

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

A R R E S T

**nr. 208.674 van 4 november 2010
in de zaak A. 168.203/XII-4595**

In zake: de VLAAMSE RADIO- EN TELEVISIEOMROEP (VRT)
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Dirk Lindemans
kantoor houdend te 1000 Brussel
Keizerslaan 3
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

de VLAAMSE REGULATOR VOOR DE MEDIA
voorheen het Vlaams Commissariaat voor de Media
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Noëlla Viaene
kantoor houdend te Aalter
Rostynedreef 24

I. Voorwerp van het beroep

1. Het beroep, ingesteld op 28 november 2005, strekt tot de nietigverklaring van de beslissing nr. 2005/075 van 16 september 2005 van het Vlaams Commissariaat voor de Media.

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 Werner Weymeersch heeft een verslag opgesteld.

De verwerende partij heeft een laatste memorie ingediend.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting die heeft plaatsgevonden op 5 oktober 2010.

Staatsraad Geert Van Haegendoren heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Bert Van Herreweghe, die loco advocaat Dirk Lindemans verschijnt voor de verzoekende partij, en advocaat Noëlla Viaene, die verschijnt voor de verwerende partij, zijn gehoord.

Eerste auditeur Werner Weymeersch 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. Gegevens van de zaak

3.1. Op 21 januari 2005 heeft het Vlaams Commissariaat voor de Media (VCM) de administratie Media van het ministerie van de Vlaamse Gemeenschap verzocht om een simultane monitoring uit te voeren van de televisie-uitzendingen van de openbare omroep en van de particuliere televisieomroepen met algemeen karakter die zich richten tot de gehele Vlaamse Gemeenschap.

Op grond van een steekproef heeft de administratie Media deze controle uitgevoerd op 2 februari 2005, in het tijdsblok van 19.30u tot 22.30u. Met een nota van 3 maart 2005 zijn de resultaten van de monitoring aan het VCM medegedeeld. Door verzoekende partij werden mogelijk overtredingen begaan van de regelgeving inzake reclame, sponsoring en boodschappen van algemeen nut door het uitzenden van spots/boodschappen ter promotie van muziek DVD's van Norah Jones en Jamie Cullum en "verdere toelichting door de VRT lijkt in dit geval aangewezen", zo adviseert de administratie.

3.2. Uitgenodigd om aan het VCM haar opmerkingen met betrekking tot deze controle mee te delen, heeft de VRT op 15 april 2005 volgende reactie bezorgd:

“1. Zelfpromotiespots

Het is de VRT decretaal toegestaan zelfpromotiespots uit te zenden. Het gaat daarbij om een vorm van reclamespots waarin de VRT, zijn netten, zijn programma's, of 'rechtstreeks daarvan afgeleide ondersteunende producten' (overweging 39 Richtlijn 97/36/EG 'Televisie zonder grenzen' en art. 82, §7, derde lid, gecoördineerde mediadecreten) kan promoten. De laatste categorie is dan ook een verwijzing naar de merchandising- en nevenactiviteiten van VRT.

Alle op de avond van de steekproef uitgezonden zelfpromotiespots zijn wel degelijk zelfpromotiespots in de zin van de gecoördineerde mediadecreten. Zowel de CD *Donnamour* als de DVD's *Norah Jones* en *Jamie Cullum*, zijn immers afgeleide merchandisingproducten van VRT-programma's. De CD is een afgeleide van het gelijknamige radioprogramma op *Donna*, de DVD's een commercieel afgeleide van twee afleveringen van het *Canvas* programma 'Muziek op zondag' waarin beide concerten werden uitgezonden op respectievelijk 2 januari en 23 januari 2005. Telkenmale gaat het om een co-editie tussen VRT en een platenfirma, vandaar dan ook dat de identiteit van de co-uitgever in de rand wordt vermeld in de bewuste zelfpromotiespot".

Op een hoorzitting op 22 april 2005 verstrekt de VRT aan het VCM nog de volgende precisering:

"Volgens de vertegenwoordiger van de NV Vlaamse Radio- en Televisieomroep gaat het hier om een samenwerking tussen de openbare omroep en de platenfirma EMI. Op de DVD staat volgens haar normaal gezien vermeld dat de VRT deel uitmaakt van het partnership dat de DVD uitgeeft. Indien dit echter niet zo zou zijn, zou dit erop kunnen wijzen dat de platenfirma EMI dit over het hoofd heeft gezien. De VRT krijgt als deelnemer aan het partnership een deel van de inkomsten die voortspruiten uit de verkoop van de DVD. De vertegenwoordiger van de VRT belooft navraag te zullen doen aangaande het partnership met EMI en te zullen nagaan of er een vermelding van naam en/of logo van de VRT op de DVD is aangebracht en een schriftelijke toelichting hieromtrent aan het Commissariaat te zullen bezorgen".

