RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

IXe KAMER

A R R E S T

nr. 259.483 van 16 april 2024
in de zaak A. 239.211/IX-10.263

In zake: de VLAAMSE RADIO- EN TELEVISIEOMROEPORGANISATIE, nv van publiek recht
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Bob Martens en Tatyana Lebedeva
kantoor houdend te 1000 Brussel
Wolstraat 70
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

de VLAAMSE REGULATOR VOOR DE MEDIA
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Bart Staelens
kantoor houdend te 8000 Brugge
Gerard Davidstraat 46 bus 1
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van het beroep

1. Het beroep, ingesteld op 30 mei 2023, strekt tot de nietigverklaring van beslissing 2023/004 van de algemene kamer van de Vlaamse Regulator voor de Media van 13 februari 2023, waarbij deze de Vlaamse Radio- en Televisieomroeporganisatie een administratieve geldboete van 5000 euro oplegt.

II. Verloop van de rechtspleging

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

Eerste auditeur Alexander Van Steenberge heeft een verslag opgesteld.

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

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 25 maart 2024.

Kamervoorzitter Geert Van Haegendoren heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Bob Martens, die verschijnt voor de verzoekende partij en advocaat Bart Staelens, die verschijnt voor de verwerende partij, zijn gehoord.

Eerste auditeur Alexander Van Steenberge heeft een met dit arrest eensluidend advies gegeven.

Er is toepassing gemaakt van de bepalingen op het gebruik der talen, vervat in titel VI, hoofdstuk II, van de wetten op de Raad van State, gecoördineerd op 12 januari 1973.

III. Feiten

3.1. Op 12 augustus 2022 ontvangt de Vlaamse Regulator voor de Media (VRM) een klacht van een kijker over uitzendingen van de Vlaamse Radio- en Televisieomroeporganisatie (VRT). De klager geeft aan dat wie de live-uitzendingen van de VRT volgt via VRT NU – thans en hierna: VRT MAX – meestal niet onmiddellijk kan aansluiten omdat een reclamespot van vijftien tot twintig seconden wordt getoond. Volgens de klager is dit in strijd met het reclameverbod voor de VRT uit artikel 50 van het decreet van 27 maart 2009 ‘betreffende de radio-omroep en televisie’ (“mediadecreet”). Hij verwijst in zijn klacht naar specifieke reclamespots.

Op 10 oktober 2022 verklaart de VRM de klacht gegrond bij beslissing 2022/033. Hij stelt een inbreuk vast op artikel 50 van het mediadecreet en beslist om de VRT “hiervoor te waarschuwen” overeenkomstig artikel 228, 1°, van het mediadecreet.

Het door verzoekster ingestelde beroep tot nietigverklaring van deze beslissing wordt door de Raad van State verworpen bij arrest nr. 259.481 van heden.

3.2. Op 8 december 2022 legt de onderzoekscel van de VRM een onderzoeksrapport voor, waarin wordt vastgesteld dat nog steeds reclamespots worden uitgezonden bij het live kijken via VRT MAX. Uit het onderzoek blijkt dat de kijker, die heeft gekozen voor “live kijken” op VRT MAX en vervolgens op de knop ‘live’ drukt van het programma uit het programmaschema, een commerciële boodschap van vijftien seconden te zien krijgt, gevolgd door het lopende programma uit het programmaschema.

3.3. Met de thans bestreden beslissing 2023/004 van 13 februari 2023 legt de VRM verzoekster hiervoor een administratieve geldboete van 5000 euro op. De beslissing is als volgt gemotiveerd:

> “16. Voor zover de VRM nog moet ingaan op de verhouding tussen beslissing 2022/033, waartegen VRT inmiddels een annulatieberoep bij de Raad van State heeft ingesteld, en beslissing 2022/007, herhaalt de VRM dat beslissing 2022/033, net zoals de voorliggende zaak, handelt over vermeende reclamespots bij de live-(televisie)-uitzendingen van VRT op VRT MAX, en niet over (vermeende) reclamespots bij de radio-uitzendingen van VRT via internet, zoals in beslissing 2022/007.
> De VRM is bijgevolg van oordeel dat ook voor de feiten die in deze zaak voorliggen de analogie met beslissing 2022/007 niet onverkort opgaat. Artikel 50 van het Mediadecreet legt de omroeporganisatie van de Vlaamse Gemeenschap een verbod op om reclame te brengen, behalve in het geval van radioreclame en van reclame die gericht is op zelfpromotie. De voorliggende zaak heeft geen betrekking op reclame bij radio-uitzendingen (via internet) en uit het verweer van de VRT blijkt dat ze de getoonde spots niet kwalificeert als zelfpromotie. De twee uitzonderingen op het verbod voor de omroeporganisatie van de Vlaamse Gemeenschap om reclame te brengen, zijn in deze zaak niet van toepassing. De VRM

