur Alexander Van Steenberghe heeft een verslag opgesteld.

De verzoekende partijen en de verwerende partij hebben een laatste memorie ingediend.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 30 november 2015.

Staatsraad Bruno Seutin heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Neil Braeckevelt, die *loco* advocaat Timothy Van de Gehuchte verschijnt voor de verzoekende partijen en advocaat Stefan Van Camp, die *loco* advocaten Rika Heijse en Edwin Jacobs 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 en reglementair kader

3.1. Artikel 11, § 1, van de wet van 13 juni 2005 ‘betreffende de elektronische communicatie’ (hierna: wet van 13 juni 2005) machtigt de koning om nadere regels vast te stellen omtrent de indeling van de betaalnummers en hun tarifiering. Die bepaling biedt onder meer de rechtsgrond voor het koninklijk besluit van 27 april 2007 ‘betreffende het beheer van de nationale nummeringsruimte en de toekenning en intrekking van gebruiksrechten voor nummers’ (hierna: koninklijk besluit van 27 april 2007).

3.2. Het koninklijk besluit van 27 april 2007 bevat bepalingen omtrent de indeling van de betaalnummers en hun tarifiering. De artikelen 48 en 50 van dit koninklijk besluit regelen de principes en de inhouds- en tariefindicaties die verbonden worden aan de reeksen achter de dienstidentiteiten 9 en 70. Wat de dienstidentiteit 9 betreft, kan artikel 50, §§ 3 tot 5, als volgt schematisch worden weergegeven:

- artikel 50, § 3, van het koninklijk besluit van 27 april 2007

Prefix	Type Dienst	Maximumprijs
0906	Diensten specifiek voor meerderjarigen	1,00 €/min
0907	Diensten specifiek voor meerderjarigen	2,00 €/min

- artikel 50, § 4, van het koninklijk besluit van 27 april 2007

Prefix	Type Dienst	Maximumprijs
0905	spelletjes, wedstrijden, kwissen, logo's, beltonen of andere ontspanningsproducten of Bdiensten	2,00 €/oproep

- artikel 50, § 5, van het koninklijk besluit van 27 april 2007

Prefix	Type Dienst	Maximumprijs
0900	Niet vallen onder toepassingsgebied §§ 3 en 4	0,50 €/min
0901	Niet vallen onder toepassingsgebied §§ 3 en 4	0,50 €/oproep
0902	Niet vallen onder toepassingsgebied §§ 3 en 4	1,00 €/min
0903	Niet vallen onder toepassingsgebied §§ 3 en 4	1,50 €/min
0904	Niet vallen onder toepassingsgebied §§ 3 en 4	2,00 €/min
0909	Niet vallen onder toepassingsgebied §§ 3 en 4	31,00 €/oproep

Wat de dienstidentiteit 70 betreft, kan artikel 48 als volgt schematisch worden weergegeven:

- artikel 48 van het koninklijk besluit van 27 april 2007

Prefix	Type Dienst	Maximumprijs
070	Niet vallen onder toepassingsgebied artikel 50, §§ 3 en 4	0,30 €/min

In het verslag aan de koning wordt gewag gemaakt van een driedeling waarbij een verband wordt gelegd met de oproepblokkering, in het jargon *call barring* genoemd:

“Qua inhoud worden drie verschillende categorieën van nummerreeksen gecreëerd:

1) de algemene betaalnummerreeksen, zijnde de 900-, 901-, 902-, 903-, 904- en 909-nummerreeksen;

2) de reeks waaronder spelletjes, competities (televoting, enz) en andere vormen van ontspanning (downloaden van logo's en beltonen) moeten worden aangeboden, zijnde de 905- reeks;

[...]

3) de reeksen bedoeld voor erotisch of sexueel getinte inhoud, zijnde de 906- en 907-nummers.

De reden voor deze driedeling heeft te maken met de noodzaak om een efficiënte ‘Call Barring’ of oproepblokkering te kunnen organiseren. Ouders moeten de keuze kunnen maken om hun kinderen af te schermen van voor hen schadelijke en niet bestemde inhoud (volwasseneninhoud) en diezelfde kinderen toch toegang te bieden tot spelletjes of andere ontspanningsmogelijkheden (bv. het deelnemen aan een televoting of het downloaden van ringtones of chatten) geleverd via betaalnummers. Tegelijkertijd moeten bedrijven oproepen naar zowel de sexueel en erotisch getinte nummerreeksen als de spelletjes- en ontspanningsreeksen kunnen blokkeren. Deze twee doelstellingen tegelijkertijd realiseren is niet mogelijk met een tweedeling volwasseneninhoud versus niet-volwasseneninhoud, zoals die momenteel bestaat.

Wat betreft de grensgevallen in de categorisering (bv. tot welke reeks behoort een erotisch spelletje?) heeft § 4 van artikel 50 de bedoeling de stelregel in te voeren dat, indien er twijfel kan bestaan over het erotisch of seksueel karakter van een ontspanningsdienst, de dienst ondergebracht moet worden onder de 906 en 907 nummerreeksen voor volwasseneninhoud. Enkel door een dergelijke regel te hanteren wordt de grootst mogelijke bescherming (onder meer in termen van Call Barring) bereikt.”

3.3. Luidens artikel 120 van de wet van 13 juni 2005 blokkeren de operatoren die een elektronische-communicatiedienst aanbieden op verzoek van de abonnee kosteloos inkomende of uitgaande berichten of communicatie, alsook uitgaande oproepen naar en, in voorkomend geval, van bepaalde categorieën nummers, die door de minister, na advies van het Belgisch Instituut voor Postdiensten en Telecommunicatie (hierna: BIPT) en van de Ethische Commissie voor de telecommunicatie (hierna: Ethische Commissie), worden vastgesteld.

In de memorie van toelichting bij artikel 120 wordt in dat verband het volgende bepaald (*Parl.St.* Kamer 2004-05, nr. 1425/001, 72):

“Dat artikel biedt de gebruiker de mogelijkheid om gratis een aantal oproepbeperkingen door te voeren van op zijn lijn.

Die maatregel is er vooral op gericht zwakke consumenten, zoals minderjarigen, te behoeden voor onrechtmatig gebruik van oproepnummers naar betaalsites en/of sites van pornografische aard.”

3.4. Op grond van die bepaling is het ministerieel besluit van 12 december 2005 ‘tot vaststelling van de categorieën uitgaande gesprekken en categorieën opgeroepen nummers waarvan de blokkering kosteloos aan de eindgebruikers aangeboden moet worden’, genomen. De eindgebruiker kan overeenkomstig artikel 2 van dit besluit een oproepblokkering verkrijgen van:

“(1°) hetzij nationale betaalnummers die worden gebruikt voor het leveren van specifiek voor volwassenen bestemde inhoud [dit zijn de 0906 en 0907 nummers];

(2°) hetzij alle nationale betaalnummers met uitzondering van de korte 4 cijferige nummers uit de reeks 1XXX en nummers met de dienstidentiteit 70 [dus alle 09 nummers];

(3°) hetzij nationale betaalnummers die worden gebruikt voor het leveren van toegang tot spelletjes of competities of voor het betalen van logo's of beltonen, die geleverd worden tijdens de oproep of als direct gevolg hiervan [de 0905 nummers].”

3.5. Met het oog op de bescherming van de eindgebruikers inzake het gebruik van sommige bijzondere nummers wordt bij artikel 134 van de wet van 13 juni 2005 de Ethische Commissie opgericht.

De bevoegdheden van de Ethische Commissie zijn vastgelegd in artikel 134 van die wet. In artikel 134, § 2, wordt de koning gemachtigd om op voorstel van de Ethische Commissie een Ethische Code voor de telecommunicatie op te stellen rekening houdend met de bepalingen in deze paragraaf. De Ethische Code voor de telecommunicatie dient de nummerreeksen aan te duiden waarvoor het is toegestaan om van de oproeper of de afnemer van de dienst naast de prijs voor de communicatie ook een betaling voor de inhoud te vragen en omschrijft de

voorwaarden waaronder betalende diensten via elektronische-communicatienetwerken aan de eindgebruikers kunnen worden aangeboden.

Op grond van artikel 134, § 2, van de wet van 13 juni 2005 heeft de koning het koninklijk besluit van 9 februari 2011 ‘tot vaststelling van de Ethische Code voor de telecommunicatie’ genomen. Artikel 19 van dit koninklijk besluit van 9 februari 2011, dat het enige artikel is van hoofdstuk 5 met als opschrift ‘Nummers waarmee betalende diensten via elektronische-communicatienetwerken moeten worden aangeboden’, luidt initieel als volgt:

“Iedere betalende dienst wordt aangeboden door middel van een nummer dat verenigbaar is met het gebruik van de nummerreeksen vastgelegd in de bijlage.”

Het koninklijk besluit van 9 februari 2011 bevat een bijlage met als opschrift “Nummerreeksen waarvoor het is toegestaan om naast de prijs voor de communicatie ook een betaling voor de inhoud te vragen”.

Wat de aanduiding van de nummerreeksen voor het aanbieden van betalende diensten betreft, gaat het koninklijk besluit van 9 februari 2011 uit van de bepalingen van de artikelen 48, 50 en 71 van het koninklijk besluit van 27 april 2007. De Ethische Code maakt de bovenvermelde regels toepasselijk op de personen die betalende diensten via elektronische-communicatienetwerken aanbieden. Deze dienstenaanbieders krijgen uit de nummerblokken die de operatoren verkregen hebben één of meerdere betaalnummers toegewezen om de door hen (of eventuele derden) ontwikkelde betalende diensten aan te bieden via de elektronische-communicatienetwerken van de operatoren.

In het verslag aan de koning wordt met betrekking tot de doelstellingen van artikel 19 en die bijlage het volgende bepaald:

“Artikel 19 heeft, zoals hierboven reeds gesteld, te maken met één van de twee functies van de Ethische Code. Iedere betalende dienst moet immers aangeboden worden onder een nummer dat verenigbaar is met het gebruik van de nummerreeksen opgenomen in het Belgische nummerplan. Deze onderverdeling binnen de categorie van betaalnummers is geen doel op zich,

maar is een middel om onder meer oproepblokkering (of ‘Call Barring’) op een correcte manier te kunnen laten plaatsvinden (zie hiervoor ook artikel 120 van ‘de wet’ en het ministerieel besluit van 12 december 2005). De bijlage maakt de principes van het KB Nummering toepasselijk op de dienstenaanbieders.”

3.6. In haar jaarverslag 2012 heeft de Ethische Commissie vastgesteld dat astrologie- of helderziendendiensten worden aangeboden onder 070-nummers. Naar aanleiding van klachten heeft de Ethische Commissie beslist dat er voor horoscoop-, astrologie- of helderziendendiensten een 0905-nummer dat onder meer geldt voor ontspanningsproducten, gebruikt moet worden. Zij is van oordeel dat bij twijfel omtrent de toepassing van de bijlage bij de Ethische Code, er moet worden gekozen voor een betalend nummer uit deze (categorie van) nummerreeks(en) die het hoogste niveau van bescherming van de eindgebruiker biedt.

In dat verband oordeelde de Ethische Commissie:

- Beslissing nr. D-2011-05 inzake M. T. van 27 februari 2012

“Deze bescherming wordt grotendeels verwezenlijkt door het systeem voor blokkering van oproepen (‘Call Barring’). Toch is er niets dat uitsluit dat er ook rekening moet worden gehouden met andere beschermingssystemen, zoals de toepasselijke tariefbeginselen en de verplichting om al dan niet gesprekken na 10 minuten te onderbreken (‘forced release’).

Wanneer de kwestie wordt bekeken vanuit het standpunt van de bescherming van de eindgebruikers via Call Barring, dient in eerste instantie te worden toegezien op de bescherming van de zwakke consument, in het bijzonder de bescherming van minderjarigen tegen voor hen ongepaste inhoud (met erotisch of seksueel karakter). Dit is een bescherming die de ouders (en de maatschappij) doorgaans wensen. Vervolgens moet ook rekening worden gehouden met de wettelijke belangen van de werkgevers die wensen dat er ‘nuttige’ of ‘ernstige’ betalende nummers ter beschikking worden gesteld van hun werknemers (bv. betaald telefonisch fiscaal advies) zonder dat de telefoon van het werk wordt gebruikt om kennis te nemen van inhoud voor volwassenen en ontspanning, die deze werknemers afleidt van de taken die hen werden toevertrouwd en die bovendien ongerechtvaardigd financieel leed kan berokkenen aan de werkgever.”

- Beslissing nr. D-2012-08 inzake M. van 14 december 2012 waarin de Ethische Commissie stelt dat toekomstvoorspelling geen “nuttige” betalende inhoud heeft, maar tot ontspanning behoort:

“Werkgevers zullen doorgaans beschouwen dat een via de bedrijfstelefoon gefactureerde toekomstvoorspelling (in tegenstelling tot bijvoorbeeld betalend fiscaal advies) het bedrijf en de bedrijfsvoering niets bijbrengt. Het is eveneens redelijk om te stellen dat een groot deel van de ouders (en de maatschappij) toekomstvoorspellingsdiensten ziet als ontspanning of entertainment (vergelijk het ook met de waarzeggers die op een plaatselijke kermis op verzoek en tegen betaling de kaarten leggen).”

- Beslissing nr. D-2013-04 inzake F. P. van 21 februari 2014

“5.2.1.3. Omdat helderziendendiensten niet uitdrukkelijk worden vermeld in de bijlage bij de Ethische Code, moet een beroep worden gedaan op het criterium van het hoogste niveau van bescherming en meer in het bijzonder op de bescherming van de consumenten via de toepassing van de tariefbeginselen op basis van de nummerreeks.