Aansluitend op de hoorzitting meldt de VRT op 25 april 2005 dat "er zowel voor de aflevering van 'Muziek op zondag' rond respectievelijk *Norah Jones* als *David Cullem* er in overleg met *Canvas* en EMI een programma werd geproduceerd bestaande uit de concertopnames van de desbetreffende artiest en een aantal interviews en portretten. De integrale opname van het concert werd in co-editie uitgegeven waarbij wel degelijk contractueel werd voorzien dat het logo van *Canvas* werd aangebracht op de DVD's en dit ook effectief werd gedaan. Daarbij kan ik u eveneens formeel bevestigen dat er in het kader van de co-editie m.b.t. deze DVD's wel degelijk afspraken werden gemaakt rond royalty-opbrengsten en er m.a.w. een percentage van inkomsten naar VAR/VRT terugvloeit. Van zodra wij beschikken over een exemplaar van de bewuste DVD's, zullen wij dit aan u overmaken". Dit laatste gebeurt op 3 mei 2005.

Bij brief van 11 mei 2005 vraagt het VCM nogmaals verduidelijkingen en bewijsstukken. Op 20 mei 2005 bezorgt de VRT per fax aanvullende informatie. Op 27 mei 2005 krijgt het VCM in de kantoren van de VRT bovendien inzage van de betrokken co-editieovereenkomsten en de financiële data hieromtrent.

3.3. Op 17 juni 2005 neemt de verwerende partij de volgende beslissing:

“[...] 3.1. Tijdens het tijdsblok van 19.30u tot 22.30u zijn op 2 februari 2005 op CANVAS volgende promotiespots voor DVD's uitgezonden:

- DVD 'Norah Jones – Live in 2004':

gesproken tekst: 'Canvas presenteert: Norah Jones. Live in 2004. Een uniek concert, van het meisje met de mooiste stem. Al haar hits, clips en exclusieve reportages. Nu te koop op één DVD';

de vertoonde beelden illustreren en accentueren de gesproken boodschap; bovendien wordt het logo van EMI getoond;

- DVD 'Jamie Cullum – Live at Blenheim Palace':

gesproken tekst: 'Canvas presenteert: Jamie Cullum Live at Blenheim Palace. Het sensationele concert van Jamie Cullum In Blenheim. Twee uur en vijftwintig minuten actie. Jamie Cullum Live at Blenheim Palace op DVD. Nu overal verkrijgbaar. Van Universal music';

de vertoonde beelden illustreren en accentueren de gesproken boodschap.

3.2. In de brief van 15 april 2005 schrijft de VRT dat 'de DVD's Norah Jones en Jamie Cullum (...) afgeleide merchandisingproducten van VRT-programma's (zijn)' en dat 'de DVD's een commercieel afgeleide (zijn) van twee afleveringen van het Canvasprogramma 'Muziek op zondag' waarin beide concerten werden uitgezonden op respectievelijk 2 januari en 23 januari 2005. Telkenmale gaat het om een co-editie tussen VRT en een platenfirma, vandaar dan ook dat de identiteit van de co-uitgever in de rand wordt vermeld in de bewuste zelfpromotiespot'.

In de brief van 3 mei 2005 schrijft de VRT dat op één van de DVD's het logo van Canvas wordt vermeld (van beide DVD's is een exemplaar bij de brief gevoegd). Op de bewuste DVD is een sticker gekleefd met de opdruk 'Gezien op Canvas'.

De vertegenwoordigster van de VRT heeft tijdens de hoorzitting op 22 april 2005 daarenboven verklaard dat de VRT recht heeft op een aandeel in de opbrengst van de verkoop van de betrokken DVD's, die in partnership met EMI op de markt zijn gebracht. In het faxbericht van 20 mei 2005 bevestigt de VRT 'dat de betrokken muziek DVD's afgeleiden zijn van het VRT-programma Muziek op zondag en in co-editie zijn uitgegeven door de VRT en een platenfirma. Gezien het een co-editie betreft, werd voorzien dat de VRT ook een deel van de royalties uit de verkoop van deze DVD's ontvangt'.

4.1. Ingevolge artikel 97, § 1, tweede lid, van de decreten betreffende de radio-omroep en de televisie, gecoördineerd op 4 maart 2005 (hierna: het Omroepdecreet), kan de televisieomroep van de Vlaamse Gemeenschap enkel reclame brengen met het oog op zelfpromotie.

Reclame is volgens artikel 2, 15/, van het Omroepdecreet 'de door een overheidsbedrijf of particuliere onderneming tegen betaling of soortgelijke vergoeding dan wel ten behoeve van zelfpromotie uitgezonden boodschap - in welke vorm ook - in verband met de uitoefening van een commerciële, industriële, ambachtelijke activiteit of van een vrij beroep, ter bevordering van de levering tegen betaling van goederen of diensten, met inbegrip van onroerende goederen, rechten en verplichtingen'.

In het courante taalgebruik betekent promotie 'het bevorderen, stimuleren van de verkoop (van een (nieuw) artikel) door middel van reclame e.a.' (*van Dale. Groot woordenboek der Nederlandse taal*, dertiende uitgave, 1999). De term 'zelfpromotie' slaat dus logischerwijze op het aanprijzen van zichzelf of van eigen producten of diensten.

Dat wordt bevestigd in overweging 39 van richtlijn 97/36/EG van 30 juni 1997 (richtlijn tot wijziging van de richtlijn 'Televisie zonder grenzen', waarvan de

bepalingen door het Omroepdecreet zijn omgezet) waar wordt verduidelijkt 'dat zelfpromotieactiviteiten een bijzondere vorm van reclame zijn, waarbij de omroeporganisatie haar eigen producten, diensten, programma's of netten aanprijst'.