dient in dit geval verder te onderzoeken of de betrokken commerciële communicatie al dan niet als (televisie)reclame kan worden beschouwd.
[…]
17. De VRM stelt vast dat VRT in voorliggende zaak hetzelfde standpunt blijft verdedigen zoals in de zaak die aanleiding heeft gegeven tot beslissing 2022/033. VRT herhaalt enkele grote lijnen van dat standpunt.
VRT blijft bij het standpunt dat er geen inbreuk op artikel 50 van het Mediadecreet is gepleegd omdat de betrokken commerciële boodschappen niet 'in' een lineaire omroepdienst worden uitgezonden en dus geen reclame uitmaken in de decretale zin van het Mediadecreet.
18. Het verweer omvat geen elementen die de VRM kunnen overtuigen van het standpunt van VRT.
De VRM blijft van oordeel dat de lineaire televisiedienst start zodra de kijker, die op VRT MAX heeft gekozen voor 'Live kijken', aangeeft 'live' naar het programma uit het programmaschema te willen kijken door op de daartoe voorziene knop of pijl te duwen. De VRM verwijst naar en herhaalt haar standpunt van randnummer 20 uit beslissing 2022/033.
In zoverre VRT gevolgd moet worden in haar stelling dat VRT MAX steeds een 'niet-lineaire omgeving' zou zijn waarin de kijker terecht komt, blijkt VRT de zienswijze van de VRM wat betreft de start van de lineaire televisiedienst, nochtans te delen. VRT geeft op de zitting zelf aan dat de 'lineaire omgeving' begint wanneer de kijker daar de keuze voor maakt. VRT is het dus blijkbaar met de VRM eens dat de kijker die keuze ontegensprekelijk maakt wanneer hij, na al gekozen te hebben voor 'Live kijken', vervolgens aangeeft 'live' naar het programma uit het programmaschema te willen kijken door op de daartoe voorziene knop of pijl te duwen.
19. Uit het onderzoek blijkt dat de kijker, die heeft gekozen voor 'live kijken' op VRT MAX, en vervolgens op de pijl/knop 'live' drukt van het programma uit het programmaschema en dus lineair begint te kijken, een commerciële boodschap van 15 seconden te zien krijgt, gevolgd door het lopende programma uit het programmaschema. Dit wordt door de VRT erkend. De lineaire omroepdienst start in dat geval met een commerciële boodschap waarvan, gelet op het voorgaande, alleen maar kan worden vastgesteld dat die commerciële boodschap wel degelijk in de lineaire omroepdienst vervat zit. De commerciële boodschap wordt immers niet eerder getoond dan alvorens de kijker de duidelijke keuze maakt om 'live' naar het programma uit het programmaschema te kijken door op de desbetreffende knop/pijl te drukken.
20. Het argument dat er geen sprake kan zijn van een uitzending in een lineaire televisiedienst omdat die commerciële boodschappen geen deel uitmaken van een gelijktijdig door alle kijkers te bekijken programmaschema nu de commerciële boodschappen niet aan alle kijkers worden getoond, overtuigt geenszins.
Indien dergelijke redenering zou worden aanvaard, zou het volstaan dat een omroeporganisatie één onderdeel niet in het programmaschema voor de kijker zou opnemen om te vermijden dat er nog sprake zou kunnen zijn van een lineaire uitzending of een lineaire televisiedienst. Een dergelijke interpretatie is niet ernstig.

Het Mediadecreet moet immers altijd gelezen worden met het oog op de bescherming van de kijker. De VRM merkt overigens op dat de uitzending van commerciële boodschappen, zij het reclame, of sponsoring of zelfpromotie, nooit in het programmaschema voor de kijker is opgenomen.

21. Voor zoveel als nodig herhaalt de VRM dat het Mediadecreet technologieneutraal is opgesteld. Dat betekent dat het decreet geen onderscheid maakt naargelang de technologie die wordt gebruikt om hetzij lineair, hetzij niet-lineair te kijken, weze het via een klassiek televisie-abonnement en televisietoestel, dan wel via het internet en een computer, of andere.

Met andere woorden, alle kijkers die lineair kijken, moeten – ongeacht het platform – het lineair kijken op dezelfde manier ervaren door dezelfde beelden te zien zodra de keuze voor lineair kijken gemaakt wordt.

Of nog, zodra een kijker via VRT MAX gekozen heeft voor ‘live kijken’ en vervolgens op de pijl/knop ‘live’ drukt om het programma uit het programmaschema te volgen, moet hij onmiddellijk het betrokken programma kunnen volgen, net zoals de kijker met een klassiek televisie-abonnement en televisietoestel.

Technologieneutraal betekent niet, zoals VRT stelt, dat er tussen lineaire kijkers verschil gemaakt mag worden in wat die kijkers te zien krijgen naargelang de wijze waarop die kijkers lineair kijken, enkel en alleen omdat het Mediadecreet verschillende verplichtingen oplegt aan lineaire en niet-lineaire uitzendingen of omroepdiensten.

22. Behalve het argument dat de commerciële boodschappen de lineaire uitzending voorafgaan, stelt de VRM vast dat de VRT geen verweer voert wat de andere onderdelen van de decretale definitie van reclame betreft, noch in de schriftelijke opmerkingen, noch op de zitting.

De VRM besluit daaruit dat de VRT niet betwist, en dus van oordeel is, dat de commerciële boodschappen wel beantwoorden aan de andere onderdelen van die definitie. De VRM treedt dit oordeel bij.