Het gebruik van 0904-nummers waarvoor maximaal 2 euro per minuut mag worden gefactureerd, zou bij vergelijking meer kosten aan de consumenten ten opzichte van de 0905-nummers waarvoor maximaal 2 euro per oproep mag worden gerekend. Zo kan een helderziendensessie van bijvoorbeeld 10 minuten via een 0904-nummer 20 euro kosten aan de consument, terwijl diezelfde raadpleging via een 0905-nummer maar 2 euro zou kosten.”

3.7. In de “Evaluatie van de werking van de Ethische Commissie en Aanbevelingen de lege ferenda” van 15 januari 2013, opgesteld in antwoord op het verzoek van de minister van Economie en Consumenten, wijst de Ethische Commissie op de onduidelijkheid in het nummerplan. Volgens de Ethische Commissie brengen de tariefprincipes van het nummerplan de aanbieders van voorspellingsdiensten er dan ook niet spontaan toe om een keuze te maken voor wat de juiste nummerreeks is. De Commissie stelt daarom verschillende opties voor:

Optie 1: astrologie- en toekomstvoorspellingsdiensten expliciet onder punt 2 van de bijlage van de Ethische Code vermelden.

Optie 2: twee tarificatiemethodes (tarificatie per oproep én tarificatie per minuut) toelaten in de ontspanningsreeksen. Zo kan men nummerreeks 0908 opnemen voor tarificatie van ontspanningsdiensten per minuut.

Optie 3: tarificatie per minuut in de ontspanningsreeksen louter te beperken tot de astrologie- en toekomstvoorspellingsdiensten.

De Ethische Commissie wijst daarbij evenwel op de financiële risico's die gepaard gaan met tarificatie per minuut bij optie 2.

3.8. Met een e-mail van 11 februari 2013 wordt aan de Ethische Commissie meegedeeld dat de bevoegde minister instemt met optie 1.

3.9. Ter uitvoering daarvan wordt een ontwerp van koninklijk besluit tot wijziging van het koninklijk besluit van 27 april 2007 'betreffende het beheer van de nationale nummeringsruimte en de toekenning en intrekking van gebruiksrechten voor nummers', opgesteld. Naar aanleiding van de openbare raadpleging over dit ontwerp van koninklijk besluit, stelt de Ethische Commissie voor om met betrekking tot de betalende horoscoop-, astrologie- en toekomstvoorspellingsdiensten een wijziging door te voeren aan punt 2 van de bijlage bij de Ethische Code en deze diensten uitdrukkelijk te vermelden onder de ontspanningsreeksen.

3.10. In de Geïntegreerde Impactanalyse van 19 december 2013 met betrekking tot het *sub* 3.9 bedoelde ontwerp van koninklijk besluit wordt in dat verband het volgende bepaald:

“Het ontwerp KB heeft een positieve impact op de bescherming van de consumenten omdat hierdoor uitvoering wordt gegeven aan het voorstel van de Ethische Commissie om haar rechtspraak te codificeren dat betalende horoscoop-, astrologie- en toekomstvoorspellingsdiensten aangeboden dienen te worden onder een 0905-nummer of een 5xxx, 6xxx of een SMS kort nummer behorend tot de nummerreeks 9500 tot en met 9999.

Hierdoor wordt er bijkomende duidelijkheid gegeven aan de gebruikers van dit soort diensten op vlak [van] tarieven en voorwaarden.”

3.11. Op 10 januari 2014 geeft het BIPT een gunstig advies over het ontwerp van koninklijk besluit.

3.12. Op 5 februari 2014 keurt het Interministerieel Comité voor telecommunicatie en radio-omroep en televisie het ontwerp van koninklijk besluit goed.

3.13. Met een brief van 12 februari 2014 bekritiseert de raadsman van de verzoekende partijen het voorstel wat de horoscoop-, astrologie- en toekomstvoorspellingsdiensten betreft en met een brief van 2 april 2014 antwoordt de bevoegde minister hierop.

3.14. Op 20 maart 2014 geeft de Raad van State, afdeling Wetgeving advies nr. 55.309/4 over het ontwerp van koninklijk besluit.

3.15.1. Op 4 april 2014 neemt de koning het besluit ‘tot wijziging van het koninklijk besluit van 27 april 2007 betreffende het beheer van de nationale nummeringsruimte en de toekenning en intrekking van gebruiksrechten voor nummers en tot wijziging van het koninklijk besluit van 9 februari 2011 tot vaststelling van de Ethische Code voor de telecommunicatie’ (*Belgisch Staatsblad* 22 mei 2014).

De artikelen 5 en 6 van dat koninklijk besluit luiden als volgt:

“Art. 5. Artikel 19 van het koninklijk besluit van 9 februari 2011 tot vaststelling van de Ethische Code voor de telecommunicatie wordt aangevuld met een lid, luidende:

‘Toegang tot of betaling van horoscoop-, astrologie- of toekomstvoorspellingsdiensten wordt steeds aangeboden onder de nummerreeksen bedoeld in punt A2 en B2 van de bijlage.’

Art. 6. De bijlage bij hetzelfde besluit wordt vervangen door de bijlage bij dit besluit.”

Dat zijn de thans bestreden bepalingen.

3.15.2. De punten A2 (telefoondiensten) en B2 (SMS- en MMS-diensten) van de bijlage luiden als volgt:

“Toegang tot of betaling van alle ontspanningsproducten en -diensten, ongeacht of de levering ervan wel of niet via het nummer verloopt.”

In vergelijking met de vorige editie van de bijlage (“andere ontspanningsproducten of -diensten”) is er thans sprake van “alle ontspanningsproducten en -diensten”.

Wat de telefoondiensten betreft, worden in de bijlage drie categorieën onderscheiden. De eerste categorie bestaat uit de specifiek voor meerderjarigen bestemde diensten en producten (0906 en 0907 nummers). De tweede categorie bestaat uit de toegang tot of betaling van alle ontspanningsproducten en -diensten (0905 nummers). De derde categorie bestaat uit alle andere producten of diensten dan bedoeld onder 1 of 2, de zogenaamde restcategorie (de 070, 0900, 0901, 0902, 0903, 0904 en 0909 nummers).

3.15.3. In het verslag aan de koning bij het koninklijk besluit van 4 april 2014 wordt omtrent de artikelen 5 en 6 van het bestreden koninklijk besluit het volgende gesteld:

“Artikel 5

Dit artikel geeft uitvoering aan het voorstel van de Ethische Commissie om haar rechtspraak te codificeren dat betalende horoscoop-, astrologie- en toekomstvoorspellingsdiensten aangeboden dienen te worden onder een 0905-nummer of een 5XXX, 6XXX of een SMS kort nummer behorend tot de nummerreeks 9500 tot en met 9999.

Artikel 6

Dit artikel vereenvoudigt en moderniseert de bijlage bij de Ethische Code. De complexiteit van de huidige bijlage bij de Ethische Code wordt vaak opgeworpen door dienstenaanbieders in dossiers over een incorrect nummergebruik. De bijlage die ingevoerd wordt door dit besluit is gebaseerd op de principes van de typologie betalende diensten, die de Ethische Commissie toestuurde aan de houders van betaalnummers per brief van 11 april 2013. Die (omzend)brief bevatte ook een niet-limitatieve lijst van voorbeelden van diensten en commentaren die gebaseerd waren op de vroegere bijlage bij de Ethische Code (en die nog weerspiegeld is in de artikelen 50 en 71 van het KB Nummering), de tekst van de Ethische Code, gevolgtrekkingen uit rechtspraak

van de Ethische Commissie en observatie van de markt.”

IV. Rechtsmacht van de Raad van State

Exceptie

4. Door de verwerende partij wordt in haar memorie van antwoord een exceptie van gebrek aan rechtsmacht opgeworpen. Volgens de verwerende partij betreft het werkelijke voorwerp van het annulatieberoep, gelet op de concrete inhoud van de aangevoerde middelen, een (hoger) beroep tegen de beslissingen van de Ethische Commissie inzake de kwalificatie van betaaldiensten voor horoscoop-, astrologie- en toekomstvoorspellingsdiensten. Luidens artikel 2, § 1, van de wet van 6 juli 2005 ‘betreffende sommige juridische bepalingen inzake elektronische communicatie’ dient tegen de beslissingen van de Ethische Commissie voor de telecommunicatie beroep te worden ingesteld bij het hof van beroep te Brussel. Bijgevolg is de Raad van State zonder rechtsmacht.

In haar laatste memorie volhardt de verwerende partij in deze exceptie.

Beoordeling

5.1. De annulatiebevoegdheid van de Raad van State is op grond van artikel 14, § 1, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State, een algemene bevoegdheid. In beginsel vallen alle eenzijdige uitvoerbare administratieve rechtshandelingen onder deze bevoegdheid van de Raad van State. Wanneer de wetgever het beroep tegen een dergelijke handeling echter uitdrukkelijk heeft toegewezen aan een andere rechtsmacht, is de Raad van State niet bevoegd om kennis te nemen van het geschil.

5.2. Luidens artikel 2, § 1, van de wet van 6 juli 2005 ‘betreffende sommige juridische bepalingen inzake elektronische communicatie’ kunnen de

beslissingen van de Ethische Commissie voor de telecommunicatie en van haar voorzitter of plaatsvervanger het voorwerp vormen van een beroep met volle rechtsmacht bij het hof van beroep te Brussel, binnen een termijn van zestig dagen te rekenen vanaf de kennisgeving van de beslissing.

Op grond hiervan valt het de Raad van State niet toe om kennis te nemen van beroepen tegen beslissingen van de Ethische Commissie.

5.3. In tegenstelling tot wat de verwerende partij stelt, zijn de beslissingen van de Ethische Commissie niet het voorwerp van het voorliggende annulatieberoep. Het zijn de bepalingen van een reglementair besluit dat genomen is door de koning, die worden aangevochten.

De Raad van State is bevoegd om een besluit met een reglementair karakter te vernietigen. Het valt de Raad van State toe om over de wettigheid van deze bepalingen te oordelen.

5.4. Ten overvloede wenst de Raad van State er nog op te wijzen dat het bepaalde in artikel 2, § 1, van de voornoemde wet van 6 juli 2005 geen beperking met zich meebrengt van het onderzoek van de aangevoerde middelen door de Raad van State. Het valt de Raad van State toe om te oordelen over de schending van de materiële motiveringsplicht, de zorgvuldigheidsplicht en het gelijkheidsbeginsel (eerste middel) en van het redelijkheids- en proportionaliteitsbeginsel (tweede middel), niettegenstaande het bestreden artikel 5 uitvoering geeft “aan het voorstel van de Ethische Commissie om haar rechtspraak te codificeren”.

6. De exceptie is ongegrond.

V. Ontvankelijkheid van het beroep

Exceptie wegens niet-aanmelding overeenkomstig artikel 9, § 1, van de wet van 13 juni 2005

7.1. In haar memorie van antwoord werpt de verwerende partij op dat de eerste verzoekende partij, de vierde verzoekende partij en de vijfde verzoekende partij geen belang hebben bij het annulatieberoep, omdat zij geen kennisgeving hebben gedaan overeenkomstig artikel 9, § 1, van de wet van 13 juni 2005. Zij licht haar exceptie toe als volgt:

“De verzoekende partijen noemen zich in randnummer 1 van hun verzoekschrift ‘aanbieders van telecommunicatiediensten’. Welnu, het aanbieden of het doorverkopen in eigen naam en voor eigen rekening van elektronische communicatiediensten of -netwerken (d.i. de officiële benaming van telecommunicatiediensten en -netwerken) kan pas aangevat worden na een kennisgeving aan het Instituut (d.i. het BIPT) die een aantal elementen bevat, zoals de naam, het adres, het BTW- en handelsregisternummer van de aanbieder, en een bondige en precieze beschrijving van zijn dienst of netwerk (artikel 9, § 1 van de Telecomwet). Overeenkomstig artikel 2, 11° van de Telecomwet is een ‘operator’ inderdaad een persoon die onder de verplichting valt een kennisgeving te doen overeenkomstig artikel 9 (van de Telecomwet).

Artikel 9 voorziet in een registratieverplichting.

Aangezien verzoekende partijen Paratel NV, IP Modus BVBA en Total Telecom Lux SPRL naar Luxemburgs recht niet hebben voldaan aan de registratieverplichting ex. artikel 9 van de Telecomwet hebben kunnen zij niet rechtsgeldig in eigen naam en voor eigen rekening elektronische communicatiediensten of -netwerken aanbieden of doorverkopen. Minstens kunnen zij zich niet officieel aanbieder van een telecommunicatiedienst (oftewel een operator) noemen. Bijgevolg hebben zij geen wettig belang bij het bestrijden van de artikelen 5 en 6 van het KB 04.04.2014. Verzoekende partijen baseren hun belang immers op het feit dat zij als aanbieders van telecommunicatiediensten, waaronder (betalende) horoscoop- en astrologiediensten, ernstige financiële schade hebben geleden door de nieuwe indeling die door de bestreden bepalingen is ingevoerd.

[...] Het annulatieberoep dient bijgevolg in hun hoofde onontvankelijk te worden verklaard.”

7.2. In haar laatste memorie beperkt de verwerende partij deze exceptie tot de eerste verzoekende partij omdat de vierde verzoekende partij en de vijfde verzoekende partij ondertussen deze “verplichte kennisgeving hebben

verricht”. Wat de eerste verzoekende partij betreft, wijst zij erop dat, hoewel deze geen aanbieder van voorspellingsdiensten is maar een *connectivity provider*, ook *connectivity providers* onderworpen zijn aan de ‘verplichte kennisgeving’ bedoeld in artikel 9, § 1, van de wet van 13 juni 2005. Zij besluit:

“Nu eerste verzoekende partij wettelijk gezien geen elektronische-communicatiediensten of -netwerken kan aanbieden of doorverkopen, kan zij haar belang dan ook niet baseren op het feit dat zij dergelijke activiteiten uitoefent, en meer bepaald op de vrees dat zij hierbij klanten zal verliezen. Verzoekende partij kan aldus redelijkerwijze geen rechtstreeks nadeel ondervinden uit de toepasbaarheid van de bestreden bepalingen.”

