

VLAAMSE REGULATOR VOOR DE MEDIA

Onafhankelijk toezichthouder voor
de Vlaamse audiovisuele media

ALGEMENE KAMER

**ZAAK VAN VRM t. BVBA TELENET EN NV VLAAMSE
RADIO- EN TELEVISIEOMROEPORGANISATIE**

(dossier nr. 2019/384A en 384B)

BESLISSING nr. 2019/008

11 maart 2019

In de zaak van VRM tegen BVBA Telenet en NV Vlaamse Radio- en Televisieomroeporganisatie,

De Vlaamse Regulator voor de Media (algemene kamer), samengesteld uit:

Dhr C. ADAMS, *voorzitter*,
Dhr P. SOURBRON, *ondervoorzitter*,
Dhr R. LANNOO,
Mevr P. VALCKE,
Mevr K. VAN DER PERRE, *leden*

en Dhr D. PEEREMAN, *griffier*,

Na beraadslaging op 25 februari 2019 en 11 maart 2019,
Neemt op de laatste datum de volgende beslissing:

PROCEDURE

1. Op 18 december 2018 werd publiek (via pers en website www.een.be) bekend gemaakt dat de VRT na de lineaire uitzending van de tweede aflevering van 'Over Water' op zondag 23 december 2018 alle afleveringen van de tiendelige reeks tegelijkertijd op aanvraag zou aanbieden via zowel Telenet als Proximus en het platform VRT NU en dit tot en met 31 december 2018. De geplande lineaire uitzendingen op één zouden daarnaast blijven doorlopen (zie <https://www.een.be/over-water/bingewatch-binnenkort-over-water-op-vrt-nu>). Naar aanleiding van deze publieke bekendmaking legt de onderzoeksceel haar bevindingen aan de algemene kamer van de VRM voor.

2. Op 28 januari 2019 beslist de algemene kamer van de VRM om, op basis van die bevindingen, tegen BVBA Telenet (hierna: Telenet), met maatschappelijke zetel Liersesteenweg 4 te 2800 Mechelen, en tegen NV Vlaamse Radio- en Televisieomroeporganisatie (hierna: VRT), met maatschappelijke zetel Auguste Reyerslaan 52 te 1043 Brussel, een procedure op tegenspraak te starten. Zij verzoekt de onderzoeksceel de bevindingen in een onderzoeksrapport op te nemen.

3. De beslissing om een procedure op tegenspraak op te starten, wordt samen met het onderzoeksrapport bij aangetekende brief van 31 januari 2019 aan Telenet en de VRT meegedeeld.

4. De VRM ontvangt de schriftelijke opmerkingen van de VRT en van Telenet respectievelijk d.d. 14 februari 2019 en 15 februari 2019.

5. Op de zitting van 25 februari 2019 wordt Telenet vertegenwoordigd door Thomas Roukens en de VRT door Ward Verwaeren.

DE FEITEN

6. Op 21 maart 2016 werd het coproductieproject 'Over Water' dat door Telenet in het kader van de stimuleringsregeling voor de audiovisuele sector (cfr. de toepassing van artikel 184/1 van het Mediadecreet) werd ingediend door de VRM erkend.

Productiehuis Panenka, Telenet en VRT schreven de VRM per brief dd. 13 oktober 2017 aan met de vraag te bevestigen of het preview-window van 'Over Water' kon worden verkocht aan Telenet.

De VRM oordeelde op 23 oktober 2017, op basis van artikel 6, 6°, b) van het besluit van de Vlaamse Regering van 21 maart 2014 betreffende de stimuleringsregeling voor de audiovisuele sector, vermeld in artikel 184/1 van het decreet van 27 maart 2009 betreffende de radio-omroep en televisie (hierna : het Uitvoeringsbesluit), dat er geen preview-window kon toegestaan worden aan Telenet. Dit werd per brief van 26 oktober 2017 formeel meegedeeld aan de betrokken partijen.

Op 18 december 2018 volgt dan de publieke bekendmaking over de aanbidding op aanvraag zoals omschreven onder punt 1.

7. Volgens de onderzoeksceel gaat dit initiatief in tegen artikel 6, 6°, a), van het Uitvoeringsbesluit vermits de platformen VRT NU en de on-demand-diensten van Telenet en Proximus niet-lineaire televisiediensten zijn. Volgens die bepaling kunnen de gerealiseerde coproductieprojecten alleen lineair en alleen door een omroeporganisatie in open net worden uitgezonden.