In deze zaak gaat het immers om een audiovisuele boodschap van een particuliere […] of publieke onderneming […] – in welke vorm dan ook (spots variërend tussen 7 en 15 seconden) – over de uitoefening van een commerciële, industriële, ambachtelijke activiteit of van een beroep (respectievelijk maken van een tijdschrift, het aanbieden van bank- en verzekeringsdiensten, de verkoop van reizen, het uitbaten van een online winkel en het organiseren van openbare loterijen, kansspelen en alle vormen van wedstrijden, en dit in het algemeen belang), ter bevordering van de levering tegen betaling van goederen of diensten, met inbegrip van onroerende goederen, rechten en verplichtingen (de kijker ertoe aanzetten het tijdschrift […] te kopen, bankdiensten en verzekeringsproducten bij […] te nemen, een reis te boeken bij […], online te kopen bij […] of producten van […] te kopen), uitgezonden tegen betaling of soortgelijke vergoeding dan wel voor zelfpromotie (VRT erkent de boodschappen als commerciële communicatie, waardoor aan dit onderdeel is voldaan omdat dit ook een vereiste voor commerciële communicatie is).

Enkel het onderdeel ‘in een lineaire omroepdienst’ wordt door de VRT betwist, maar is hierboven uitvoerig door de VRM weerlegd.

> Uit het voorgaande volgt dat de commerciële boodschappen, uitgezonden bij de livestream-televisie-uitzendingen op VRT MAX tijdens de onderzochte periode, beantwoorden aan de decretale definitie van reclame. Dat de VRM daarbij geen ruimere toepassing van de decretale definitie van reclame maakt, mag blijken uit de uitgebreide motivering. De betrokken commerciële boodschappen vallen bijgevolg onder de verbodsbepaling van artikel 50 van het Mediadecreet en vormen geen toegelaten andere vorm van commerciële communicatie overeenkomstig artikel 48 van het Mediadecreet. De VRM hanteert daarbij een strikte interpretatie van de verbodsbepaling van artikel 50 van het Mediadecreet. De VRM is er zich van bewust dat een verbodsbepaling in het Mediadecreet, welk het uitgangspunt van dat decreet ook mag zijn, altijd en onder alle omstandigheden strikt dient te worden geïnterpreteerd, zoals hij ook in voorliggende zaak doet."

IV. Onderzoek van het enige middel

Uiteenzetting van het middel

4. Het middel wordt afgeleid uit een schending van de artikelen 48 en 50 van het mediadecreet, het legaliteitsbeginsel, de artikelen 2 en 3 van de wet van 29 juli 1991 'betreffende de uitdrukkelijke motivering van de bestuurshandelingen', "meerdere beginselen van behoorlijk bestuur, waaronder het zorgvuldigheids-, het gelijkheids-, het vertrouwens- en rechtszekerheidsbeginsel", alsook "het beginsel van de vrijheid van ondernemerschap, c.q. de vrijheid van handel en ondernemen":

> "Doordat verwerende partij in de bestreden beslissing verkeerdelijk een inbreuk vaststelt in hoofde van verzoekende partij op grond van artikel 50 van het Mediadecreet, om reden dat verzoekende partij reclame zou hebben gebracht in een lineaire televisiedienst, c.q. voorafgaand aan de live-televisie-uitzendingen via VRT MAX, dat verboden zou zijn (quod non);
> Terwijl de commerciële boodschappen van 15 seconden die worden vertoond voordat de verbinding wordt gemaakt met de live-televisie-uitzendingen via VRT MAX, een nieuwe vorm van commerciële communicatie betreffen, waardoor het reclameverbod uit artikel 50 van het Mediadecreet niet van toepassing is;
> En terwijl het legaliteitsbeginsel bepaalt dat elk overheidsoptreden een juridische grondslag dient te hebben, alsook dat dit moet worden uitgeoefend onder de voorwaarden en op de wijze bepaald door de wet, c.q. het decreet;

> En terwijl de artikelen 2 en 3 van de wet van 29 juli 1991 betreffende de uitdrukkelijke motivering van de bestuurshandelingen overheidsinstanties verplichten om beslissingen te voorzien van een motivering die draagkrachtig en pertinent is;
> En terwijl overheidsinstanties pas na een behoorlijk onderzoek van de zaak en met kennis van alle relevante gegevens een zorgvuldige beslissing kunnen nemen, rekening houdende dat de toepassing van het recht daarin voorzienbaar en toegankelijk moet zijn, daarin geen afbreuk kan worden gedaan aan de vrijheid die aan iedere onderneming toekomt voor de uitoefening van haar activiteiten (tenzij voorzien bij wet of overeenkomst), alsook dat dit niet leidt tot discriminatie;
> Zodat de in dit middel aangehaalde bepalingen en beginselen zijn geschonden."