Ook in de memorie van toelichting bij het ontwerp van decreet tot omzetting van richtlijn 97/36/EG – dat het decreet van 28 april 1998 is geworden - wordt dit vermeld: 'De definities van omroep, reclame, Europese producties en telewinkelen worden aangepast aan de nieuwe Europese Richtlijn Televisie zonder Grenzen. De nieuwe definitie voor reclame bevat eveneens zelfpromotie. Zelfpromotie wordt in de overwegingen van de Richtlijn omschreven als : 'een bijzondere vorm van reclame waarbij de omroeporganisatie haar eigen producten, diensten, programma's of netten aanprijst'. Toch vallen niet alle vormen van zelfpromotie onder de definitie van reclame zoals die door de Richtlijn gehanteerd wordt omdat hierin uitdrukkelijk wordt gesteld dat het enkel gaat om boodschappen in verband met de uitoefening van een commerciële industriële, ambachtelijke activiteit of van een vrij beroep ter bevordering van de levering tegen betaling van goederen of diensten. Zelfpromotie voor eigen programma's en netten valt dus niet onder deze definitie van reclame. Boodschappen van algemeen nut vallen evenmin onder deze definitie in de mate dat ze geen betrekking hebben op de verkoop van goederen en diensten' (Parl. St., VI. Parl., 1997-1998, nr. 876/1, 3).

4.2. De memorie van toelichting bevat echter ook volgende passus: 'De nieuwe definitie van reclame uit de Richtlijn is heel ruim. Vanuit deze optiek wordt het de VRT-televisie toegelaten bepaalde vormen van reclame te gebruiken. Deze worden strikt gelimiteerd. Het gaat om zelfpromotie, wat ook merchandising en reclame voor nevenactiviteiten omvat. Het gaat dus geenszins om een versoepeling van de bestaande toestand. Het blijft voor de openbare omroep verboden commerciële reclame in de strikte zin van het woord op televisie uit te zenden' (Parl. St., VI. Parl., 1997-1998, nr. 876/1, 7-8; vergelijk met de verklaring van de bevoegde minister in de commissie: Parl. St., VI. Parl., 1997-1998, nr. 876/6, 5).

Ingevolge artikel 6, §2, van het Omroepdecreet behoren tot het maatschappelijk doel van de VRT ook 'het verrichten van merchandising- en nevenactiviteiten, voorzover ze samenhangen of verband houden met de omroepactiviteiten'. Uit dezelfde bepaling blijkt dat met 'merchandisingactiviteiten' wordt bedoeld 'alle activiteiten die gericht zijn op het behalen van voordeel uit de bekendheid van programma's'; met 'nevenactiviteiten' wordt bedoeld 'alle andere commerciële activiteiten dan die welke bedoeld worden in §1 en in het tweede lid' (in de memorie van toelichting bij het ontwerp dat het decreet van 29 april 1997 geworden is, wordt de notie 'nevenactiviteiten' als volgt verduidelijkt: 'Het gaat om alle commerciële activiteiten buiten de merchandising, die samenhangen of verband houden met de omroepactiviteiten van de VRT, zoals onder meer de exploitatie van de infrastructuur, de produktiemiddelen, de zendtijd, de kennis, de programma's, de archieven, het patrimonium of de rechten die de VRT bezit': Parl. St., VI. Parl., 1996-1997, nr. 528/1, 4).

Al heeft de Vlaamse Regering, door in de memorie van toelichting te schrijven 'zelfpromotie, wat ook merchandising en reclame voor nevenactiviteiten omvat', in de eerste plaats de indruk gewekt dat de bevoegdheden van de VRT op het vlak van zelfpromotie zeer ruim zijn, meteen daarna heeft zij, wat het voeren van reclame op televisie betreft, de grens getrokken door te schrijven dat de bestaande toestand niet wordt versoepeld en dat 'commerciële reclame in de strikte zin van het woord' verboden blijft. Uit dat onderdeel van de memorie van toelichting – bevestigd tijdens de verdere parlementaire behandeling van het ontwerp – blijkt ondubbelzinnig dat de machtiging voor zelfpromotie niet zo ruim kan worden geïnterpreteerd dat de VRT ook commerciële reclame op televisie zou mogen uitzenden.

5. Uit de door de VRT voorgelegde DVD's blijkt dat het om producten voor de internationale markt gaat die in 2004 zijn gelanceerd, d.i. vóór de VRT op 2 en 23 januari 2005 een samenvatting van beide concerten uitzond in 'Muziek op zondag' op Canvas.

De promotiespots zijn geconcipieerd als spots ter bevordering van de verkoop van de betrokken DVD's, niet als spots ter promotie van de VRT, een VRT-omroep of een VRT-programma. De monitoring vond trouwens plaats enige tijd na de uitzending van de bedoelde afleveringen van 'Muziek op zondag', zodat het de facto moeilijk om spots ter promotie van de afleveringen van het betrokken programma kon gaan. Uit de overeenkomsten tussen de NV Vlaamse Audiovisuele Regie (VAR) – die als gemachtigde van de VRT optreedt – en de betrokken platenfirma – overeenkomsten die mede ondertekend zijn door de VRT – blijkt dat het de bedoeling is dat de VRT de uitgave van de DVD ondersteunt, in ruil voor de uitzendrechten en een royalty van 5%: 'VAR zal het product aankondigen in televisietrailers op Canvas, conform een zendschema dat in overleg met de contractant wordt bepaald'.