Beoordeling

8. De eerste verzoekende partij is geen aanbieder van horoscoop-, astrologie- of toekomstvoorspellingsdiensten, maar een *gateway* of *connectivity provider* (toegangs- of connectiviteitsverschaffer) voor dergelijke aanbieders. Zij wordt derhalve niet rechtstreeks geraakt door het bestreden besluit. Zij maakt niet aannemelijk en zij beweert ook niet dat zij dergelijke diensten zou aanbieden. Haar vrees dat zij door de bestreden bepalingen tal van klanten die wel horoscoop-, astrologie- of toekomstvoorspellingsdiensten aanbieden, zal verliezen, is te onrechtstreeks om aan te nemen dat zij het rechtens vereiste belang heeft bij het voorliggende beroep.

9. De exceptie is gegrond wat de eerste verzoekende partij betreft.

Exceptie met betrekking tot de omvang van het annulatieberoep

10.1. In haar memorie van antwoord werpt de verwerende partij een tweede exceptie op, namelijk dat de verzoekende partijen hoogstens belang hebben bij een vernietiging van de nieuwe bijlage bij de Ethische Code in de mate dat betalende horoscoop-, astrologie- of toekomstvoorspellingsdiensten moeten worden aangeboden onder de nummerreeksen bedoeld in de punten A2 en B2 van de bijlage. Aangezien het belang en de middelen van de verzoekende partijen

beperkt zijn tot de indeling van de horoscoop-, astrologie- of toekomstvoorspellingsdiensten zoals bedoeld onder artikel 5 van het koninklijk besluit van 4 april 2014 (dit is onder de nummerreeksen bedoeld in de punten A2 en B2 van de bijlage), zoals zij zelf hebben aangegeven in de uiteenzetting over het belang, alsook in het verzoek tot nietigverklaring zelf, dient het annulatieberoep tot dit element te worden beperkt.

10.2. In het auditoraatsverslag wordt geconcludeerd dat de verzoekende partijen enkel belang hebben bij het aanvechten van artikel 5 van het koninklijk besluit van 4 april 2014 en eveneens van de nieuwe bijlage bij de Ethische Code in de mate dat betalende horoscoop-, astrologie- of toekomstvoorspellingsdiensten moeten worden aangeboden onder de nummerreeksen bedoeld in de punten A2 en B2 van de bijlage.

10.3. In hun laatste memorie stellen de verzoekende partijen dat zij zich op dat punt aansluiten bij het verslag van de auditeur.

10.4. De Raad van State ziet niet een reden om er anders over te oordelen als het auditoraat dat op dat punt niet door de verzoekende partijen wordt tegengesproken. Het belang van de verzoekende partijen is beperkt tot het nastreven van de nietigverklaring van artikel 5 van het koninklijk besluit van 4 april 2014 en van artikel 6 van hetzelfde besluit, dat in het koninklijk besluit van 9 februari 2011 ‘tot vaststelling van de Ethische Code voor de telecommunicatie’ de bijlage bij dit besluit vervangt, in de mate dat daarin bepaald wordt dat betalende horoscoop-, astrologie- of toekomstvoorspellingsdiensten moeten worden aangeboden onder de nummerreeksen bedoeld in de punten A2 en B2 van deze bijlage.

11. De exceptie is gegrond.

VI. Onderzoek van de middelen

A. Eerste middel

(a) Ontvankelijkheid van het middel

Exceptie

12. De verzoekende partijen voeren in het eerste middel de schending aan van het gelijkheidsbeginsel en het non-discriminatiebeginsel zoals vervat in de artikelen 10 en 11 van de Grondwet, de materiële motiveringsplicht en het zorgvuldigheidsbeginsel.

13. In haar memorie van antwoord werpt de verwerende partij op dat het eerste middel onontvankelijk is omdat in het tweede middel de schending van het redelijkheidsbeginsel wordt aangevoerd. De verzoekende partijen kunnen volgens haar niet tegelijkertijd de schending van de motiveringsplicht alsook de schending van het redelijkheidsbeginsel aanvoeren. In die context is het eerste middel dan ook onontvankelijk “bij ontstentenis van belang”, minstens in zoverre de schending van de materiële motiveringsplicht en het zorgvuldigheidsbeginsel wordt aangevoerd.

In haar laatste memorie herhaalt de verwerende partij haar standpunt ter zake.

Beoordeling

14. De vraag of het redelijkheidsbeginsel is geschonden, is pas aan de orde wanneer vaststaat dat de bestreden beslissing op zorgvuldige wijze is tot stand gekomen en op deugdelijke motieven steunt. Dit sluit niet uit dat een verzoekende partij ter ondersteuning van haar beroep zowel een schending

aanvoert van de materiële motiveringsplicht als “ondergeschikt” van het redelijkheidsbeginsel.

15. De exceptie die uitgaat van het tegendeel faalt.

(b) *Gegrontheid van het middel*

Eerste middelonderdeel: uiteenzetting van het middel in zoverre het de schending aanvoert van de materiële motiveringsplicht en het zorgvuldigheidsbeginsel

16.1. Zoals sub 12 reeds is weergegeven, voeren de verzoekende partijen in het eerste middel onder meer de schending aan van de materiële motiveringsplicht en het zorgvuldigheidsbeginsel.

Zij lichten dat middelonderdeel toe als volgt:

“• A. 2.1 Uitgangspunt: Door de bestreden bepalingen worden de horoscoop- en astrologiediensten op onrechtmatige wijze onderworpen aan een ‘pay per call’ tarifieringssysteem in plaats van een ‘pay per minute’ tarifiering

18. Zoals reeds in het feitenrelaas hierboven werd aangegeven is de aard van de categorieën van nummerreeksen waaronder de betalende diensten moeten worden aangeboden (artikel 50 KB Nummering en Bijlage) gelinkt aan het toepasselijke vergoedingssysteem. Waar de betalende diensten onder categorie 1 (specifiek voor meerderjarigen bestemd (‘adult’) - nummerreeksen 0906 en 0907) zijn onderworpen aan een ‘pay per minute’-systeem met een maximumtarief van 1 EUR/minuut resp. 2 EUR/minuut omdat de betreffende diensten het voeren van telefoongesprekken van enige duur impliceren, zijn de betalende diensten onder categorie 2 (ontspanningsdiensten - nummerreeks 0905) onderworpen aan een ‘pay per call’-systeem met een maximaal eindgebruikerstarief van 2 EUR, waarbij deze categorie voornamelijk korte of in tijd beperkte diensten via geautomatiseerde systemen beoogt (zie ook artikel 59 KB 9 februari 2011 (stuk 2)). Voormeld onderscheid in betalingssysteem is dus gesteund op de eigenheid van voormelde diensten.

De betalende horoscoop- en astrologiediensten vielen tot voor de inwerkingtreding van de bestreden bepalingen in beginsel onder de restcategorie 3 van betalende telefoniediensten die net als categorie 1 vergoed worden via het ‘pay per minute’-systeem.

Ondanks het feit dat de horoscoop- en astrologiediensten in principe veel sterker aanleunen bij diensten die voor meerderjarigen zijn bestemd, diensten

zijn met meer langdurige telefoongesprekken en aldus zouden moeten ressorteren onder de eerste categorie, worden deze nu plots aan het ‘pay per call’-vergoedingssysteem voor ontspanningsdiensten onderworpen.

Hiervoor is nochtans geen enkele objectieve en pertinente verantwoording voorhanden. Meer nog, hierdoor worden de diensten die door verzoekers worden aangeboden gelijkgesteld met een andere categorie diensten (ontspanningsdiensten) die een totaal andere eigenheid kennen.

- A.2.2 Voor die nieuwe indeling wordt geen motivering gegeven, behoudens het loutere feit dat hiermee de ‘rechtspraak’ van de Ethische Commissie wordt gecodificeerd

19. In het Verslag aan de Koning wordt enkel verduidelijkt dat de nieuwe bepaling uitvoering geeft aan het voorstel van de Ethische Commissie om haar ‘rechtspraak’ ter zake te codificeren (stuk 3). Ook in het advies nr. 2013/001 van de Ethische Commissie wordt gesteld dat van de noodzakelijke aanpassing van de bijlage bij de Ethische Code nuttig gebruik kan worden gemaakt om de rechtspraak van de Ethische Commissie te codificeren, nl. dat ‘betalende horoscoop-, astrologie- en toekomstvoorspellingsdiensten aangeboden zouden moeten worden onder een 0905-nummer’ (stuk 5).

Een ‘codificatie van de rechtspraak’ van de Ethische Commissie behelst overigens geen afdoende onderbouwde motivering voor een wijziging of aanpassing van de bestaande regelgeving, a fortiori wanneer die ‘rechtspraak’ zelf niet correct blijkt te zijn (zie infra).

De Ethische Commissie dient immers bij het nemen van een beslissing de regelgeving ter zake na te leven en kan niet zelf rechtscheppend optreden. De Ethische Commissie is overigens ook geen rechtscollege, maar een administratieve instantie. Zij heeft slechts de bevoegdheid om voorstellen te doen aan de Koning voor het opstellen en/of aanpassen van de Ethische code (zie artikel 134, § 2, 1ste lid Telecom-wet).

- A.2.3 De ‘rechtspraak’ van de Ethische Commissie inzake de aanbieder van horoscoop- en astrologiediensten vertrekt vanuit foutieve premissen

- o Overzicht van de kwestieuze ‘rechtspraak’ van de Ethische Commissie

20. Nazicht van de uitspraken gedaan door de Ethische Commissie (www.telethicom.be) leert dat er reeds meerdere zaken zijn behandeld waarin ter discussie staat onder welke nummerreeks horoscoop- en astrologiediensten dienen te worden aangeboden. De Ethische Commissie heeft in meerdere van deze uitspraken uitdrukkelijk aangegeven dat noch de Ethische Code, noch het KB Nummering uitdrukkelijk bepalen onder welke nummerreeks een betalende dienst voor toekomstvoorspelling dient te worden aangeboden (stuk 6 en 9 - beslissingen Ethische Commissie aangaande horoscoop- en astrologiediensten (D-2011-05 ([M. T.]); D-2012-08 ([M.]) en D-2012-18 ([L. A.]));

- Beslissing D-2011-05 ([M. T.]), pgs. 5-6:

‘3.4. Er dient te worden geconcludeerd uit het geheel van voormelde bepalingen en de door de wetgever en de Koning beoogde gevolgen dat om te oordelen of een dienst wordt verstrekt onder de juiste betaalnummerreeks:

1. eerst de uitdrukkelijke bepalingen van de bijlage bij de Ethische Code dienen te worden bekeken;

2. in geval van twijfel of gebrek aan exacte informatie, ervoor moet worden gekozen om een betalend nummer uit deze (categorie van) nummerreeks(en) te

gebruiken dat het hoogste niveau van bescherming van de eindgebruiker biedt.

Deze bescherming wordt grotendeels verwezenlijkt door het systeem voor blokkering van oproepen ('Call Barring'). Toch is er niets dat uitsluit dat er ook rekening moet worden gehouden met andere beschermingssystemen, zoals de toepasselijke tariefbeginselen en de verplichting om al dan niet gesprekken na 10 minuten te onderbreken ('forced release').

Wanneer de kwestie wordt bekeken vanuit het standpunt van de bescherming van de eindgebruikers via Call Barring, dient in eerste instantie te worden toegezien op de bescherming van de zwakke consument, in het bijzonder de bescherming van minderjarigen tegen voor hen ongepaste inhoud (met erotisch of seksueel karakter). Dit is een bescherming die de ouders (en de maatschappij) doorgaans wensen. Vervolgens moet ook rekening worden gehouden met de wettelijke belangen van de werkgevers die wensen dat er 'nuttige' of 'ernstige' betalende nummers ter beschikking worden gesteld van hun werknemers (bv. betaald telefonisch fiscaal advies) zonder dat de telefoon van het werk wordt gebruikt om kennis te nemen van inhoud voor volwassenen en ontspanning, die deze werknemers afleidt van de taken die hen werden toevertrouwd en die bovendien ongerechtvaardigd financieel leed kan berokkenen aan de werkgever.

3.5. Tot slot dient te worden beschouwd dat de astrologiedienst die [M. T.] verstrekt onder de categorie van diensten valt die worden beoogd in punt 2 van de bijlage en dus enkel toegankelijk mag worden gemaakt via een 0905-nummer.'

- Beslissing D-2012-08 ([M.]) p 5:

'Noch de Ethische Code, noch het KB Nummering bepalen uitdrukkelijk onder welke nummerreeks een betalende dienst voor toekomstvoorspelling dient te worden aangeboden. [M.] gebruikt hiervoor het SMS kort nummer 3308, dus een nummer vallend onder de categorie van diensten beschreven in punt 3 van de bijlage bij de Ethische Code. Om dat te kunnen doen, mag de dienst die [M.] aanbiedt niet vallen onder de categorieën van diensten beschreven in punt 1 en 2 van de bijlage.

(...)

Overeenkomstig punt 2 van de hierboven geciteerde rechtspraak dient er gekozen te worden voor het gebruik van een betalend nummer uit deze (categorie van) nummerreeks(en) die het hoogste niveau van bescherming van de eindgebruiker biedt, daarbij in hoofdzaak rekening houdend met de bescherming die ouders, de maatschappij en werkgevers doorgaans wensen (met name door middel van Call Barring), zonder de impact van andere beschermingssystemen, zoals de tariefbeginselen toepasselijk op deze of gene nummerreeks, uit het oog te verliezen.

Toepassing van die criteria leidt volgens de Ethische Commissie tot het volgende: Op het niveau van perceptie van de inhoud lijkt het zeker en vaststaand dat ouders en werkgevers die de consultatie van 'nuttige' betalende inhoud willen scheiden van andere betalende inhoud zullen verwachten dat astrologiediensten vallen onder de 'volwassenenreeksen' of onder de 'ontspanningsreeksen'.