Verzoekster herinnert aan het onderscheid in het mediadecreet tussen lineaire en niet-lineaire televisiedienst. Overeenkomstig artikel 2, 37°, van het mediadecreet heeft zij telkens een verschillende redactionele verantwoordelijkheid al naargelang de aard van de aangeboden televisiedienst, namelijk de uitoefening van effectieve controle op de keuze van programma's en de organisatie ervan in hetzij een chronologisch schema, in geval van lineaire televisiediensten, hetzij een catalogus, in geval van niet-lineaire televisiediensten. Dit betreft het onderscheidend criterium tussen lineaire en niet-lineaire televisiediensten. Het gebruik van commerciële communicatie door verzoekster wordt op verschillende wijze geregeld voor lineaire en niet-lineaire televisiediensten, waardoor de kwalificatie van een televisiedienst als lineair of niet-lineair noodzakelijk is om na te gaan of het reclameverbod uit artikel 50 van het mediadecreet van toepassing is.

Verzoekster onderstreept onder verwijzing naar de Europese regelgeving dat "het principe van 'liberalisering/ flexibilisering/ versoepeling' als uitgangspunt geldt van het Mediadecreet".

De VRM besliste ten onrechte, aldus verzoekster, dat de commerciële boodschappen of "videoadvertenties" van vijftien seconden die worden vertoond op VRT MAX voorafgaand aan de verbinding met een lineaire televisie-uitzending, een vorm van reclame betreffen, aldus behoren tot de lineaire televisiedienst en derhalve verboden zijn op grond van artikel 50 van het

mediadecreet. De verwerende partij meent “volstrekt foutief” dat het louter aanklikken van de knop ‘Live kijken’ op de website VRT MAX, de kijker doet begeven in een lineaire omgeving, waardoor enige commerciële boodschappen die zich vanaf dan vertonen, moeten worden getoetst aan het reclameverbod vervat in artikel 50 van het mediadecreet.

Verzoekster argumenteert dat de commerciële communicatie in kwestie niet wordt vertoond “in” een lineaire omroepdienst. De boodschappen van vijftien seconden die worden afgespeeld voorafgaand aan de verbinding met de live-televisie-uitzendingen via VRT MAX, worden immers niet aan alle kijkers van die live-televisie-uitzendingen getoond, maar uitsluitend aan de individuele gebruikers van VRT MAX die “op dat ogenblik” te kennen geven dat zij willen overschakelen naar de lineaire televisiedienst. De redactionele verantwoordelijkheid voor de uitzending van deze commerciële boodschappen ligt daarom uitsluitend bij verzoekster als aanbieder van de niet-lineaire televisiedienst – aangezien zij enkel beslist om in deze online-omgeving commerciële boodschappen te vertonen – die evenwel niet is beperkt door of onderworpen aan het reclameverbod.

Daarbij maakt verzoekster een vergelijking tussen drie categorieën kijkers, zoals verduidelijkt in volgend voorbeeld. Om 13.00 uur wordt de situatie vergeleken tussen de “bestaande kijker” die al sinds 11.00 uur de lineaire televisiedienst ‘één’ via VRT MAX volgt, de “abonnementskijker” die via een televisieabonnement bij een dienstenverdeler kijkt, en de “inschakelende kijker” die via VRT MAX verbinding maakt met de lineaire televisiedienst ‘één’. Alleen de inschakelende kijker ziet op dat moment de commerciële boodschap, die geen deel uitmaakt van het programmaschema voor de bestaande kijker of de abonnementskijker. Deze boodschap wordt dus niet gelijktijdig aan alle kijkers aangeboden als onderdeel van het lineaire televisie-uitzendschema. De commerciële boodschappen die voorafgaan aan de live-televisie-uitzendingen via VRT MAX kunnen niet worden beschouwd als onderdeel van een lineaire televisiedienst volgens artikel 2, 21°, van het mediadecreet. Daarom vallen ze ook niet onder de definitie van ‘reclame’ zoals omschreven in artikel 2, 35°, van het

mediadecreet en kunnen ze niet verboden worden door artikel 50 van het mediadecreet.

Verzoekster beschrijft vervolgens de werking van het platform voor de “inschakelende kijker”. Bij het aanklikken van de knop ‘Live kijken’ op de website ‘www.vrtmax.be’ belandt de kijker op het volgende scherm, zonder dat er op dat ogenblik al een videofragment afspeelt en zonder dat er dan al verbinding wordt gemaakt met de livestream. Daarbij wordt de kijker de mogelijkheid geboden om, alvorens de livestream te bekijken, te kiezen tussen de televisiezenders of ook, in de plaats van de livestream, te kiezen om programma’s die nog lineair moeten worden uitgezonden afzonderlijk en op individueel verzoek te bekijken (zonder daarvoor de livestream te moeten aanzetten). Dit toont volgens verzoekster aan dat de kijker zich tot dan nog steeds in een niet-lineaire omgeving bevindt, aangezien hij de keuzemogelijkheid behoudt om ofwel het programmaschema te bekijken dat werd bepaald door een lineaire televisiezender, ofwel op zijn individueel verzoek bepaalde programma’s af te spelen, die ter beschikking worden gesteld als onderdeel van de programmacatalogus van de niet-lineaire televisiedienst VRT MAX. Indien de kijker vervolgens beslist om de livestream aan te zetten, krijgt hij eerst een commerciële boodschap van vijftien seconden, alvorens de verbinding wordt gemaakt met de live-televisie-uitzending, aangeduid met “Ad” en een aflopende timer. Pas nadat de commerciële boodschap een einde neemt, wordt de verbinding met de live-televisie-uitzending gemaakt, die de inschakelende kijker toelaat om de lineaire televisiedienst te bekijken, waarvan de inhoud – pas vanaf dan – voor iedere kijker dezelfde is.