6. Het aanbrengen van een sticker 'Gezien op Canvas' volstaat niet om producten als eigen producten te kwalificeren. Overigens is de sticker 'Gezien op Canvas' niet op beide door de VRT bezorgde DVD's aangebracht en is bij enkele steekproeven gedaan door het VCM die sticker niet aangetroffen op de in de handel gevonden exemplaren van beide DVD's.

7. Aangezien het in de betrokken spots gaat om het promoten van de verkoop van DVD's die in een internationale versie op de markt worden gebracht door platenfirma's, gaat het om een boodschap in verband met de uitoefening van een commerciële activiteit ter bevordering van de levering tegen betaling van goederen – en dus om reclame in de zin van artikel 2, 15/, van het Omroepdecreet – en kunnen de spots niet gekwalificeerd worden als zelfpromotie in de zin van artikel 97, § 1, tweede lid, van het Omroepdecreet omdat het niet om het aanprijzen van eigen producten gaat. Aan die conclusie doet geen afbreuk de vaststelling dat de VAR/VRT recht heeft op een zeer beperkt deel van de opbrengt van de verkoop van de betrokken DVD's.

Het gegeven dat de VAR/VRT vergoed wordt voor het aankondigen van de producten in televisietrailers, geeft eveneens aan dat het om eigenlijke reclame en niet om zelfpromotie gaat. De definitie van reclame in het Omroepdecreet doet immers ervan blijken dat onderscheid moet worden gemaakt tussen boodschappen die tegen betaling of soortgelijke vergoeding worden uitgezonden, enerzijds, en boodschappen die ten behoeve van zelfpromotie worden uitgezonden, anderzijds. Dat tegenover boodschappen die ten behoeve van zelfpromotie worden uitgezonden geen vergoeding staat, is logisch vanuit het oogpunt dat dit soort van reclame geen betrekking heeft op producten of diensten van derden.

Het gaat bijgevolg om commerciële reclame in de strikte zin, die door de VRT op televisie niet mag worden uitgezonden. Derhalve moet worden vastgesteld dat de VRT artikel 97, § 1, tweede lid, eerste zin, van het Omroepdecreet heeft overtreden.

8. De vastgestelde overtredingen van het Omroepdecreet doen het VCM besluiten een administratieve geldboete van 10.000 euro op te leggen. Bij de vaststelling van de hoogte van deze boete houdt het VCM uitdrukkelijk ermee rekening dat het om een eerste monitoring gaat en om de eerste vastgestelde overtredingen van die aard van de VRT.

OM DEZE REDENEN,

het Vlaams Commissariaat voor de Media

Gelet op artikel 32 van het procedurebesluit en artikel 7 van het reglement van orde van het Vlaams Commissariaat voor de Media,

- stelt in hoofde van de VRT een inbreuk vast op artikel 97, §1, tweede lid, eerste zin, van het Omroepdecreet;

- legt, overeenkomstig artikel 172, §1, van het Omroepdecreet, een administratieve geldboete van 10.000 euro op”.

3.4. De VRT dient op 5 juli 2005 tegen deze beslissing bezwaar in.

Het VCM behandelt het bezwaarschrift op 16 september 2005 en hoort de vertegenwoordigers van de verzoekende partij.

Na beraadslaging beslist de verwerende partij de beslissing van 17 juni 2005 te bevestigen. De op 16 september 2005 genomen en thans bestreden beslissing luidt:

“1. Met een op 5 juli 2005 verzonden en op 6 juli 2005 ter griffie ontvangen aangetekende brief heeft de Vlaamse Radio- en Televisieomroep (VRT) een bezwaarschrift ingediend tegen de beslissing nr. 2005/051 van 17 juni 2005 van het Vlaams Commissariaat voor de Media (hierna: het Commissariaat). In die beslissing wordt in hoofde van de VRT een inbreuk op artikel 97, § 1, tweede lid, eerste zin, van de decreten betreffende de radio-omroep en de televisie, gecoördineerd op 4 maart 2005 (hierna: het Omroepdecreet), vastgesteld en wordt een geldboete van 10.000 euro opgelegd.

Met een ter post aangetekend schrijven van 2 september 2005 nodigt het Commissariaat de betrokken omroep uit op de hoorzitting van 16 september 2005. Op die hoorzitting verschijnen mevrouw [H.M.] en de heer [W.V.P.] voor de VRT/VAR.

2. Overeenkomstig artikel 9, § 2, 4/, van het besluit van de Vlaamse Regering van 14 juli 1998 houdende vaststelling van de procedure voor het Vlaams Commissariaat voor de Media en houdende aanvullende kwaliteitscriteria en voorwaarden voor de erkenning van particuliere radio-omroepen (hierna: procedurebesluit), moet een bezwaarschrift de aangevoerde middelen vermelden, die betrekking moeten hebben op nieuwe elementen of op middelen waarop het Commissariaat in zijn beslissing niet of onvoldoende heeft geantwoord. Het Commissariaat beschouwt als een middel met betrekking tot een nieuw element in de zin van artikel 9, § 2, 4/, van het procedurebesluit, een middel dat niet eerder kon worden aangevoerd.