(...)

- Beslissing D-2012-18 ([L. A.]):

‘3.5. In dit geval worden de helderziendendiensten niet uitdrukkelijk vermeld in de bijlage bij de Ethische Code.

Er dient dus beroep te worden gedaan op het tweede hierboven vermelde criterium en meer in het bijzonder op de bescherming van de consumenten via de toepassing van de tariefbeginselen naargelang van de nummerreeksen.’

21. Het gebrek aan enige wettelijke basis heeft de Ethische Commissie er niet van weerhouden een beleid te ontwikkelen waarbij horoscoop- en astrologiediensten niet meer onder de restcategorie zouden ressorteren, maar verplicht zouden moeten aangeboden worden via nummerreeks 0905 bestemd voor ontspanningsdiensten.

Momenteel is er zelfs nog een zaak hangende bij de Ethische Commissie aangaande deze problematiek (zaak D-2012-07). Het heeft er aldus alle schijn van dat de Ethische Commissie de uitspraak in deze zaak (alook alle eventuele hogere beroepen ingesteld tegen andere uitspraken) in de door haar geprefereerde (maar niet geregelde) richting tracht te sturen door via het bestreden Koninklijk besluit alsnog enige wettelijke basis aan haar ‘beleid’ te geven.

22. Bijkomend dient opgemerkt te worden dat de verwijzing naar horoscoop- en astrologiediensten in het bestreden Koninklijk besluit nog steeds niet remedieert aan de vaststelling dat er geen enkele wettelijke definitie van dit soort diensten bestaat en dat noch de Telecom-wet, noch één van haar uitvoeringsbesluiten toelaat deze appreciatie aan de Ethische Commissie te delegeren.

o Het argument ‘Call Barring’ is onjuist.

23. Het argument van de doeltreffendheid van ‘Call Barring’ of oproepblokkering – hetgeen de Ethische Commissie gebruikt in haar beslissingen ter verantwoording van haar ‘beleid’ inzake horoscoop- en astrologiediensten (zie ook stuk 6 en 9) – is niet pertinent.

Call Barring bestaat er in dat inkomende of uitgaande berichten, communicatie of uitgaande oproepen naar de betaalnummers op verzoek van de eindgebruiker kunnen geblokkeerd worden door de operatoren (stuk 6). Zo kunnen bijvoorbeeld ouders of werkgevers gratis oproepen naar betalende nummers blokkeren. Voor vaste telefoonlijnen kan dit worden verzocht aan de telefooncentrale, voor mobiele telefonie aan de operatoren.

Call Barring kan niet enkel worden toegepast op de 0905 nummerreeks (ontspanningsdiensten), maar eveneens op de 0906 en 0907 nummerreeksen (‘adult’ diensten). Call Barring is mogelijk voor zowel diensten onder een ‘pay per minute’- als voor diensten onder een ‘pay per call’-systeem en bovendien voor alle nummerreeksen in het nummerplan voor telefoondiensten. Call Barring is m.a.w. geenszins gelinkt aan het vergoedingssysteem (‘pay per call’/ ‘pay per minute’) van de betreffende diensten.

Call Barring kan dan ook geen geldig argument zijn om bijvoorbeeld de betalende ‘adult’-diensten niet en de betalende horoscoop- en astrologiediensten wél te onderwerpen aan een ‘pay per call’-systeem en aldus ten onrechte op een verschillende wijze te behandelen als diensten die naar finaliteit nochtans wel vergelijkbaar zijn.

De verschillende behandeling berust eerder op een waardeoordeel en

persoonlijke appreciatie in hoofde van de Ethische Commissie, dan op enige objectieve en pertinente verantwoording of motivering.

24. Gelet op het bovenstaande, zijn de nieuwe bepalingen niet gesteund op in rechte en in feite aanvaardbare motieven en strijdt aldus met de (materiële) motiveringsplicht en het zorgvuldigheidsbeginsel.”

16.2. In hun memorie van wederantwoord stellen de verzoekende partijen dat de verwerende partij er niet in slaagt om maar enige objectieve, logische motivering of verantwoording te geven voor de onderwerping van horoscoop-, astrologie- of toekomstvoorspellingsdiensten aan de tarifiering per oproep. Zij vervolgen:

“Integendeel, verwerende partij blijkt zich vast te rijden in een cirkelredenering. Zo geeft zij meermaals aan dat de Ethische Commissie zelf in haar evaluatieverslag van 15 januari 2013 verschillende opties heeft voorgesteld om de voorspellingsdiensten in te delen, rekening houdend met de belangen van de verschillende betrokken partijen. De Ethische Commissie lijkt daarbij zelfs de voorkeur te geven aan de optie waarbij een tarificatie per minuut in de ontspanningsreeksen enkel wordt beperkt tot de voorspellingsdiensten. Het is volgens verwerende partij uiteindelijk evenwel de Minister/Koning die beslist binnen de hem toekomende – en door de beginselen van behoorlijk bestuur (motiveringsplicht, gelijkheidsbeginsel, zorgvuldigheidsplicht, redelijkheids- en proportionaliteitsbeginsel, etc.) beperkte – beoordelingsvrijheid. Het is uiteindelijk dus de Minister die zijn voorkeur voor de in het bestreden KB weerhouden optie heeft laten gelden [...].

Evenwel, de uiteindelijke – voor verzoekende partijen meest nadelige – keuze vanwege de Minister/de Koning wordt louter verantwoord door een verwijzing naar de codificatie van de bestaande rechtspraak van diezelfde Ethische Commissie... Die rechtspraak dateert daarenboven evenwel van vóór bovenvermeld evaluatieverslag waarin verschillende opties worden gesuggereerd, is voor ernstige kritiek vatbaar (zie infra) en kon op dat moment enkel toepassing maken van het toen geldende reglementaire kader, waarvan net was vastgesteld dat het aan herziening toe was wegens de beperktheid en onduidelijkheid, mede voor wat betreft de indeling van voorspellingsdiensten (cfr. voorstellen de lege ferenda van de Ethische Commissie). Er werd door de Minister/Koning derhalve nooit een analyse van de verschillende mogelijkheden opgesteld of besproken.

Het hoeft geen betoog dat een dergelijke beslissing niet met de vereiste zorgvuldigheid werd genomen en niet is gestoeld op objectieve, pertinente (in feiten juiste en in rechte aanvaardbare) gronden, zeker wanneer ook nog de vergelijking wordt gemaakt met andere gelijkaardige diensten zoals de diensten voor meerderjarigen die wel een ‘pay per minute’ systeem kennen, ondanks de uitgebreide waarborgen ter bescherming van de (zwakke) consument.

[...]

26. Wat meer concreet de motivering betreft, merkt verwerende partij in

eerste instantie op dat de motivering ruimer is dan alleen een verwijzing naar de codificatie van de rechtspraak van de Ethische Commissie. Verwerende partij doelt meer concreet op het feit dat bij artikel 6 van het KB, dat meldt dat de bijlage bij de Ethische Code wordt vervangen door een nieuwe bijlage, in het Verslag aan de Koning nog wordt opgemerkt: ‘Dit artikel vereenvoudigt en moderniseert de bijlage bij de Ethische Code. De complexiteit van de huidige bijlage bij de Ethische Code wordt vaak opgeworpen door dienstenaanbieders in dossiers over een incorrect nummergebruik. De bijlage die ingevoerd wordt door dit besluit is gebaseerd op de principes van de typologie betalende diensten, die de Ethische Commissie toestuurde aan de houders van betaalnummers per brief van 11 april 2013. Die (omzend)brief bevatte ook een niet-limitatieve lijst van voorbeelden van diensten en commentaren die gebaseerd waren op de vroegere bijlage bij de Ethische Code (en die nog weerspiegeld is in de artikelen 50 en 71 van het KB Nummering), de tekst van de Ethische Code, gevolgtrekkingen uit rechtspraak van de Ethische Commissie en observatie van de markt.’

Deze opmerking voegt evenwel niets toe aan (het gebrek aan) de verantwoording voor de concrete beslissing in artikel 5 om de voorspellingsdiensten onder de categorie 2 van ontspanningsdiensten te onderwerpen aan een betalingssysteem per oproep. Sterker nog, er wordt gewag gemaakt van het feit dat bij de vereenvoudiging en modernisering van de bijlage bij de Ethische Code ook rekening zou zijn gehouden met observaties van de markt, terwijl de noden van de sector net schromelijk over het hoofd werd gezien voor wat deze voorspellingsdiensten betreft [...].

27. Vervolgens verwijst verwerende partij voor de motivering/verantwoording ook naar het besluitvormings- en wetgevingsproces. Ook daaruit blijkt enkel dat er nood was aan regelgevend ingrijpen, maar is nergens een reden of verantwoording vermeld waarom de voorspellingsdiensten uiteindelijk onder de categorie van 0905-nummers (met derhalve een tarief per oproep) worden ondergebracht. In een omzendbrief van 11 april 2013 had de Ethische Commissie – op basis van haar rechtspraak – zonder verdere toelichting aangegeven dat voor deze diensten volgens haar visie en op grond van de toenmalige regelgeving een 0905-nummer moest worden gebruikt.

In het kader van de opmaak van de nieuwe regelgeving gaf ook het BIPT aan dat rekening moet worden gehouden met de standpunten van de dienstenaanbieders/sector zelf (zie stuk 8 administratief dossier, p. 3 waarin het BIPT het onder meer heeft over bestaande legitieme business-modellen van de dienstenaanbieders). Dat volgde overigens ook uit het reeds vermelde evaluatierapport van de Ethische Commissie van 15 januari 2013.

Er werd dan weliswaar een openbare raadpleging georganiseerd, maar die had enkel betrekking op een vroeger ontwerp dat nog geen bepalingen bevatte omtrent de indeling van de voorspellingsdiensten. Het BIPT had zelfs aangegeven dat voor die (latere) wijziging normaliter een nieuwe raadpleging had moeten gebeuren. Toen verzoekende partijen als dienstenaanbieders van voorspellingsdiensten alsnog hun standpunten en bezwaren inzake de voorgenomen indeling van de voorspellingsdiensten hebben overgemaakt (stukken 20 en 23 administratief dossier), werden zij door het kabinet van de

Minister kort en zonder ten gronde op de argumenten in te gaan afgewimpeld (stuk 22 administratief dossier).

Nochtans is het aanbieden van voorspellingsdiensten via telecommunicatie, net zoals het aanbieden van telecommunicatiediensten voor meerderjarigen (erotisch getinte inhoud), een legitieme activiteit die een zeker publiek kent, zoals de Ethische Commissie ook zelf aangeeft (stuk 1b administratief dossier, p. 7). De aanbieders zijn commerciële vennootschappen, wat impliceert dat zij de betreffende diensten op een rendabele manier moeten kunnen aanbieden. Voor de voorspellingsdiensten, waarbij gesprekken worden gevoerd met personen en dus geen kortstondige acties (voting, aankoop van spelletjes of ringtones, etc.) ten aanzien van een geautomatiseerd systeem betreffen, zijn enkel de business-modellen die gesteund zijn op een ‘pay-per-minute’ formule werkbaar.

28. Wat tenslotte de rechtspraak zelf van de Ethische Commissie betreft, kan in eerste instantie worden verwezen naar hetgeen daarover reeds in het verzoekschrift is vermeld.

Van belang is om te herhalen dat die rechtspraak toepassing maakte/moest maken van de toenmalige regelgeving, ondanks het feit dat op dat moment en ook later de nood was geopperd om het regelgevend kader aan te passen (verwerende partij wijst zelf ook meermaals op het feit dat het geen gesloten systeem betreft). Dat men zich bij dat regelgevend ingrijpen vervolgens terug en louter gaat baseren op de rechtspraak die werd gewezen in het kader van de vorige (ontoereikende) regels, is op zijn minst tegenstrijdig en kan geen geldige verantwoording voor de genomen beslissing vormen.

Bovendien is deze ‘vaste’ rechtspraak ontstaan naar aanleiding van een geschil waarbij de voorspellingsdiensten werden aangeboden onder een betalend 070-nummer, dat veel minder bescherming biedt ten aanzien van de consumenten (stuk 5 verzoekende partijen (beslissing D-2011-05 ([M. T.])). Ondanks het feit dat voor alle 09**-nummerreeksen uitgebreide beschermingsmogelijkheden bieden voor consumenten, waaronder de mogelijkheid tot oproepblokkering (call barring), tariefmededeling bij aanvang van het gesprek en een verplichte afbraak (‘forced release’) na 10 minuten, en ondanks de suggestie van betrokken partijen om bijvoorbeeld de 0903-nummerreeks te gebruiken binnen de restcategorie 3, oordeelde de Ethische Commissie in haar rechtspraak zonder verdere motivering op dat punt dat de voorspellingsdiensten onder het 0905-nummer moesten worden aangeboden. Dat zulks impliceerde dat er slechts per oproep (in plaats van per minuut) kon worden gefactureerd, werd zelfs niet besproken.

Ook omtrent de zogenaamde doelstelling om het call barring systeem ‘efficiënt’ te kunnen toepassen (memorie van antwoord, randnummers 35 en 36) kunnen ernstige twijfels worden geuit. Verwerende partij gaat daarbij vooreerst voorbij aan het feit dat de Ethische Commissie zelf meerdere mogelijke scenario’s had voorgesteld, waaronder een scenario waarin voorspellingsdiensten tegen een vergoeding per minuut zouden kunnen worden aangeboden (binnen de categorie van de ontspanningsdiensten).

Het vergoedingssysteem zelf (per minuut of per oproep) – dat de essentie vormt van de bezwaren van verzoekende partijen – is derhalve niet relevant voor de efficiëntie van de call barring. Call barring is ook perfect mogelijk voor

een categorie waarbij een tarief per minuut geldt (categorie 1) of voor een categorie met gemengde systemen (categorie 3).