Iedere redelijke en zorgvuldige kijker kan niet anders dan vaststellen dat de lineaire verbinding pas wordt gemaakt nadat de commerciële boodschappen aflopen, zoals aangetoond met de aanduiding ‘Live’ en met een rood pulserende stip. De lineaire live-televisie-uitzending vangt pas aan nadat de commerciële boodschap werd afgespeeld en dus niet met het louter klikken op “Live kijken”, zoals de verwerende partij foutief beweert.

Tot op het ogenblik dat er sprake is van een gelijktijdige uitzending van een lineaire televisiedienst op haar digitale platformen en de reguliere, lineaire televisiezenders, is verzoekster zodoende uitsluitend redactioneel verantwoordelijk als aanbieder van niet-lineaire televisiediensten voor de inhoud die de kijkers te zien krijgen op haar digitale platformen. Enige verplichtingen die zij daarbij in acht moet nemen op grond van het mediadecreet dienen hierdoor dan ook bij voorbaat van toepassing te zijn in het kader van de uitzending van niet-lineaire televisiediensten.

Ondergeschikt onderstreept verzoekster dat niet alleen aan de “bestaande kijker” en de “inschakelende kijker” van VRT MAX een commerciële boodschap worden vertoond, maar dat ook alle andere kijkers of gebruikers van dat platform bij gebruik van het platform een commerciële boodschap zien voorafgaand aan het (her)bekijken van niet-lineaire televisie- of radiodiensten. Op die manier worden de gebruikers van VRT MAX op eenzelfde wijze behandeld en krijgen zij op dezelfde wijze toegang tot het beschikbare aanbod op dit platform, ongeacht of dit betrekking heeft op lineaire dan wel niet-lineaire uitzendingen. De commerciële boodschappen kunnen daarom niet anders worden beschouwd dan als toebehorend of deel van het aanbod van dat platform. Aldus kan hierdoor zelfs worden gesteld dat de uitzending van deze commerciële boodschappen of “videoadvertenties” eigen is aan online, niet-lineaire platformen die uitzendingen op aanvraag aanbieden in een onlineomgeving – zoals VRT MAX – aangezien deze (nieuwe) vorm van commerciële communicatie slechts met de opkomst van dergelijke online platformen mogelijk is en bestaat.

Verzoekster ziet steun voor haar zienswijze in de mededeling van de Europese Commissie van 7 juli 2020 omtrent de mogelijkheid om inkomsten te verwerven met pre-, mid- of post-rolls voor online (video)platformen. Zij verwijst eveneens naar de digitaledienstenverordening (verordening (EU) 2022/2065 van 19 oktober 2022 van het Europees Parlement en de Raad ‘betreffende een eengemaakte markt voor digitale diensten en tot wijziging van Richtlijn 2000/31/EG’) waarin de Europese regelgever voor het

eerst gewag maakt van onlinereclame als een onderscheiden vorm van commerciële communicatie.

De commerciële boodschappen die op VRT MAX worden vertoond, vertegenwoordigen een nieuwe vorm van commerciële communicatie waarvoor het mediadecreet geen specifieke regeling heeft. Hierdoor behoudt verzoekster de vrijheid om te beslissen hoe zij deze nieuwe vorm van commerciële communicatie uitzendt, opneemt of exploiteert, in overeenstemming met artikel 48 van het mediadecreet. Doordat de bestreden beslissing getuigt van een verruimde toepassing van het reclameverbod uit artikel 50 van het mediadecreet, ondanks de duidelijke en voorzienbare afbakening van dit verbod, schendt de verwerende partij het legaliteitsbeginsel.

De betwiste beslissing mist volgens verzoekster een duidelijke en correcte grondslag waarin wordt gesteld dat de commerciële boodschappen van vijftien seconden vóór live-televisie-uitzendingen via VRT MAX als lineair kunnen worden beschouwd. De verwerende partij vergelijkt dit met het starten van lineaire televisie via een klassieke televisie, maar er ontbreekt een juridische of feitelijke basis voor deze classificatie. Volgens het mediadecreet hangt de classificatie van een lineaire of niet-lineaire tv-dienst af van de redactionele verantwoordelijkheid van de omroeporganisatie, zoals het beslissingsrecht over het programmaschema. Het decreet voorziet niet dat ‘lineair’ kan worden afgeleid uit chronologie. De beslissing mist zo een juridische en feitelijke basis, wat leidt tot een ernstige beoordelingsfout en schending van de formelemotiveringswet, die een draagkrachtige en pertinente motivering vereist. Verzoekster verwijst in dit verband naar beslissing 2022/007 van de VRM van 14 maart 2022.