In het bezwaarschrift voert de VRT aan dat de ‘bestreden beslissing is gesteund op motieven die niet vooraf aan tegenspraak waren onderworpen’, en dat ‘zij geen afdoende antwoord uit(maken) op de middelen die de VRT in de voorafgaande procedure had aangebracht’.

Het volstaat echter niet in het algemeen te poneren dat de aangevoerde middelen voldoen aan het bepaalde in artikel 9, § 2, 4/, van het procedurebesluit. Er dient telkens specifiek te worden verantwoord dat elk van de aangevoerde middelen past in de bezwaarprocedure, die er alleen op gericht is mankementen te herstellen in de beslissing waartegen het bezwaar is gericht. Uit voormelde bepaling van het procedurebesluit volgt immers dat het indienen van een bezwaarschrift niet toelaat om de gehele procedure over te doen.

Niet alle onderdelen van het bezwaarschrift voldoen aldus aan de wettelijke vereisten.

Volledigheidshalve en gelet op de samenhang tussen de verschillende onderdelen van het bezwaarschrift wordt hierna kort geantwoord op de verschillende in het bezwaarschrift aangevoerde argumenten.

3. In het bezwaarschrift voert de VRT samengevat volgende argumenten aan:

- de bestreden beslissing gaat uit van een interpretatie van essentiële begrippen die strijdig is met de tekst van de gecoördineerde decreten zelf;
- de bestreden beslissing stelt voor het beschouwen als zelfpromotie van reclame voor merchandising- en nevenactiviteiten bijkomende voorwaarden die niet in de gecoördineerde decreten zijn bepaald;
- de bestreden beslissing is ten onrechte op de concrete vermeldingen op de verpakking van de DVD gegrond;
- een veroordeling wordt opgelegd op basis van een kwalificatie ('commerciële reclame in de strikte zin') die geen wettelijke grondslag heeft, geen grond vindt in de richtlijn 'Televisie zonder grenzen' en in strijd is met de definities van de gecoördineerde mediadecreten;
- ten onrechte wordt het feit dat de VAR/VRT een tegenprestatie haalt uit de co-editieovereenkomsten beschouwd als een beslissende factor om te stellen dat het gaat om eigenlijke reclame, en niet om zelfpromotie.

3.1. Dat de bestreden beslissing zou uitgaan van een interpretatie van essentiële begrippen die strijdig is met de tekst van het Omroepdecreet zelf, wordt door de VRT geïllustreerd met de vaststelling dat reclame ook activiteiten van zelfpromotie omvat (onderdeel 2.1 van het bezwaarschrift).

Ook in de beslissing waartegen het bezwaar is gericht wordt ervan uitgegaan dat reclame zelfpromotie omvat (zie inzonderheid onderdeel 4.1 van de beslissing). In de beslissing wordt binnen de reclame voorts een onderscheid gemaakt tussen (toegestane) zelfpromotie en (verboden) commerciële reclame in de strikte zin (onderdeel 7).

3.2. Om reclame voor merchandising- en nevenactiviteiten als zelfpromotie te kunnen beschouwen stelt de bestreden beslissing volgens de VRT bijkomende voorwaarden die niet in het Omroepdecreet zijn bepaald. Zo is niet vereist dat de merchandisingproducten pas worden geproduceerd of op de markt gebracht na de uitzending van de programma's, kan de aanprijzing ten behoeve van merchandisingactiviteiten ook gebeuren na uitzending van het programma waarmee deze activiteiten verband houden en moet het niet noodzakelijk gaan om een spot ter promotie van de VRT, een VRT-omroep of een VRT-programma (onderdelen 2.4 en 2.5 van het bezwaarschrift).

De vermelding dat de betrokken DVD's op de markt zijn gebracht vóór het programma waarmee ze samenhangen of verband houden is uitgezonden en dat ze niet zijn geconcipieerd als spots ter promotie van de VRT, een VRT-omroep of een VRT-programma, zijn in de opbouw van de bestreden beslissing geen decisieve elementen om tot de conclusie te komen dat het niet om zelfpromotie gaat. Die vermeldingen passen in het schetsen van de feitelijke context, met de bedoeling aan te geven dat het lanceren en promoten van de betrokken DVD's in de eerste plaats past in de commerciële logica van de betrokken platenmaatschappijen (onderdeel 5 van de beslissing).

De vermelding dat de spots zijn uitgezonden na het programma waarmee ze samenhangen of verband houden, leidt in de bestreden beslissing tot de vaststelling dat het niet om spots ter promotie van de betrokken afleveringen van het programma gaat. Indien dat wel het geval was geweest, hadden de spots als zelfpromotie voor eigen programma's en netten moeten worden beschouwd. Uit de parlementaire voorbereiding van het decreet van 28 april 1998 blijkt dat dergelijke vorm van zelfpromotie niet onder de notie 'reclame' in de zin van het Omroepdecreet valt (zie onderdeel 4.1, vijfde alinea van de beslissing) en dus zonder meer toegelaten is. In tegenstelling met wat de VRT voorhoudt, wordt aldus in de bestreden beslissing niet als voorwaarde gesteld dat de aanprijzing ten behoeve van merchandisingactiviteiten moet gebeuren vóór de uitzending van het programma waarmee deze activiteiten verband houden (onderdeel 5, tweede alinea).