Voorts argumenteert verwerende partij dat call barring ook specifiek per categorie mogelijk is, waarbij het voor ouders of werkgevers mogelijk moet zijn om bijvoorbeeld ‘het gebruik van familietelefoons voor betalende toekomstvoorspellingsdiensten onmogelijk te maken en tegelijkertijd voor andere ‘nuttige’ betalende diensten, zoals het ontvangen van het dagelijkse weerbericht op de gsm, mogelijk te maken’ (randnummer 75, p. 35 memorie van antwoord). Verwerende partij gaat evenwel voorbij aan het feit dat zulks evengoed kan worden verwezenlijkt indien de voorspellingsdiensten bijvoorbeeld onder de categorie 1 (diensten voor meerderjarigen) zou worden ondergebracht, waardoor dit geen geldige reden kan zijn voor het onderscheid. Bovendien heeft de indeling van de voorspellingsdiensten in de algemene categorie van de ontspanningsdiensten tot gevolg dat ouders die dergelijke voorspellingsdiensten willen blokkeren voor hun minderjarige kinderen, daarmee eveneens automatisch alle andere ontspanningsdiensten (ringtones, spelsessies, televoting, kwissen, etc.) uitschakelen, hoewel die doorgaans nochtans vooral een jeugdig publiek aanspreken. De efficiëntie is hierbij met andere woorden ook ver zoek. De bestreden bepalingen dragen in dit opzet zeker niet bij tot de doelstelling, zoals verwoord in het Verslag aan de Koning bij het KB Ethische Code, ‘om onder meer oproepblokkering (of ‘Call barring’) op een correcte manier te kunnen laten plaatsvinden’.”

16.3.1. In hun laatste memorie benadrukken de verzoekende partijen dat noch het administratief dossier, noch de door de verzoekende partijen voorgelegde stukken toelaten te besluiten dat horoscoop-, astrologie- of toekomstvoorspellingsdiensten steeds onder het begrip en de categorie van ontspanningsdiensten vielen. Zij stellen:

“- In haar uitspraken betreffende toekomstvoorspellingsdiensten heeft de Ethische Commissie bevestigd dat noch de Ethische Code, noch het KB Nummering uitdrukkelijk bepalen onder welke nummerreeks een betalende dienst voor toekomstvoorspelling dient te worden aangeboden (zie o.a. stuk 5 verzoekende partijen, zaak [M.], p. 5).

Meer nog, in de diverse uitspraken van de Ethische Commissie aangaande dergelijke diensten, heeft deze commissie expliciet steeds een beslissing opgebouwd op grond van het bestaan van onduidelijkheid waarbij ‘voor het hoogste beschermingsregime’ zou moeten worden gekozen. Was het bestaande wettelijk kader duidelijk geweest, dan was de betreffende ‘rechtspraak’ van de Ethische Commissie er evident nooit gekomen.

- Het verslag van de Ethische Commissie d.d. 7 februari 2012 (stuk 1 bis van het administratief dossier) bevestigt expliciet dat de omschrijving van de dienstencategorie ‘ontspanning’ geen rechtszekerheid verschaft aan de marktpartijen en formuleert vanuit deze vaststelling een aantal voorstellen de lege ferenda (zie o.a. p. 7 van dit verslag).

- Er is geen enkele basis om aan te nemen dat het begrip ‘ontspanningsdiensten’ een ‘gebruikelijke betekenis’ zou kennen die van aard is automatisch horoscoop-, astrologie- of toekomstvoorspellingsdiensten te omvatten.

Deze stelling is niet meer dan een persoonlijke appreciatie [...] m.b.t. dergelijke dienstverlening maar biedt op zich geen basis tot kwalificatie als dienst van verpozing of ontspanning. De gebruikers van astrologie-, horoscoop- of toekomstvoorspellingsdiensten zoeken hierin naar de mening van verzoekende partijen zeker geen ontspanning maar eerder een vorm van coaching. Mensen die daarentegen geen waarde of geloof hechten aan deze diensten en hierin eerder een pseudowetenschap zien, zijn er überhaupt geen gebruikers van en zien deze dus evenmin als ontspanning.

- Er bestaan drie hoofdcategorieën van betalende nummerreeksen, waaronder één algemene (rest)categorie van betaalnummers. Voor elk van de categorieën kan de hoogst mogelijke bescherming worden geboden (via call barring en forced release). Wanneer er grote onduidelijkheid bestaat over de indeling van een bepaalde dienst – hetgeen ontegensprekelijk het geval was voor toekomstvoorspellingsdiensten – dan zal deze dienst ‘gebruikelijk’ in de algemene (rest)categorie worden ondergebracht, zeker wanneer in die (rest) categorie ook meer aangepaste tarificatiemogelijkheden bestaan (hetgeen trouwens ook een bekommernis van de Ethische Commissie zelf was).”

16.3.2. De verzoekende partijen zijn ook van mening dat ten onrechte wordt beweerd dat de gebruikelijke lengte van een gesprek geen factor zou zijn die in acht kan worden genomen bij het onderbrengen van een bepaalde dienst in één van de drie categorieën. Zij benadrukken:

“Het is correct dat artikel 50, §4 KB Nummering verwijst naar een soort van dienst (i.e. een omschrijving van de inhoud ervan) en niet uitdrukkelijk naar de lengte ervan, doch het is evident dat aan elke soort van dienst een bepaalde (gebruikelijke) tijdsduur eigen is. Bovendien hebben verzoekende partijen niet artikel 50, §4 KB Nummering bestreden doch wel de bepalingen van het litigieuze KB die, zonder rekening te houden met alle eigenheden van de dienst (waaronder de gebruikelijke gespreksduur), de onderbrenging in categorie twee opleggen.”

16.3.3. Volgens de verzoekende partijen wordt er gesteld dat *call barring* niet verbonden is aan een vergoedingssysteem en op elk 09xx nummer kan worden toegepast maar dat de Ethische Commissie alsnog terecht voor “de strengste optie” heeft gekozen omdat deze de “meeste bescherming” biedt. Deze argumentatie gaat volgens de verzoekende partijen echter in tegen de verschillende pistes die de Ethische Commissie zelf naar voor heeft geschoven in haar verslag

van 7 februari 2012. Voormeld verslag geeft geenszins aan dat de gewenste bescherming enkel kon worden verkregen binnen de categorie ontspanningsdiensten, maar suggereert eerder een specifieke tarificatie per minuut toe te laten voor horoscoop-, astrologie- en toekomstvoorspellingsdiensten. Bovendien wordt niet verduidelijkt waarom horoscoop-, astrologie- en toekomstvoorspellingsdiensten zouden moeten worden onderworpen aan een ‘strenger’ regime dan bijvoorbeeld ‘adult’ (volwassenen) diensten, waarvoor dan kennelijk het ‘hoogste niveau van bescherming’ niet is vereist. Zulks klemmt trouwens met het verslag aan de koning bij het koninklijk besluit van 27 april 2007 waaruit kan worden afgeleid dat net volwassenendiensten onder een strenger regime (moeten) vallen dan ontspanningsdiensten.

Ook wordt volgens de verzoekende partijen voorbijgegaan aan de opmerking dat de indeling van horoscoop-, astrologie- en toekomstvoorspellingsdiensten bij de ontspanningsdiensten, omwille van het systeem van *call barring*, voor gevolg heeft dat gebeurlijke blokkering door ouders van oproepen naar die diensten automatisch het blokkeren van de toegang tot de volledige categorie van ontspanningsdiensten met zich meebrengt (dus ook spelletjes, ringtones, quizen, enzovoort – die nochtans vooral op minderjarigen zijn gericht), maar de toegang tot volwassenendiensten onbeperkt laat.

16.3.4. Ten slotte wijzen de verzoekende partijen in hun laatste memorie erop, dat wordt beweerd dat de brief van het BIPT van 14 november 2013 aan de bevoegde minister enkel betrekking zou hebben op de afschaffing van het betalend karakter van 070 nummers. Volgens de verzoekende partijen is dit niet correct en zij vervolgen:

“Op dezelfde pagina 3 van deze brief wordt letterlijk gesteld (eigen aanhaling): ‘Een tweede consultatie van (minimaal) een maand over een ontwerpKB, dat ditmaal de extra wijzigingen op het vlak van 070-nummers en aan de bijlage van de Ethische Code zou bevatten, ...’

Er is dus wel degelijk geadviseerd een tweede consultatie te houden aangaande de toevoegingen aan het ontwerpKB (waaronder de aangevochten bepalingen), die initieel niet voorzien waren en waarover de dienstenaanbieders/sector niet werd(en) geconsulteerd. Niet zonder reden heeft

het BIPT daarom uiteindelijk voorgesteld ‘geen wijzigingen aan te brengen aan het ontwerpKB dat voor consultatie werd voorgelegd.’”

Beoordeling van het eerste middelonderdeel

17.1. De overheid beschikt bij de uitoefening van haar verordenende bevoegdheid over een discretionaire beoordelingsbevoegdheid. Zij kan dan oordelen welke maatregelen haar als het meest geschikt voorkomen teneinde de doelstelling van algemeen belang te bewerkstelligen. Dat oordeel zal een opportuniteitsoordeel zijn. Wanneer aan de overheid een discretionaire bevoegdheid wordt verleend, kan de overheid kiezen tussen verschillende juridisch gegronde mogelijkheden. Het oneens zijn met een bepaalde appreciatie maakt op zich geen middel tot vernietiging uit.

17.2. De materiële motiveringsplicht is van toepassing op reglementaire besluiten. De materiële motiveringsplicht als beginsel van behoorlijk bestuur houdt in dat iedere administratieve rechtshandeling moet steunen op motieven waarvan het feitelijk bestaan naar behoren is bewezen en die in rechte ter verantwoording van die handeling in aanmerking kunnen worden genomen, met name in redelijkheid aanvaardbaar zijn. De motieven kunnen niet alleen blijken uit de overwegingen van het besluit zelf, maar ook uit de stukken van het dossier.

17.3. Ook het zorgvuldigheidsbeginsel is van toepassing op reglementaire besluiten. Het zorgvuldigheidsbeginsel houdt in dat de overheid haar beslissing op zorgvuldige wijze moet voorbereiden. Dit impliceert dat de beslissing dient te steunen op werkelijk bestaande en concrete feiten die met de vereiste zorgvuldigheid werden vastgesteld. De zorgvuldigheid verplicht de overheid onder meer om zorgvuldig te werk te gaan bij de voorbereiding van de beslissing en ervoor te zorgen dat de feitelijke en juridische aspecten van het dossier deugdelijk onderzocht worden, zodat de overheid met kennis van zaken kan beslissen.

18.1. Het uitgangspunt van het middelonderdeel is dat door de bestreden bepalingen horoscoop-, astrologie- of toekomstvoorspellingsdiensten op onrechtmatige wijze worden onderworpen aan een *pay per call*-systeem in plaats van een *pay per minute*-systeem. Volgens de verzoekende partijen vielen ze tot het bestreden besluit onder de restcategorie 3. Zij spreken daarom van een ‘nieuwe indeling’.

De vraag rijst of de horoscoop-, astrologie- of toekomstvoorspellingsdiensten niet reeds vóór het van kracht worden van het bestreden besluit onder het begrip ontspanningsproducten of -diensten vielen zodat er van een nieuwe indeling geen sprake is.

Uit haar beslissingen blijkt dat de Ethische Commissie vóór de aanname van de bestreden bepalingen reeds van oordeel was dat voor horoscoop-, astrologie- of toekomstvoorspellingsdiensten een 0905-nummer moest worden gebruikt. Dit nummer geldt voor ontspanningsproducten of -diensten zoals bepaald in de vorige versie van de bijlage met als opschrift ‘Nummerreeksen waarvoor het is toegestaan om naast de prijs voor de communicatie ook een betaling voor de inhoud te vragen’, bij het koninklijk besluit van 9 februari 2011. Overeenkomstig artikel 50, § 4, van het koninklijk besluit van 27 april 2007 geldt een tarifiering van 2 euro per oproep voor ontspanningsdiensten. De bestreden bepalingen – waaronder de gewijzigde bijlage – wijzigen niets aan het tarifieringssysteem in de artikelen 48 en 50 van het koninklijk besluit van 27 april 2007 waar per prefix een dienst en een maximumprijs worden vastgelegd.

18.2. Uit het verslag aan de koning met betrekking tot de artikelen 5 en 6 van het bestreden besluit blijkt dat het de bedoeling is om artikel 50, § 4, van het koninklijk besluit van 27 april 2007 van toepassing te maken op die dienstenaanbieders. Artikel 50, § 4, eerste lid, luidt:

“De nummers uit de nummerreeks met de cijfers ‘05’ volgend op de dienstidentiteit 9 worden gebruikt voor het aanbieden van betalende diensten via elektronische-communicatienetwerken waarmee toegang wordt gegeven tot spelletjes, wedstrijden of kwissen, met uitzondering van erotisch of seksueel

getinte spelletjes, wedstrijden of kwissen, of die het mogelijk maken te betalen voor logo's, beltonen of andere ontspanningsproducten of Bdiensten, met uitzondering van erotisch of seksueel getinte logo's, beltonen of ontspanningsproducten of Bdiensten, die geleverd worden tijdens de oproep of als direct gevolg hiervan, waarvan het eindgebruikerstarief aangerekend voor oproepen uitgaande van om het even welk elektronische-communicatienetwerk maximaal 2 euro per oproep bedraagt."