Tot slot leidt de ongeoorloofde, verruimde toepassing van de verbodsbepaling uit artikel 50 van het mediadecreet ook tot een schending van het fundamenteel beginsel van de vrijheid van ondernemerschap, alsook van het beginsel van de vrijheid van handel en ondernemen, respectievelijk vervat in artikel 16 van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie en artikel II.2 van het Wetboek Economisch Recht. De mogelijkheden voor verzoekster om

haar activiteiten uit te oefenen worden begrensd, zonder dat hiervoor een wettelijke grondslag bestaat en zonder dat dergelijke begrenzing op enige andere wijze wordt verantwoord of gerechtvaardigd. Niet alleen wordt de vrijheid beperkt waartoe iedere onderneming is gerechtigd, waaronder ook een publieke omroeporganisatie zoals verzoekster, “maar begeeft verwerende partij zich op die manier op het vaarwater van de decreetgever, wat zonder meer verboden is”.

5. Om na te gaan of het reclameverbod van toepassing is op de betrokken commerciële boodschappen uitgezonden via VRT MAX, vereist een correcte toepassing van het mediadecreet dat er eerst wordt nagegaan tot welke “omroepdienst” – de lineaire of niet-lineaire televisiedienst – deze commerciële boodschappen behoorden alvorens er een inbreuk op het reclameverbod had kunnen worden vastgesteld, zo betoogt verzoekster in haar laatste memorie.

De VRM gaat er volgens haar aan voorbij dat VRT MAX een digitaal platform is dat in zijn totaliteit dient te worden beschouwd als een niet-lineaire televisiedienst. Binnen de (niet-lineaire) VRT MAX-omgeving wordt een breed aanbod aan audiovisuele content aangeboden, een deel daarvan op lineaire basis, een ander deel op niet-lineaire basis. Maar om doorheen dat aanbod te navigeren is er een complex geheel van functionaliteiten en navigatiestructuren ingebouwd, waarbij verzoekster autonoom kan beslissen hoe kort of hoe lang de weg naar bepaalde content is, hoeveel aanbevelingen worden aangeboden aan de gebruiker, welke mate van wegwijzering zij in dit platform verwerkt en waar commerciële communicatie wordt ingelast. Dat past in de redactionele keuzes die verzoekster in het kader van haar redactionele verantwoordelijkheid voor VRT MAX als niet-lineaire dienst maakt. Verzoekster kan dan ook perfect in het kader van haar redactionele keuze beslissen om op haar niet-lineaire platform VRT MAX een knop te voorzien die de gebruiker wegwijs maakt naar haar lineaire aanbod, maar daarin een tussenstop te voorzien waarbij de gebruiker wordt geïnformeerd over het integrale aanbod dat op dat ogenblik wordt aangeboden in het kader van haar lineaire kanalen of waarbij de gebruiker ook de mogelijkheid wordt geboden om alternatief naar haar “on demand”-aanbod over te schakelen. Het is verzoekster enkel verboden om *in* haar lineaire televisiediensten reclame

op te nemen. Er is geen enkele bepaling van het mediadecreet die haar aan banden legt wat het inlassen betreft van commerciële communicatie in en rond haar niet-lineaire (televisie)diensten.

Verzoekster wijst erop dat de gebruiker die kiest voor de functie ‘live kijken’ op de website van VRT MAX, steeds de mogelijkheid heeft om de live-televisie-uitzending ofwel volgens het programmaschema te bekijken, ofwel om de live-televisie-uitzending terug te spoelen tot een eerder (reeds uitgezonden) ogenblik, zonder dat de functie ‘live kijken’ wordt verlaten. Hoewel de gebruiker een keuze zou hebben gemaakt om een televisie-uitzending ‘live’ te bekijken door te klikken op de functie ‘live kijken’, zal deze gebruiker een teruggespoelde live-televisie-uitzending niet langer volgens het programmaschema en dus ‘live’ bekijken via de functie ‘live kijken’. Dit toont volgens verzoekster aan dat de keuze van de gebruiker niet bepalend kan zijn.

Beoordeling

6. Omroeporganisaties zijn luidens artikel 48 van het mediadecreet “vrij in het op enige wijze uitzenden, opnemen, exploiteren en voeren van commerciële communicatie, met uitzondering van de beperkingen en verplichtingen, vermeld in dit decreet”.

Aan verzoekster wordt zo een aantal beperkingen opgelegd bij artikel 50 van het mediadecreet. Van belang voor de voorliggende zaak is artikel 50, eerste lid, van het mediadecreet:

> “Het is de omroeporganisatie van de Vlaamse Gemeenschap verboden reclame te brengen, met uitzondering van radioreclame en van reclame die gericht is op zelfpromotie.”

7. De boodschappen waarover de betwisting rijst, zo betwist geen van de beide partijen, zijn commerciële boodschappen in de zin van artikel 2, 5°, van het mediadecreet:

> “beelden, al dan niet met geluid, of geluiden die dienen om rechtstreeks of onrechtstreeks de goederen, de diensten of het imago van een natuurlijke of rechtspersoon die een economische activiteit verricht, te promoten. Dergelijke beelden of geluiden vergezellen of maken deel uit van een programma of van door gebruikers gegenereerde inhoud, tegen betaling of een soortgelijke vergoeding of ten behoeve van zelfpromotie. Vormen van commerciële communicatie zijn onder meer reclame, sponsoring, telewinkelen en productplaatsing.”