3.3. De VRT gaat ervan uit dat de bestreden beslissing ook op de concrete vermeldingen op de verpakking van de DVD is gegrond (onderdeel 2.7 van het bezwaarschrift).

De beschouwingen in verband met de vermeldingen op de verpakking zijn voor beslissing 2005/051 geen dragende elementen, behalve de vaststelling dat het aanbrengen van een sticker 'Gezien op Canvas' niet volstaat om producten als eigen producten te kwalificeren. Samen met de vaststelling dat de VAR/VRT slechts recht heeft op een zeer beperkt deel van de opbrengst van de verkoop van de betrokken DVD's, leidt die vaststelling tot de conclusie dat het niet om eigen producten van de VRT en dus ook niet om zelfpromotie gaat (onderdelen 6 en 7 van de beslissing).

3.4. Volgens de VRT wordt zij veroordeeld op basis van een kwalificatie ('commerciële reclame in de strikte zin') die geen wettelijke grondslag heeft, geen grond vindt in de richtlijn 'Televisie zonder grenzen' en in strijd is met de definities van de gecoördineerde mediadecreten (onderdeel 2.8 van het bezwaarschrift).

Luidens artikel 97, § 1, tweede lid, eerste zin, van het Omroepdecreet kan 'de televisieomroep van de Vlaamse Gemeenschap (...) enkel reclame brengen met het oog op zelfpromotie'. Zoals ook hiervoor (zie 3.1) reeds is aangegeven, wordt bij de notie 'reclame' zoals gedefinieerd en gehanteerd in het Omroepdecreet een onderscheid gemaakt tussen reclame die als zelfpromotie kan worden beschouwd en reclame die niet als zelfpromotie kan worden beschouwd. In de bestreden beslissing wordt reclame die niet als zelfpromotie kan worden beschouwd aangeduid als 'eigenlijke reclame', 'commerciële reclame' of als 'commerciële reclame in de strikte zin van het woord' (die laatste omschrijving is ook gebruikt tijdens de parlementaire voorbereiding van het decreet van 28 april 1998: zie onderdeel 4.2, eerste alinea, van de beslissing). Al komen die woorden als dusdanig niet voor in het Omroepdecreet, het gehanteerde onderscheid heeft wel degelijk een wettelijke grondslag. Anders dan de VRT laat uitschijnen, wordt in de bestreden beslissing bovendien niet gesteld dat zelfpromotie, om toegelaten te zijn op grond van het Omroepdecreet, geen commerciële kant zou mogen hebben.

3.5. In zijn bezwaarschrift voert de VRT tenslotte aan dat het feit dat de VAR/VRT een tegenprestatie haalt uit de co-editieovereenkomsten niet beschouwd kan worden als een beslissende factor om te stellen dat het gaat om niet toegelaten reclame (onderdeel 2.9 van het bezwaarschrift).

Het gegeven dat merchandisingactiviteiten op grond van artikel 6, § 3, van het Omroepdecreet tot het maatschappelijk doel van de VRT behoren en dus toegelaten zijn, betekent niet dat de VRT op zijn televisienetten reclame voor die activiteiten mag maken. De beperking die door artikel 97, § 1, tweede lid, van het Omroepdecreet wordt opgelegd, namelijk dat de televisieomroep van de Vlaamse Gemeenschap enkel reclame mag brengen met het oog op zelfpromotie, geldt immers onverkort. De bestreden beslissing doet ervan blijken dat het gegeven dat de VAR/VRT vergoed wordt voor het aankondigen van de DVD's in televisietrailers één van de elementen is die erop duiden dat het niet om zelfpromotie, maar om niet toegelaten reclame gaat (onderdeel 7 van de beslissing). Die aanduiding steunt op een onderscheid dat voorkomt in de definitie van 'reclame' in het Omroepdecreet, zodat ook dat onderscheid een wettelijke basis heeft.

4. Ook in het bezwaarschrift toont de VRT niet aan dat het om zelfpromotie gaat, namelijk promotie van eigen producten. Aangezien de VRT enkel gerechtigd is om op televisie reclame in de vorm van zelfpromotie te brengen, blijft de conclusie onveranderd dat de VRT een inbreuk heeft gepleegd op artikel 97, § 1, tweede lid, eerste zin, van het Omroepdecreet.

OM DEZE REDENEN,

Het Vlaams Commissariaat voor de Media

Gelet op artikel 32 van het procedurereglement en artikel 7 van het reglement van orde van het Commissariaat, bevestigt de beslissing nr. 2005/051 van 17 juni 2005”.

4. Luidens artikel 17 van het decreet van 16 december 2005 houdende de oprichting van het publiekrechtelijk vormgegeven extern verzelfstandigd agentschap Vlaamse Regulator voor de Media en houdende wijziging van sommige bepalingen betreffende de radio-omroep en de televisie, gecoördineerd op 4 maart 2005, neemt de Vlaamse Regulator voor de Media alle rechten en plichten over van het VCM.

5. Elke verwijzing in dit arrest naar de op 4 maart 2005 gecoördineerde decreten betreffende de radio-omroep en de televisie, kortweg ook mediadecreten, gebeurt naar de stand van die decreten ten tijde van de bestreden beslissing.