Aangezien de term 'ontspanningsproducten' niet nader wordt omschreven, dient hij in zijn gebruikelijke betekenis te worden begrepen. Horoscoop-, astrologie- of toekomstvoorspellingsdiensten worden geacht hieronder te vallen. De volgende opvatting van de Ethische Commissie in haar beslissing nr. D-2012-08 inzake M. van 14 december 2012 waarin zij stelt dat toekomstvoorspelling geen "nuttige" betalende inhoud heeft, maar tot ontspanning behoort, doet hiervan blijken:

"Werkgevers zullen doorgaans beschouwen dat een via de bedrijfstelefoon gefactureerde toekomstvoorspelling (in tegenstelling tot bijvoorbeeld betalend fiscaal advies) het bedrijf en de bedrijfsvoering niets bijbrengt. Het is eveneens redelijk om te stellen dat een groot deel van de ouders (en de maatschappij) toekomstvoorspellingsdiensten ziet als ontspanning of entertainment (vergelijk het ook met de waarzeggers die op een plaatselijke kermis op verzoek en tegen betaling de kaarten leggen)."

Dat de verzoekende partijen van oordeel zijn dat horoscoop-, astrologie- of toekomstvoorspellingsdiensten geen ontspanning bieden maar eerder een vorm van 'coaching' zijn – zoals zij in hun laatste memorie poneren – is een bewering die niet verder wordt onderbouwd en die alleszins niet de opvatting weergeeft van de regelgever.

18.3. De verzoekende partijen trachten nog aan te tonen dat de horoscoop-, astrologie- of toekomstvoorspellingsdiensten een andere finaliteit hebben dan ontspanningsdiensten. Zij verbinden daarbij de aard van de categorieën van nummerreeksen aan het toepasselijke vergoedingssysteem. Korte gesprekken worden per oproep vergoed, gesprekken van enige duur worden per minuut vergoed. De verzoekende partijen suggereren een evenredig verband tussen de lengte van de gesprekken en de tarifiering.

Zij verwijzen naar de definitie van de term ‘spelsessie’ in artikel 1, 10°, van het koninklijk besluit van 9 februari 2011 die luidt:

“het geheel van handelingen dat gesteld moet worden om kans te maken op het winnen van een prijs verbonden aan een spel, wedstrijd of een quiz of om de antwoorden te kennen op een spel-, wedstrijd- of quizopgave.”

Zij verwijzen ook naar het bepaalde in artikel 59 van hetzelfde besluit dat luidt:

“Spelen, wedstrijden en quizzen georganiseerd aan de hand van betaalnummers hebben een vaststaand ogenblik van afsluiting, behalve wanneer er onmiddellijke prijzen toegekend worden. Een ontoereikend aantal inzendingen, een te groot aantal inzendingen of inzendingen van ongepaste kwaliteit zijn geen aanvaardbare redenen om het ogenblik van afsluiting van een spel, wedstrijd of quiz te veranderen of om geen prijzen uit te reiken.”

In tegenstelling met wat de verzoekende partijen beweren, blijkt uit voornoemd artikel 50, § 4, en uit de bijlage bij de Ethische Code niet dat er een verband zou bestaan tussen de duur van de oproep en de begripsbepaling van (andere) ontspanningsproducten. Evenmin blijkt dit uit het verslag aan de koning. Meer zelfs, artikel 50, § 4, lijkt enkel met de inhoud van de communicatie rekening te houden en niet met de lengte van het gesprek. Indien blijkt dat spelletjes, wedstrijden of kwissen, logo's, beltonen, andere ontspanningsproducten of Bdiensten, een erotisch of seksueel getint karakter vertonen, vallen ze niet onder deze bepaling, maar wel onder artikel 50, § 3, van het koninklijk besluit van 27 april 2007. In het verslag aan de koning bij het koninklijk besluit van 27 april 2007 wordt hieromtrent het volgende gesteld:

“Wat betreft de grensgevallen in de categorisering (bv. tot welke reeks behoort een erotisch spelletje?) heeft § 4 van artikel 50 de bedoeling de stelregel in te voeren dat, indien er twijfel kan bestaan over het erotisch of seksueel karakter van een ontspanningsdienst, de dienst ondergebracht moet worden onder de 906 en 907 nummerreeksen voor volwasseneninhoud. Enkel door een dergelijke regel te hanteren wordt de grootst mogelijke bescherming (onder meer in termen van Call Barring) bereikt.”

De verzoekende partijen hanteren met het leggen van een verband tussen de duur van het gesprek en de tarifiering een logica die hen tot voordeel strekt, maar niet uit de toepasselijke regelgeving volgt. Zij gaan eraan voorbij dat consumentenbescherming een belangrijke rol speelt bij onder meer de tarifiering van betaalnummers in artikel 50 van het koninklijk besluit van 27 april 2007. Er mag worden aangenomen dat de betaling per oproep voor ontspanningsdiensten – die eveneens toegankelijk zijn voor minderjarigen – tot een betere bescherming van de consument leidt.

Uit wat voorafgaat blijkt dat horoscoop-, astrologie- of toekomstvoorspellingsdiensten reeds vóór de inwerkingtreding van de bestreden bepalingen onder het begrip ontspanningsproducten en -diensten vielen en dus aan een *pay per call*-tarief onderworpen moesten worden. Het uitgangspunt van een nieuwe indeling is onjuist.

19.1. De verzoekende partijen voeren ook aan dat de ‘codificatie van de rechtspraak’ van de Ethische Commissie geen afdoende onderbouwde motivering vormt voor de wijziging of aanpassing van de bestaande regelgeving, zeker wanneer deze niet correct blijkt te zijn.

Dat standpunt kan niet worden bijgevalen om de volgende redenen.

19.2. De bestreden bepalingen vormen immers geen wijziging of aanpassing, maar wel een bevestiging en versteviging van de bestaande juridische toestand. Zoals hiervoor is aangetoond, vormen de bestreden bepalingen een bevestiging van de beslissingen van de Ethische Commissie dat horoscoop-, astrologie- of toekomstvoorspellingsdiensten onder het begrip ontspanningsproducten en -diensten vallen waarvoor een 0905-nummer moet worden gebruikt. In die zin vormt de verwijzing naar de beslissingen van de Ethische Commissie waarbij onder meer wordt stilgestaan bij de bescherming van de eindgebruiker, een deugdelijke motivering.

19.3. De verzoekende partijen tonen niet aan dat de beslissingen van de Ethische Commissie niet correct zouden zijn.

De Ethische Commissie oordeelde in haar beslissingen terecht dat horoscoop-, astrologie- of toekomstvoorspellingsdiensten onder het begrip ontspanningsproducten en -diensten vielen. Het standpunt van de verzoekende partijen dat zij onder de restcategorie vielen, kan niet worden aangenomen, zoals hiervóór reeds werd aangetoond.

Wat het argument van de *call barring* betreft, stellen de verzoekende partijen dat dit systeem niet verbonden is aan het vergoedingssysteem *pay per call/pay per minute*. Dit is correct, maar dit is ook nooit gesteld door de Ethische Commissie in haar beslissingen. Uit de zaken die door de Ethische Commissie werden behandeld, blijkt dat de dienstaanbieders zelf hun horoscoop-, astrologie- of toekomstvoorspellingsdiensten onder de restcategorie plaatsen. Door rekening te houden met de bescherming van de eindgebruikers, is de Ethische Commissie van oordeel dat de bescherming onder de restcategorie minder sterk is. Dit blijkt onder meer uit haar beslissing nr. D-2012-04 inzake M. T. van 29 augustus 2012:

“2. in geval van twijfel of gebrek aan exacte informatie, ervoor moet worden gekozen om een betaalnummer uit deze (categorie van) nummerreeks(en) te gebruiken dat het hoogste niveau van bescherming van de eindgebruiker biedt.

Deze bescherming wordt grotendeels verwezenlijkt door het systeem voor oproepblokkering (‘Call Barring’). Toch is er niets dat uitsluit dat er ook rekening moet worden gehouden met andere beschermingssystemen, zoals de toepasselijke tariefbeginselen en de verplichting om gesprekken na 10 minuten al dan niet te onderbreken (‘forced release’).

Wanneer de kwestie wordt bekeken vanuit het standpunt van de bescherming van de eindgebruikers via Call Barring, dient in eerste instantie te worden toegezien op de bescherming van de zwakke consument, in het bijzonder de bescherming van minderjarigen tegen voor hen ongepaste inhoud (met erotisch of seksueel karakter). Dit is een bescherming die de ouders (en de maatschappij) doorgaans wensen. Vervolgens moet ook rekening worden gehouden met de wettelijke belangen van de werkgevers die wensen dat er ‘nuttige’ of ‘ernstige’ betaalnummers ter beschikking worden gesteld van hun werknemers (bv. betaald telefonisch fiscaal advies) zonder dat de telefoon van het werk wordt gebruikt om kennis te nemen van inhoud voor volwassenen en ontspanning, die deze werknemers afleidt van de taken die hen werden

toevertrouwd en die bovendien ongerechtvaardigd financieel leed kan berokkenen aan de werkgever.”

19.4. Daarnaast dient erop te worden gewezen dat uit het administratief dossier overduidelijk blijkt dat de beslissingen van de Ethische Commissie niet de enige materiële motieven zijn waarop de bestreden bepalingen steunen.

Uit het administratief dossier blijkt immers dat er niet louter wordt verwezen naar de beslissingen van de Ethische Commissie. Zo wordt in de ‘geïntegreerde impactanalyse’ stilgestaan bij de positieve impact op de bescherming van de consumenten en de bijkomende duidelijkheid voor de gebruikers van dit soort diensten op vlak van tarieven en voorwaarden. Door de bescherming van de consumenten te benadrukken, motiveert de verwerende partij waarom tussen de verschillende opties die door de Ethische Commissie in de ‘Evaluatie van de werking van de Ethische Commissie en Aanbevelingen de lege ferenda’ van 15 januari 2013 werden voorgesteld, er voor het behoud van de strengste optie en een explicitering van de bestaande regelgeving werd gekozen, namelijk omdat deze de meeste bescherming biedt.

20.1. Ten slotte voeren de verzoekende partijen in hun memorie van wederantwoord nog aan dat volgens het BIPT rekening moest worden gehouden met de standpunten van de dienstenaanbieders/sector en dat er weliswaar een openbare raadpleging werd georganiseerd, maar dat die enkel betrekking had op een vroeger ontwerp dat nog geen bepalingen bevatte omtrent de indeling van de voorspellingsdiensten.

20.2. De verzoekende partijen geven wat het zorgvuldigheidsbeginsel betreft, aan dit middelonderdeel een andere grondslag door de schending van het zorgvuldigheidsbeginsel toe te spitsen op de schending van de op het bestuur rustende zorgvuldigheidsplicht bij de totstandkoming van een reglementair koninklijk besluit.

Er moet worden vastgesteld dat de verzoekende partijen dit pas doen in hun memorie van wederantwoord. Waar zou kunnen worden aangenomen dat de verzoekende partijen dit niet eerder konden doen dan in hun memorie van wederantwoord, na kennisname van de hen niet eerder bekend zijnde stukken van het administratief dossier, moet te dezen echter worden vastgesteld dat uit de volgende passage van hun brief van 12 februari 2014 aan de bevoegde minister van Economie, Consumenten en Noordzee, blijkt dat zij van het advies of voorstel van de Ethische Commissie maar vooral van de voorgestelde tekstwijziging reeds kennis hadden:

“[...] blijkt het Ontwerp-KB nu thans toch een nieuw artikel 5 te kennen dat als volgt luidt:

‘Artikel 19 van het koninklijk besluit van 9 februari 2011 tot vaststelling van de Ethische Code voor de telecommunicatie wordt aangevuld met een lid, luidende:

‘Toegang tot of betaling van horoscoop, astrologie of toekomstvoorspellingsdiensten wordt steeds aangeboden onder de nummerreeksen bedoeld in punt A2 en B2 van de bijlage.’”

De verzoekende partijen hadden bijgevolg deze grief reeds in hun verzoekschrift kunnen aanvoeren.

20.3. Derhalve is de nieuwe grief onontvankelijk.

21. Uit wat voorafgaat blijkt dat het eerste onderdeel van het eerste middel niet gegrond is.

Tweede middelonderdeel: uiteenzetting van het middel in zoverre het de schending aanvoert van het gelijkheidsbeginsel en het non-discriminatiebeginsel zoals vervat in de artikelen 10 en 11 van de Grondwet

22. Zoals *sub* 12 reeds is weergegeven, voeren de verzoekende partijen in het eerste middel voorts de schending aan van het gelijkheidsbeginsel en het non-discriminatiebeginsel zoals vervat in de artikelen 10 en 11 van de Grondwet.

Zij lichten dat middelonderdeel toe als volgt:

“• A.2.4. De nieuwe indeling van de horoscoop- en astrologiediensten als ontspanningsdiensten creëert een ongelijke behandeling van vergelijkbare diensten (en een gelijke behandeling van ongelijke diensten)

25. De betalende horoscoop- en astrologiediensten worden door de bestreden bepaling(en) zonder meer ingedeeld bij de ontspanningsdiensten. De ratio achter deze benadering van de Ethische Commissie zou erin bestaan dat deze diensten het meest aanleunen bij ontspanning en dat, bij twijfel, moet worden geopteerd voor de hoogste graad van bescherming. Dit laatste zou volgens de Ethische Commissie enkel kunnen worden bekomen bij gebruik van de nummerreeksen onder categorie 2 (stuk 6).