8. Artikel 2, 35°, van het mediadecreet definieert reclame als:

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

9. De VRM stelt in de bestreden beslissing vast dat verzoekster de bedoelde boodschappen niet als reclame beschouwt, maar daarbij enkel weerspreekt dat ze “in een lineaire omroepdienst [worden] uitgezonden” en het vervuld zijn van de overige bestanddelen van deze definitie ‘reclame’ niet betwist. Die vaststelling bestrijdt verzoekster in huidig beroep niet.

10. Een kernprincipe van het mediadecreet is technologieneutraliteit: de onderliggende technologie mag in principe geen rol spelen bij de interpretatie van de bepalingen.

Hoewel artikel 50, eerste lid, van het mediadecreet zelf niet specifiek verwijst naar enige technologie, is de hiervóór aangehaalde definitie van ‘reclame’ beperkt tot uitzendingen “in een lineaire omroepdienst”. Dit impliceert dat als deze vorm van commerciële communicatie wordt uitgezonden in een niet-lineaire televisiedienst, het verbod in artikel 50, eerste lid, van het mediadecreet niet geldt. Dit wordt overigens door geen van de betrokken partijen betwist.

11. Artikel 2 van het mediadecreet bevat de volgende definitie van een lineaire en niet-lineaire televisiedienst:

> “21° lineaire televisiedienst: een lineaire audiovisuele omroepdienst, dat is een door een omroeporganisatie aangeboden omroepdienst voor het gelijktijdig bekijken van audiovisuele programma’s op basis van een programmaschema;
> […]
> 24° niet-lineaire televisiedienst: een niet-lineaire audiovisuele omroepdienst of audiovisuele omroepdienst op aanvraag, dat is een door een omroeporganisatie aangeboden omroepdienst die de gebruiker de mogelijkheid biedt om audiovisuele programma’s te bekijken op zijn individuele verzoek en op het door hem gekozen moment op basis van een door de omroeporganisatie geselecteerde programmacatalogus.”

Volgens artikel 2, 21°, van het mediadecreet is er sprake van een lineaire televisiedienst als de gebruiker het uitzendschema moet volgen en niet zelf het moment kan kiezen waarop hij het programma bekijkt. Een niet-lineaire televisiedienst, zoals gedefinieerd in artikel 2, 24°, van het mediadecreet, biedt de gebruiker daarentegen wel de vrijheid om te kiezen wanneer hij het programma bekijkt.

Gezien het principe van technologieneutraliteit is bij de beoordeling van het lineaire of niet-lineaire karakter van de televisiedienst de gebruikte technologie – of dit nu een traditioneel tv-abonnement of een streamingplatform is – niet relevant.

12. VRT MAX is het online streamingplatform van de VRT, waarop zowel niet-lineaire televisiediensten als lineaire televisiediensten worden aangeboden. Het is inzonderheid mogelijk om de uitzendingen van Eén, Canvas en Ketnet rechtstreeks te volgen.

13. Om na te gaan of van een lineaire televisiedienst sprake is, is bepalend of de gebruiker kiest om niet volgens een aangeboden catalogus, maar rechtstreeks, dit is volgens het uitzendschema, naar een uitzending te kijken. De technologie die wordt gebruikt – of het nu gaat om het aanklikken van een ‘live kijken’-knop op een streamingplatform of het volgen via een traditioneel

televisie-abonnement of, zoals vroeger, door het opvangen van signalen via een antenne – doet niet ter zake.

14. De omroeporganisatie biedt de kijker een platform aan waarop zowel lineair als niet-lineair gekeken kan worden. Indien de gebruiker op de website van het platform kiest om via VRT MAX rechtstreeks en gelijktijdig een programma te bekijken, volgens het vaste uitzendschema, zijn de regels voor de lineaire televisiedienst van toepassing en dan geldt het reclameverbod zoals vermeld in artikel 50 van het mediadecreet.

15. Verzoekster voert een semantische, doch niet technologieneutrale discussie, wanneer zij argumenteert dat de commerciële boodschap niet “in” de lineaire omroepdienst wordt uitgezonden.

Bezwaarlijk kan zij beweren dat de commerciële boodschap in kwestie te typeren is als een programma dat de gebruiker op basis van een programmacatalogus op zijn verzoek en op een zelf gekozen tijdstip wenst te bekijken.

Zoals verzoekster zelf schrijft, is het de “inschakelende kijker” die “beslist om de livestream aan te zetten”. Wat die kijker dan echter niét te zien krijgt, is de livestream, maar wel een commerciële boodschap. Het mediadecreet laat de verzoekende omroeporganisatie evenwel niet toe om zelf te bepalen wanneer de verbinding met de live televisie-uitzending tot stand komt, wat haar immers zou toelaten om commerciële boodschappen uit te zenden. Hierover anders oordelen – door toe te laten de “inschakelende kijker” anders te behandelen dan de “bestaande kijker” en de “abonnementskijker” – zou ertoe leiden dat het reclameverbod in artikel 50, eerste lid, van het mediadecreet volledig kan worden omzeild. Met dit argument volstaat het dan om met bestaande of te ontwikkelen technologie de commerciële boodschap aan slechts enkele kijkers te onttrekken, om ze de kwalificatie ‘reclame’ te ontnemen. Om bij het voorbeeld van verzoekster te blijven, zou zij de “abonnementskijkers” geen

commerciële boodschap als ‘reclame’ aanbieden, als zij diezelfde boodschap maskeert voor de “bestaande kijkers” op VRT MAX.