IV. Onderzoek van het enig middel

Standpunt van de partijen

6. De verzoekende partij put een enig middel uit de schending van de artikelen 6 en 97 van de mediadecreten,

“Doordat de bestreden beslissing ervan uitgaat dat de op 2 februari 2005 uitgezonden promotiespots niet passen binnen de grenzen van de zelfpromotie, zoals bedoeld in de bovengenoemde bepaling, Terwijl deze interpretatie onverzoenbaar is met de werkelijke draagwijdte van deze bepalingen, minstens onvoldoende wordt ondersteund door deze bepalingen”.

Toegelicht wordt dat verwerende partij nalaat het begrip “eigen producten” nader te omschrijven, dat ook punctuele samenwerking met derden binnen de statutaire activiteiten van de VRT valt, dat de DVD's passen in de merchandisingactiviteiten van Canvas, dat zij de uitzendrechten verwierf op het beeldmateriaal en een financieel voordeel plus bovendien een voordeel inzake imago en naambekendheid. Kenmerkend element van merchandising is “het behalen van voordeel uit de bekendheid van programma's”, zonder dat voor de decreetgever ter zake doet hoe groot dit voordeel is, zolang maar een verband bestaat met een programma. Het is voor de VRT een raadsel hoe merchandisingactiviteiten behoren tot haar maatschappelijk doel en toch uitgesloten zouden blijven van zelfpromotie.

Die “basisassumptie” van verwerende partij wordt nergens nader gemotiveerd of toegelicht.

7. Verwerende partij antwoordt dat uit de parlementaire bespreking van de mediadecreten ondubbelzinnig blijkt dat de machtiging voor zelfpromotie niet zo ruim kan worden geïnterpreteerd dat de VRT ook commerciële reclame zou mogen uitzenden. In artikel 101, § 7, derde lid, van de mediadecreten geeft de decreetgever aan dat onder zelfpromotie moet worden verstaan, de “aankondigingen door de omroepen in verband met eigen programma’s en de rechtstreeks daarvan afgeleide ondersteunende producten”. Met de bestreden beslissing verwerpt verwerende partij dat er promotie gevoerd werd voor afgeleide merchandisingproducten, maar is aangenomen dat de promotiespots geconcipieerd zijn als spots ter bevordering van de verkoop van de betrokken DVD’s, niet als spots ter promotie van de VRT, een VRT-omroep of een VRT-programma. De verzoekende partij kan dus niet ernstig beweren dat het begrip “eigen” producten niet duidelijk is. Dat merchandising als de hier voorliggende een toegelaten activiteit is voor de VRT - wat niet is betwist- betekent nog niet dat er ook reclame voor gemaakt mag worden.

Verwerende partij herneemt ook de overwegingen in de bestreden beslissing die volgens haar reeds antwoord geven op het middel.

In de laatste memorie stelt zij nog dat zelfpromotie “logischerwijze” slaat “op het aanprijzen van zichzelf of eigen producten of diensten”. Zij kan aanvaarden dat het niet noodzakelijk is “dat het voor 100% om eigen producten moet gaan”, om van eigen producten te kunnen spreken waarvoor reclame in het kader van zelfpromotie wordt uitgezonden en dat co-producties toegestaan zijn, waarbij één van de partners instaan voor de productie, distributie of andere activiteiten in het kader van samenwerking. Zij is evenwel van mening dat het noodzakelijk is dat een substantieel deel van de opbrengst van de commercialisering van het product aan de VRT moet toekomen, duidelijk meer alleszins dan louter de vergoeding voor het uitzenden van reclamespots voor het product. Te dezen heeft de VRT slechts recht op een zeer beperkte vergoeding; er wordt dus niet aangetoond dat een substantieel deel van de opbrengst van de commercialisering van de DVD’s aan de VRT toekomt. Op basis hiervan kan wel degelijk worden gesteld dat de spots als pure reclame voor de betrokken DVD’s gekwalificeerd dienen te worden. Uit de overeenkomsten tussen de VRT en de muziekmaatschappijen blijkt geenszins waaruit het voordeel voor de VRT bestaat, behalve de vergoeding voor de geleverde

reclame. Bezwaarlijk kan ook worden aangenomen dat deze DVD's -die reeds sinds 2004 op de internationale markt waren- enige promotie zouden inhouden voor de programma's van de VRT.

Beoordeling

8. Reclame is, in de zin van artikel 2, 15/, van de mediadecreten : “de door een overheidsbedrijf of particuliere onderneming tegen betaling of soortgelijke vergoeding dan wel ten behoeve van zelfpromotie uitgezonden boodschap -in welke vorm ook- in verband met de uitoefening van een commerciële, industriële, ambachtelijke activiteit of van een vrij beroep, ter bevordering van de levering tegen betaling van goederen of diensten, met inbegrip van onroerende goederen, rechten en verplichtingen”.

Niet in de bestreden beslissing, maar voor het eerst in de procedure voor de Raad van State, betreft verwerende partij artikel 101, § 7, derde lid, van de mediadecreten bij de invulling van het begrip “zelfpromotie”. Het betreft in die bepaling een uitsluiting van zekere aankondigingen uit het begrip “reclame”, maar dan wel specifiek “voor de toepassing van deze paragraaf”, zoals ook het tweede lid van dezelfde paragraaf “voor de toepassing van deze paragraaf” de betaalde boodschappen van algemeen nut wél rekent tot “reclame”. Artikel 101, § 7, dat enkel de maximale duur van reclame en het maximale aantal tijdsblokken betreft, is vreemd aan de thans voorliggende zaak, zodat deze modulering van het begrip “reclame” niet relevant is.