Nochtans hebben deze diensten een compleet andere finaliteit dan de bedoelde ontspanningsdiensten. Een definitie van ‘spelsessie’ kan worden gevonden in artikel 1, 10° KB 9 februari 2011: ‘het geheel van handelingen dat gesteld moet worden om kans te maken op het winnen van een prijs verbonden aan een spel, wedstrijd of een quiz of om de antwoorden te kennen op een spel-, wedstrijd- of quizopgave’. In artikel 59 van hetzelfde KB wordt verwezen naar een ‘spelen, wedstrijden en quizen georganiseerd aan de hand van betaalnummers’ die een ‘vaststaand ogenblik van afsluiting’ hebben, ‘behalve wanneer er onmiddellijk prijzen toegekend worden’. De verwijzing in voormeld artikel naar het gegeven dat een deelnemer aan een spel waaraan via betaalnummer wordt deelgenomen geen vat heeft op de duur van het spel (of uitreiking van de prijs) kan aldus een valabele reden zijn om te werken met een ‘pay per call’ systeem, terwijl diezelfde overweging (net als voor de zogenaamde ‘adult’-diensten) geenszins van toepassing is bij horoscoop- en astrologiediensten. Bij de speldiensten zal men met andere de aard van de bescherming logischerwijze liggen in het beperken van het aantal ‘calls’ bij bv. televoting en aankoop van ringtones e.d. – door een maximumbedrag per call te voorzien – terwijl bij ‘adult’-diensten en dus ook horoscoop- en astrologiediensten de lengte van het gesprek eerder determinerend zijn.

De betalende horoscoop- en astrologiediensten horen dus helemaal niet thuis bij de ontspanningsdiensten. Integendeel, deze diensten leunen veel meer aan bij de bedoelde diensten onder restcategorie 3 waaronder zij in principe reeds ressorteerden en ondergeschikt minstens bij de specifiek voor meerderjarigen bestemde diensten (categorie 1 - nummerreeksen 0906 en 0907). Deze laatste diensten mogen echter nog steeds worden aangeboden aan het – voor dergelijke diensten meer aangewezen – ‘pay per minute’ tarief.

Illustratief in dit verband is de door de Ethische Commissie zelf uitgewerkte typologie van betalende diensten die zij per brief van 11 april 2013 verstuurde aan de houders van betaalnummers (waarop de nieuwe bestreden bijlage overigens gebaseerd is (stuk 3). De Ethische Commissie haalt in dit document enkele voorbeelden aan onder de noemer van ‘adult’-diensten (categorie 1) (stuk 10), o.m.:

‘Datingdienst

(...)

Toegang tot of betaling van andere specifiek voor meerderjarigen bestemde diensten of producten’

De betalende horoscoop- en astrologiediensten zouden aldus evengoed kunnen worden beschouwd als ‘andere specifiek voor meerderjarigen bestemde diensten’ en worden ten onrechte beschouwd als ontspanningsdiensten die gericht zijn op een éénmalige en/of kortstondige actie vanwege de eindgebruiker en aldus niet vergelijkbaar zijn.

Nogmaals, voor dit onderscheid in behandeling is geen enkele objectieve en pertinente verantwoording of motivering voorhanden.

26. Bovendien creëert de bestreden bepaling een ogenschijnlijk autonome en aparte categorie van betalende telefoniediensten onder een ‘pay per call’-systeem, hoewel hiervoor geen enkele wettelijke basis bestaat, noch een aanpassing is voorzien van de reeds bestaande indeling in KB Nummering . De aparte nominatim aanduiding van deze diensten in artikel 19 van KB 9 februari 2011 dat voorts enkel naar een bijlage verwijst (en zonder enige aanpassing van de ermee samenhangende uitvoeringsbesluiten) duidt er overigens op dat deze diensten naar de logica van de indeling in KB Nummering niet geschikt zijn te ressorteren onder categorie 2 (ontspanningsdiensten). Anders zou de Koning zich hier kunnen hebben beperken tot de verduidelijking dat deze diensten als ‘ontspanningsdiensten’ moeten worden beschouwd, hetgeen niet werd opgenomen in de bestreden bepaling(en).

27. Ten slotte dient opgemerkt te worden dat – nu enkel de betalende horoscoop- en astrologiediensten onderworpen worden aan een ‘pay per call’-systeem – soortgelijke diensten via andere communicatiemiddelen zonder enige geldige verantwoording vrij zijn van enige beperking. Zo blijft het aanbieden van soortgelijke diensten via SMS chat mogelijk, dit onbeperkt in tijd en bedrag. Bovendien worden soortgelijke diensten tegenwoordig ook via persoonlijke dienstverlening aan huis verleend en via allerhande astrologiebeurzen, dit zonder enige beperking of reglementering. Ook op het internet worden soortgelijke diensten aangeboden middels alternatieve betaalmethodes, middels het aankopen van online credits en afrekening met Paypal, kredietkaart of bancontact waarna de gebruiker gebeurlijk dan toch telefonisch wordt doorverbonden met een horoscoop-adviseur. Op laatstgenoemde diensten is overigens evenmin enige sluitende fiscale controle mogelijk vermits niet eens kan worden nagegaan van waar de diensten worden aangeboden.”

23. In hun memorie van wederantwoord wijzen de verzoekende partijen erop dat zij moeten vaststellen dat de verwerende partij er hoegenaamd niet in slaagt om aan te tonen op welk objectief en redelijk verantwoord criterium het onderscheid in tariefsysteem tussen volwassenendiensten en voorspellingsdiensten is gesteund in het licht van het vooropgestelde doel “dat, zo nemen verzoekende partijen aan en blijkt ook uit het administratief dossier en de memorie van antwoord, ligt in de bescherming van de (zwakke) consument”. Zij vervolgen:

“Verwerende partij merkt in haar memorie van antwoord op dat het door verzoekende partijen ‘geschapen’ onderscheid tussen betaalsysteem per minuut (pay per minute) en per oproep (pay per call) geen juridische noch feitelijke grondslag zou hebben. Nochtans is er een evident feitelijk/economisch onderscheid tussen beide tariefmethodes, hetgeen net de reden is voor het instellen van onderhavig verzoekschrift. Die opmerking is derhalve niet ernstig. Bovendien is ook de Ethische Commissie zich terdege bewust van dit onderscheid en de impact voor de dienstverleners, aangezien zij in haar evaluatieverslag van 15 januari 2013 zelf onder meer had voorgesteld om binnen de categorie van de ontspanningsdiensten een tarief per minuut toe te laten voor de voorspellingsdiensten. Ook binnen één bepaalde categorie zijn immers verschillende tariefsystemen mogelijk (cfr. ook restcategorie 3).

30. Het kan niet worden ontkend dat diensten uit categorie 1 (adult-diensten), net zoals de voorspellingsdiensten, vanuit een economische logica zijn gebaseerd op gesprekken die enige tijdsduur impliceren, eerder dan een hoge frequentie van korte, afzonderlijke oproepen. Hoewel voor diensten uit de categorie 1 (adult-diensten) kan worden aangenomen dat de hoogste graad van bescherming van de eindgebruiker moet worden gewaarborgd, is voor die diensten wel een betaling per minuut voorzien. Er is dan ook geen enkele pertinente verantwoording om zulks dan niet te voorzien of mogelijk te maken voor de voorspellingsdiensten. Verzoekende partijen herinneren dat voor dergelijke diensten immers ook alle beschermingsmaatregelen voor de eindgebruiker mogelijk zijn, zoals tariefvermelding bij aanvang, mogelijkheid tot oproepblokkering en verplichte afsluiting na een bepaalde duur (in principe 10 minuten, de zogenaamde ‘forced release’).

Verwerende partij beperkt zich in dit verband tot de in casu irrelevante bewering dat de diensten van categorie 1 specifiek bestemd zijn voor volwassenen (hoewel bovendien niets belet dat ook minderjarigen naar deze telefoonnummers bellen) en de voorspellingsdiensten ook voor minderjarigen beschikbaar (moeten) zijn.

31. De argumenten die verwerende partij inroept om aan te voeren dat voorspellingsdiensten daarentegen niet zouden verschillen van de reeds voorziene diensten in categorie 2 (ontspanningsdiensten zoals logo’s, spelsessies, beltonen, etc.) zijn zo mogelijk nog meer nietszeggend. Er wordt opgemerkt dat zij niet beperkt zijn tot ‘spelsessies’, maar een algemene categorie van ‘ontspanningsdiensten’ vormen waarin onder meer ook televoting en de aankoop van ringtones is begrepen. Enige toelichting naar de pertinentie van de gelijke behandeling van deze diensten met de voorspellingsdiensten vanuit de logica van het te hanteren vergoedingssysteem, wordt evenwel niet verschaft en is ook in het administratief dossier nergens te vinden.

Ook de (niet vertaalde) verwijzing naar de omschrijving van ontspanningsdiensten in de Ierse Gedragscode (memorie van antwoord, randnummer 98, p. 42) is ter zake niet dienend, aangezien (i) geen indicatie wordt gegeven omtrent de vergoedingswijze en de gebeurlijke verschillen hierin en (ii) blijkbaar ook ‘sexual entertainment services’ hieronder vallen, terwijl dit onder Belgisch recht ook een aparte categorie vormt. Sterker nog, het tarificatiesysteem in de Ierse Gedragscode voor de ‘Live Services’ als ontspanningsdiensten bevestigt de zienswijze van verzoekende partijen. Uit

artikel 9.8 van de Ierse Gedragscode blijkt duidelijk dat de ontspanningsdiensten volgens een ‘pay per minute’ systeem (!) worden vergoed en niet volgens een ‘pay per call’ systeem. Bovendien is een ‘forced release’ voorzien bij een totaal bedrag van 60 EUR, daar waar dit onder het Belgisch systeem voorzien is bij 10 minuten.”

Beoordeling van het tweede middelonderdeel

24.1. De grondwettelijke regels met betrekking tot de gelijkheid en de niet-discriminatie sluiten een onderscheiden behandeling van bepaalde categorieën van personen niet uit, voor zover voor dat onderscheid een objectieve en redelijke verantwoording bestaat. Die verantwoording moet worden beoordeeld rekening houdend met het doel en de gevolgen van de betwiste maatregel en met de aard van de ter zake geldende beginselen. Het gelijkheidsbeginsel is geschonden wanneer vaststaat dat de aangewende middelen redelijkerwijze niet evenredig zijn met het beoogde doel.

24.2. Uit de bespreking van het eerste onderdeel van het eerste middel blijkt dat horoscoop-, astrologie- of toekomstvoorspellingsdiensten reeds vóór de inwerkingtreding van de bestreden bepalingen als ontspanningsproducten of -diensten dienden te worden beschouwd en dat de bestreden bepalingen niet strekken tot een nieuwe indeling.

Er dient ook te worden vastgesteld dat het eindgebruikerstarief van maximaal 2 euro per oproep volgt uit het niet aangevochten artikel 50, § 4, van het koninklijk besluit van 27 april 2007. In zoverre de kritiek gericht is tegen tarifiering per minuut voor ontspanningsdiensten, moet worden opgemerkt dat deze kritiek vreemd is aan de bestreden bepalingen. Een gebeurlijke vernietiging van de bestreden bepalingen zal er met andere woorden niet toe leiden dat de ongelijkheid in verband met de tarifiering zal verdwijnen.

24.3.1. Uit de bespreking van het eerste onderdeel van het eerste middel blijkt, dat noch de bestreden bepalingen, noch het koninklijk besluit van 27 april 2007 een onderscheid tussen categorieën maken op basis van de duur van de

gesprekken, maar wel op basis van de inhoud van de dienst. Zo volgt bijvoorbeeld uit artikel 50, § 4, van het koninklijk besluit van 27 april 2007 dat indien spelletjes, wedstrijden of kwissen, logo's, beltonen, andere ontspanningsproducten of Bdiensten een erotisch of seksueel getint karakter vertonen – ook al dienen ze in feite als ontspanningsproducten en -diensten te worden gekwalificeerd – ze niet onder deze bepaling vallen, maar wel onder artikel 50, § 3, van hetzelfde besluit, dat betrekking heeft op de “specifiek voor meerderjarigen bestemde betalende diensten”. Deze laatste diensten worden in artikel 1, 11°, van het koninklijk besluit van 9 februari 2011 omschreven als “betalende dienst via een elektronische-communicatienetwerk die specifiek bestemd is voor personen ouder dan 18 jaar”. Luidens artikel 77 van het koninklijk besluit van 9 februari 2011 worden steeds als specifiek voor meerderjarigen bestemde diensten beschouwd:

“1° betalende diensten die hetzij live hetzij door middel van het uitwisselen van berichten of bestanden, gesprekken van een seksuele of erotische aard organiseren of vergemakkelijken;

2° betalende diensten in het kader waarvan dating- of andere diensten aangeboden worden die ertoe strekken gesprekken tot stand te brengen of berichten of bestanden uit te wisselen met als doel ontmoetingen tussen twee of meer personen te organiseren of te vergemakkelijken met het oog op het aanknopen van een liefdes- of seksuele relatie, hierna ook ‘ontmoetingsdiensten’ genoemd.”

Dat het onderscheid tussen de diensten gebeurt op basis van de inhoud van de dienst, blijkt ook uit de “Typologie betalende diensten” zoals vastgelegd in de omzendbrief van 11 april 2013 van de Ethische Commissie waarbij een “Erotische chat” onder “Adult” wordt geplaatst en een “Niet-erotische chat” onder “Ontspanning”. In deze typologie wordt de restcategorie aangeduid als “Dienst met toegevoegde waarde”, zoals betalend professioneel advies.

24.3.2. De verzoekende partijen trachten nog aan te tonen dat de gebruikers van astrologie-, horoscoop- of toekomstvoorspellingsdiensten veeleer thuishoren onder de restcategorie aangeduid als “Dienst met toegevoegde waarde” omdat deze gebruikers in die diensten geen ontspanning maar eerder een vorm van

coaching zoeken en deze diensten aldus een andere finaliteit hebben dan de bedoelde ontspanningsdiensten.

Met dat standpunt kan evenwel niet worden ingestemd. Astrologie-, horoscoop- of toekomstvoorspellingsdiensten verschillen fundamenteel van de restcategorie aangeduid als “Dienst met toegevoegde waarde” omdat deze laatste diensten een reële nuttige toegevoegde waarde hebben, zoals bijvoorbeeld diensten voor vervoerbewijs, parkeerticket, nieuws, weer, professioneel advies en zo meer. Het is niet omdat sommige personen menen baat te vinden in astrologie, in zijn of haar horoscoop of in toekomstvoorspellingen, dat daarom de overheid ervan moet uitgaan dat deze diensten als diensten met een toegevoegde waarde dienen te worden beschouwd en deze bijgevolg niet mogen worden ondergebracht bij ontspanningsdiensten.