Het argument bijvallen dat een VRT MAX kijker nog niet is aangemeld, zou bijvoorbeeld ook betekenen dat het zou volstaan om met een technische ingreep het aaneensluitend kijken op het platform tot een welbepaald tijdsblok te beperken, waarna via de account opnieuw aangemeld moet worden, om aldus onbeperkt commerciële boodschappen te mogen uitzenden telkens de kijker weer aanmeldt.

Ten overvloede mag nog worden opgemerkt dat de spot waarover deze zaak gaat, slechts vijftien seconden duurt. Nergens wordt evenwel de definitie van reclame bepaald door de duur van de boodschap; verzoekster zou dus in haar visie bij aanvang van de kijkervaring vele minuten commerciële boodschappen mogen uitzenden en zo de bij aanvang van een programma klassieke reclameblokken van de commerciële zenders evenaren of overtreffen.

Ten slotte merkt verzoekster op dat de kijker van VRT MAX ook de mogelijkheid heeft op het platform om de uitzending terug te spoelen. Welnu, ook de kijker met een traditioneel televisie-abonnement met decoder – de “abonnementskijker” – kan het televisiebeeld stopzetten of “bevriezen” en zelfs terugspoelen. Voor de oplossing van deze zaak hoeft niet onderzocht te worden of zulke kijker nog lineair kijkt of niet. Het volstaat vast te stellen dat er op dit vlak geen verschil is tussen de beide kijkers, zodat het als argument niet kan slagen. Daarenboven betreft het argument een handeling tijdens het kijken en niet op het ogenblik waarop de kijker zijn initiële keuze maakt en het programma start.

16. De verwerende partij heeft terecht geoordeeld dat de betrokken boodschappen getypeerd moeten worden als reclame in de zin van artikel 50, eerste lid, van het mediadecreet, zonder daartoe de definitie van dit begrip uit te breiden.

17. Aangezien verzoekster niet de verruimde toepassing van artikel 50 van het mediadecreet aantoont, is er geen sprake van een schending van de vrijheid van ondernemerschap, handel en onderneming zoals vervat in artikel 16 van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie en artikel II.2 van het Wetboek Economisch Recht.

18. De verwijzing naar het gebruik voor pre-, mid- of post-rolls op online video(platformen) is niet dienstig, aangezien VRT MAX zo geen platform uitmaakt.

19. Zonder dat de Raad van State in deze zaak dient na te gaan in welke mate VRT MAX onder de digitaledienstenverordening valt, toont verzoekster niet aan dat de digitaledienstenverordening het begrip ‘reclame’ in artikel 2, 35°, van het mediadecreet en daarmee de draagwijdte van het verbod in artikel 50, eerste lid, van het mediadecreet (impliciet) wijzigt. Daarbij valt te benadrukken dat de digitaledienstenverordening niet de audiovisuele media viseert, maar de aanbieders van digitale diensten in het algemeen voor een betere bescherming van de internetgebruikers.

20. Verzoekster maakt een onderscheid tussen de redactionele verantwoordelijkheid voor de commerciële boodschappen en de redactionele verantwoordelijkheid voor de inhoud van de live-televisie-uitzendingen. Evenwel is niet duidelijk wat zij hiermee bedoelt, aangezien artikel 50 van het mediadecreet niet spreekt over redactionele verantwoordelijkheid.

21. Verzoekster verwijst ten slotte vergeefs naar beslissing 2022/007 van de VRM van 14 maart 2022. Zoals de VRM opmerkt, betreft de betwisting in die zaak een vorm van commerciële communicatie voor internetradio, die van de in artikel 50, eerste lid, van het mediadecreet bedoelde beperking is vrijgesteld. Hoe dan ook heeft een beslissing van de VRM geen precedentwaarde, al zeker niet voor de Raad van State.

22. Het enige middel wordt verworpen.

BESLISSING

1. De Raad van State verwerpt het beroep.

2. De verzoekende partij wordt verwezen in de kosten van het beroep tot nietigverklaring, begroot op een rolrecht van 200 euro, een bijdrage van 24 euro en een rechtsplegingsvergoeding van 770 euro, die verschuldigd is aan de verwerende partij.

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, op zestien april tweeduizend vierentwintig, door de Raad van State, IXe kamer, samengesteld uit:

Geert Van Haegendoren,	kamervoorzitter,
Wouter Pas,	staatsraad,
Jim Deridder,	staatsraad,

bijgestaan door

Vera Wauters,	griffier.

De griffier	**De voorzitter**
Vera Wauters	**Geert Van Haegendoren**