9. Artikel 97, § 1, tweede lid, van de mediadecreten bepaalt dat de televisieomroep van de Vlaamse Gemeenschap enkel reclame mag brengen met het oog op zelfpromotie.

10. Luidens artikel 6, § 2, van de mediadecreten behoort eveneens tot het maatschappelijk doel van de VRT het verrichten van merchandising- en nevenactiviteiten, voorzover ze samenhangen of verband houden met omroepactiviteiten.

Met merchandisingactiviteiten wordt bedoeld “alle activiteiten die gericht zijn op het behalen van voordeel uit de bekendheid van programma's”.

11. In de beslissing 2005/051 van 17 juni 2005 heet het dat zelfpromotie slaat “op het aanprijzen van zichzelf of van eigen producten of diensten” en “kunnen de spots niet gekwalificeerd worden als zelfpromotie in de zin van artikel 97, § 1, tweede lid, van het Omroepdecreet omdat het niet om het aanprijzen van eigen producten gaat”. Het gaat volgens verwerende partij “om eigenlijke reclame en niet om zelfpromotie”. Het zijn “boodschappen die tegen betaling of soortgelijke vergoeding worden uitgezonden”, die verwerende partij plaatst tegenover “boodschappen die ten behoeve van zelfpromotie worden uitgezonden”.

12. Verwerende partij erkent dat reclame voor merchandisingactiviteiten in voorkomend geval als toegelaten zelfpromotie is te bestempelen.

Ook de Raad van State ziet niet welke bepaling van de mediadecreten in beginsel zou verbieden dat de VRT bij wijze van zelfpromotie -het aanprijzen van zichzelf- een merchandisingactiviteit -die per definitie gericht is op het behalen van voordelen uit programma's- door middel van uitgezonden boodschappen onder de aandacht van het publiek brengt.

13. Verwerende partij sluit dit echter uit, zoals te dezen in de bestreden beslissing, indien een spot de kwalificatie “commerciële reclame” of “echte reclame in de strikte zin van het woord” verdient, wat verwerende partij afmeet naar de vraag of de boodschap betrekking heeft op een “eigen” product en naar de vraag welke vergoeding er tegenover staat.

14. Wat ook stroken mag met de bedoeling van de decreetgever -de Raad van State heeft niet de indruk dat de desbetreffende parlementaire werken duidelijk en ondubbelzinnig zijn-, de tekst van de mediadecreten zelf bevat geen nadere definitie van “zelfpromotie”.

Niets belet, zoals verwerende partij het ook erkent in haar laatste memorie, dat de VRT in het kader van haar merchandising een samenwerking aangaat waarbij de andere partijen de productie, de verdeling of andere activiteiten op zich nemen.

Toetssteen is dus voor verwerende partij, het voordeel dat de VRT puurt uit dergelijke overeenkomst, dat volgens verwerende partij méér moet zijn dan de loutere vergoeding voor het uitzenden van de spots.

Welnu, noch de bestreden beslissing, noch enig stuk van het aan de Raad van State overlegd administratief dossier, biedt enig inzicht in het finale bedrag dat door de VRT is ontvangen als royalty die met de muziekmaatschappijen is overeengekomen. Nog minder is er dan door verwerende partij een afweging gemaakt tussen de reële ontvangsten en wat de gebruikelijke commerciële vergoeding is voor een reclamespot zoals te dezen werd uitgezonden, zodat de Raad van State niet de stelling van verwerende partij kan beoordelen dat het voordeel voor de VRT niet meer is dan een normale betaling voor uitzending van een reclameboodschap.

15. Hoe dan ook gaat verwerende partij er aan voorbij dat de VRT daarenboven, op grond van de samenwerkingsovereenkomsten gesloten over deze concerten, de uitzendrechten ervoor verwierf, dat dit beeldmateriaal effectief werd uitgezonden op Canvas en dat de associatie met deze concerten, door het aanbrengen op de DVD's van een sticker met verwijzing naar Canvas, voor deze zender ook naambekendheid uitdraagt en een imago-effect nastreeft.

Deze gegevens bij elkaar genomen kan niet worden gesteld dat de in geding zijnde promotiespots louter als commerciële reclame zijn te bestempelen, zonder bij te dragen tot de zelfpromotie van verzoekende partij.

16. Het middel is in die mate gegrond.

BESLISSING

1. De Raad van State vernietigt de beslissing nr. 2005/075 van 16 september 2005 van het Vlaams Commissariaat voor de Media.

2. De verwerende partij wordt verwezen in de kosten van het beroep tot nietigverklaring, begroot op 175 euro.

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van 4 november 2010, door de Raad van State, XIIe kamer, samengesteld uit:

Dierk Verbiest,	kamervoorzitter,
Geert Van Haegendoren,	staatsraad,
Pierre Barra,	staatsraad,
bijgestaan door	
Frank Bontinck,	griffier.

De griffier

De voorzitter

Frank Bontinck

Dierk Verbiest