Het is dan ook verantwoord dat de horoscoop-, astrologie- of toekomstvoorspellingsdiensten onder de reeks van “Ontspanning” vallen, nu ze daar inhoudelijk het dichtst bij aanleunen, ze geen inhoud verschaffen die specifiek op volwassenen is gericht en ze niet een dienst met nut uitmaken.

Bijgevolg zijn de door de verzoekende partijen aangeboden diensten niet vergelijkbaar met de andere categorieën van diensten zoals specifiek voor meerderjarigen bestemde diensten en producten en diensten met een toegevoegde waarde.

24.4. In tegenstelling met wat de verzoekende partijen pogen aan te tonen, wordt met de bestreden bepalingen geen afzonderlijke categorie van betalende telefoniediensten gemaakt onder een *pay per call*-systeem in afwijking van het koninklijk besluit van 27 april 2007. Zoals hiervóór reeds werd gesteld en zoals bewezen werd door de beslissingen van de Ethische Commissie, vallen horoscoop-, astrologie- of toekomstvoorspellingsdiensten onder artikel 50, § 4, van het koninklijk besluit van 27 april 2007. Met de verwerende partij kan worden aangenomen dat de noodzaak bestond om met het oog op de bescherming van de

eindgebruiker, horoscoop-, astrologie- of toekomstvoorspellingsdiensten expliciet als “specifieke” dienst onder de tweede categorie te plaatsen.

24.5. De verzoekende partijen voeren ook nog aan dat soortgelijke diensten vrij blijven van enige beperking.

In tegenstelling tot hetgeen de verzoekende partijen beweren, vallen de horoscoop-, astrologie- of toekomstvoorspellingsdiensten die worden aangeboden via SMS en MMS tevens onder de tweede categorie. Zo wordt in artikel 19 van het koninklijk besluit van 9 februari 2011 (het bestreden artikel 5) verwezen naar nummerreeksen bedoeld in punt B2 van de bijlage, zijnde “B. Nummerreeksen in het nummerplan voor SMS en MMS-diensten [...] 2. Toegang tot of betaling van alle ontspanningsproducten en -diensten, ongeacht of de levering ervan wel of niet via het nummer verloopt, wordt aangeboden via nummers uit de volgende nummerreeksen”.

24.6. Wat de andere diensten betreft, waarnaar de verzoekende partijen verwijzen, namelijk dienstverlening aan huis en via allerhande astrologiebeurzen en internet, moet worden opgemerkt dat de verzoekende partijen de schending van het gelijkheidsbeginsel niet verder uitwerken waardoor zij deze niet aannemelijk maken. Zo brengen de verzoekende partijen onder meer geen voldoende verduidelijkingen aan die de vergelijkbaarheid van de verschillende categorieën aannemelijk maken.

Het eventuele gebrek aan wetgevende of reglementaire initiatieven wat de andere vormen van horoscoop-, astrologie- of toekomstvoorspellingsdiensten betreft, houdt daarenboven op zich geen schending van het gelijkheidsbeginsel in. Deze materies hebben hun eigen kenmerken die een andere regeling kunnen verantwoorden.

25. Uit wat voorafgaat blijkt dat het tweede onderdeel van het eerste middel niet gegrond is.

26. Het eerste middel is niet gegrond.

B. Tweede middel

Uiteenzetting van het middel

27. In het tweede middel voeren de verzoekende partijen de schending aan van het redelijkheids- en proportionaliteitsbeginsel doordat de bestreden bepalingen de horoscoop- en astrologiediensten indelen onder de categorie van diensten die onder de nummerreeksen bedoeld in de punten A2 en B2 van de bijlage worden aangeboden (namelijk de speldiensten en diensten voor aankoop van logo's en *ringtones* en ontspanningsdiensten) en aldus onderwerpen aan een regime waar enkel een betaling tegen een (maximum)tarief per oproep (*pay per call*) mogelijk is. Volgens de verzoekende partijen worden de horoscoop- en astrologiediensten hierdoor disproportioneel en onredelijk zwaar beperkt inzake financiële opbrengsten in vergelijking met andere betalende diensten en het – vermoedelijk – beoogde doel, namelijk de bescherming van de eindgebruiker en het systeem van de zogenaamde *call barring*, kan evenzeer worden bereikt via de minder ingrijpende maatregelen die thans reeds van toepassing zijn.

Zij lichten hun middel toe als volgt:

“30. De bestreden bepaling(en) zijn bovendien opvallend disproportioneel vermits de – vermoedelijk – beoogde doelstelling ervan, namelijk de bescherming van de eindgebruiker en het systeem van Call Barring (zie hierboven), evenzeer kan worden bereikt via minder ingrijpende maatregelen die thans reeds van toepassing zijn.

Zo voorziet de huidige reglementering reeds dat IVR ('interactive voice response') diensten automatisch na 10 minuten worden afgebroken ter bescherming van de consument ('forced release', zie artikel 50, § 6 KB Nummering). IVR – anders dan internet of persoonlijke dienstverlening – laat overigens een sluitende fiscale controle toe met concrete identificatie van de aanbieders en de door hen geboden dienstverlening.

Tevens voorziet de huidige reglementering reeds in de verplichting tot duidelijke aankondiging van de toepasselijke tarieven (artikelen 20 e.v. KB 9 februari 2011).

31. Voorts dient opgemerkt te worden dat – indien de vrees zou bestaan dat een cumulatie van oproepen consumenten toch onverwacht voor hoge kosten

zou kunnen plaatsen – men eenzelfde bescherming had kunnen bekomen door te voorzien in een bijkomende notificatieplicht bij overschrijding van een bepaald bedrag per type dienst, per maand, per dag etc.

In het bestreden besluit (noch, overigens in de rechtspraak van de Ethische Commissie waarnaar wordt verwezen) is in elk geval geen enkele motivering of uitleg te vinden over de vraag waarom de horoscoop- en astrologiediensten meteen onder het zeer beperkende en voor de aard van de dienst niet geschikte ‘pay per call’ regime wordt ondergebracht en er geen andere, meer aangepaste doch evenwaardige beschermingsmaatregelen worden voorzien.

32. Gelet op het bovenstaande is zonder meer duidelijk dat de horoscoop- en astrologiediensten disproportioneel en onredelijk zwaar worden beperkt inzake financiële opbrengsten in vergelijking met andere betalende diensten en het – vermoedelijk – beoogde doel, evenzeer kan worden bereikt via de reeds bestaande en minder ingrijpende maatregelen (w.o. deze zoals vermeld hierboven).”

28. In hun memorie van wederantwoord voegen de verzoekende partijen hieraan nog toe:

“20. Het kan niet worden betwist dat de regelgever over verschillende opties beschikte om de vooropgestelde doelstellingen, namelijk een aanpassing/verduidelijking van de bijlage bij de Ethische Code met betrekking tot voorspellingsdiensten en dit met het oog op de bescherming van de eindgebruiker, te verwezenlijken. Het zijn trouwens niet enkel verzoekende partijen zelf, maar ook de Ethische Commissie die verschillende mogelijke opties had vooropgesteld in haar evaluatieverslag van 15 januari 2013 (waaronder het toelaten van beide tarificatiemethodes binnen de categorie 2 van de ontspanningsdiensten of de tarificatie per minuut binnen de ontspanningsdiensten enkel te voorzien voor de voorspellingsdiensten; inzake deze laatste optie vermeldt de Ethische Commissie geen kanttekeningen of bezwaren, waardoor kan worden aangenomen dat die optie haar voorkeur wegdraagt en het beoogde doel – waarover de Ethische Commissie trouwens zelf moet waken – evident en afdoende vervult). Naast de door de Ethische Commissie gesuggereerde opties zouden de voorspellingsdiensten bovendien ook als een aparte reeks binnen de volwassenendiensten kunnen worden aangeboden of binnen een reeks van de restcategorie waarvoor een pay per minute tariefsysteem geldt of wordt ingevoerd.

In al die scenario’s kunnen de belangen van de consument maximaal worden gevrijwaard (call barring, tariefmeldingsverplichtingen, forced release, etc.), hetgeen niet het geval was indien zij worden aangeboden onder 070-nummers (cfr. hoger vermelde rechtspraak van de Ethische Commissie, die ook de aanleiding tot de beoogde wijziging in de regelgeving [is]). Zulks volgt evenzeer uit het feit dat ook in de categorie die tot de hoogste bescherming noopt, met name categorie 1 (adultdiensten), een tariefmethode van betaling per minuut kan worden gehanteerd.

21. Het is dan ook kennelijk onredelijk en volstrekt disproportioneel

vanwege de regelgever om – ook in een abstracte beoordeling vanuit de doelstelling van de consumentenbescherming – net die beslissing te nemen die de (legitieme) belangen van de sector het meest nadelig raakt, en waardoor zelfs het voortbestaan van de geviseerde diensten zelf op de helling komt te staan. Consumenten of eindgebruikers zijn immers ook niet gediend met een oplossing waarbij de door hen gewenste dienst, die nochtans een aanzienlijke groep afnemers bereikt, uiteindelijk zelf verdwijnt of migreert naar niet of zeer moeilijk te controleren fora zoals het aanbieden van soortgelijke diensten via internet middels credit systemen waarbij vooraf middels kredietkaart wordt betaald zonder ‘forced release’ of tariefaankondiging.”

29. In hun laatste memorie argumenteren de verzoekende partijen als volgt op het standpunt dat de bestreden bepalingen een verankering zijn van de correcte interpretatie door de Ethische Commissie van het begrip ontspanningsproducten en -diensten:

“De stelling dat de Ethische Commissie in eerdere beslissingen ‘correcte interpretaties’ zou hebben gemaakt, kan enkel toelaten te besluiten dat er ruimte was voor interpretatie bij gebrek aan duidelijke vaststaande indeling (‘interpretatio cessat in claribus’). Dat die interpretatie ‘correct’ zou zijn, is een persoonlijke appreciatie [...] en laat op zich niet toe te besluiten dat het redelijkheidsbeginsel zou zijn gerespecteerd.

Wat dit laatste betreft wordt zonder meer gesteld dat de bestreden bepalingen ‘bijgevolg niet als een zwaarwichtige aanpassing in het nadeel van de verzoekende partijen (kunnen) worden gezien.’ Het onderwerpen van niet-geautomatiseerde gesprekken (i.e. tussen twee fysieke personen) aan een maximale gesprekskost van 2 EUR is evident wel een zwaarwichtige aanpassing in het nadeel van verzoekende partijen. Het met maar liefst 90% terugbrengen van de maximale opbrengst van een gesprek (i.e. voorheen maximaal 10 minuten aan 2 EUR/minuut, hetzij 20 EUR) heeft als evident gevolg dat de fysieke personen die de gespreksdienst aanbieden, verkiezen dit te doen via alternatieve circuits (aan huis, via klassieke telefoonlijnen, via creditsystemen op internet, etc.).

Een bruto vergoeding van 12 EUR /uur (6 x 10 minuten aan 2 EUR) stelt de facto gewoon een einde aan het aanbieden van deze dienstverlening (behoudens in de gevallen waarin de toekomstvoorspellingsdiensten (ook) erotische inhoud zouden bevatten en zij aldus in de derde categorie van erotisch of seksueel getinte inhoud zouden vallen - zie voetnoot 1, hetgeen meteen ook het manifest onredelijk en disproportioneel karakter van de bestreden bepalingen onderstreept).”

Beoordeling

30.1. De overheid beschikt over een ruime discretionaire bevoegdheid om nummergebruik te regelen en betalende diensten daarbij in te delen in categorieën, hetgeen impliceert dat zij vrij kan oordelen welke maatregelen haar als het meest geschikt voorkomen teneinde haar verordenende bevoegdheid ter zake uit te oefenen. Deze discretionaire bevoegdheid heeft de redelijkheid als grens. De Raad van State moet zijn wettigheidscontrole daarover beperken tot een zogenaamde marginale toetsing en zal enkel overgaan tot de vernietiging van een genomen besluit wanneer het van iedere redelijkheid is ontdaan. Een strenge invulling door de overheid van haar discretionaire bevoegdheid staat echter niet per se gelijk met de onredelijke uitoefening ervan.

30.2. Zoals uit de bespreking van het eerste middel blijkt, zijn de bestreden bepalingen een verankering van de correcte interpretatie door de Ethische Commissie van het begrip ontspanningsproducten en -diensten. Het is dus niet zo dat de verzoekende partijen als gevolg van de bestreden bepalingen voortaan onderworpen worden aan een ander – voor hen nadelig – tariefsysteem. De bestreden bepalingen kunnen bijgevolg niet als een zwaarwichtige aanpassing in het nadeel van de verzoekende partijen worden aanzien.

Daarbij komt nog dat de verduidelijking dat horoscoop-, astrologie- of toekomstvoorspellingsdiensten onder ontspanningsproducten en -diensten vallen, bijkomende rechtszekerheid verleent omtrent deze diensten met betrekking tot de gevolgen voor de oproepblokkering en de tarifiering. Door deze indeling te bevestigen en niet te kiezen voor de andere voorgestelde opties heeft de koning gekozen voor een ruime consumentenbescherming ten nadele van de belangen van de aanbieders van deze diensten. Dit kan niet als een onevenredige keuze worden aangezien.

31. Het tweede middel is ongegrond.

BESLISSING

1. De Raad van State verwerpt het beroep.

2. De verzoekende partijen worden verwezen in de kosten van het beroep tot nietigverklaring, begroot op een rolrecht van 1000 euro, en een rechtsplegingsvergoeding van 700 euro, die verschuldigd is aan de verwerende partij, elk voor een vijfde.

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van 2 juni 2016, 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