In afwijking daarvan en met toepassing van artikel 6, 6°, c), van datzelfde besluit, kan een dienstenverdelers, die verzaakt aan deelname in de winst, kiezen voor een verplichting in hoofde van de omroeporganisatie om toe te laten dat het betrokken coproductieproject na de eerste lineaire uitzending in open net, voor een periode van twaalf maanden via een eigen platform kan worden aangeboden, mits betaling van een marktconforme bijkomende financiële bijdrage. Telenet gaf in het ingediende dossier aan voor deze afwijking te hebben gekozen.

Volgens de onderzoekscl kan Telenet zich niet rechtmatig op deze uitzondering beroepen door te verwijzen naar de lineaire uitzending in open net van de eerste twee afleveringen van het coproductieproject, om de gehele reeks gedurende een korte periode reeds niet-lineair aan te bieden.

8. De onderzoekscl is dan ook van oordeel dat zowel Telenet als de VRT een inbreuk hebben begaan tegen de toepassing van artikel 6, 6°, a), van het Uitvoeringsbesluit dat voorschrijft dat de gerealiseerde coproductieprojecten alleen lineair en alleen door een omroeporganisatie in open net kunnen worden uitgezonden.

Telenet zou daarenboven ook een inbreuk hebben begaan tegen de toepassing van artikel 6, 6°, b), van datzelfde besluit dat elke voorafgaande uitzending door de dienstenverdelers van het coproductieproject aan de uitzending in open net verbiedt.

TOEPASSELIJKE REGELS

9.1. Artikel 184/1 van het decreet van 27 maart 2009 betreffende radio-omroep en televisie (hierna: het Mediadecreet) bepaalt :

“ § 1. Iedere dienstenverdelers die een of meerdere omroepdiensten van een of meerdere televisieomroeporganisaties die vallen onder de bevoegdheid van de Vlaamse Gemeenschap, op lineaire of niet-lineaire wijze ter beschikking stelt van het publiek, neemt deel aan de productie van audiovisuele werken, ofwel onder de vorm van een financiële bijdrage aan de coproductie van audiovisuele werken, ofwel onder de vorm van een gelijkwaardige financiële bijdrage aan het Vlaams Audiovisueel Fonds vzw, opgericht bij het decreet van 13 april 1999 houdende machtiging van de Vlaamse Regering om toe te treden tot en om mee te werken aan de oprichting van de vereniging zonder winstgevend doel Vlaams Audiovisueel Fonds. Deze bijdrage wordt door het Vlaams Audiovisueel Fonds besteed aan Vlaamse, kwalitatieve onafhankelijke producties in reeksvorm, die tot stand komen in coproductie met de openbare

omroeporganisatie van de Vlaamse Gemeenschap en/of de in Vlaanderen erkende en/of aangemelde televisieomroeporganisaties en waarover de Vlaamse Regering met het Vlaams Audiovisueel Fonds een beheersovereenkomst sluit.

De dienstenverdelers brengen het Vlaams Audiovisueel Fonds, de Vlaamse Regulator voor de Media en de Vlaamse Regering ieder jaar vóór 15 februari met een ter post aangetekende brief op de hoogte van de door hem gekozen vorm van deelname, bij gebrek waaraan hij geacht wordt gekozen te hebben voor participatie door middel van een financiële bijdrage aan het Vlaams Audiovisueel Fonds.

§ 2. De in § 1 vermelde financiële bijdrage aan coproductie neemt de vorm aan van coproductieprojecten die voor beoordeling van de ontvankelijkheid en erkenning worden voorgelegd aan de Vlaamse Regulator voor de Media. De Vlaamse Regering bepaalt de nadere modaliteiten met betrekking tot de procedure voor indiening van de coproductieprojecten alsook met betrekking tot de beoordeling van de ontvankelijkheid en de erkenning van deze coproductieprojecten. De Vlaamse Regering bepaalt tevens de nadere modaliteiten met betrekking tot de procedure voor de financiële bijdrage aan het Vlaams Audiovisueel Fonds.

§ 3. Het forfaitaire bedrag van de deelname van elke dienstenverdelers aan de productie van audiovisuele werken, vermeld in paragraaf 1, bedraagt 3 miljoen euro per jaar. In afwijking daarvan kan de dienstenverdelers opteren voor een deelname voor een bedrag van 1,3 miljoen euro per abonnee in het Nederlandse taalgebied, berekend op grond van de meest recente en door de Vlaamse Regulator voor de Media aanvaarde gegevens die werden meegedeeld in uitvoering van artikel 182. Worden die gegevens niet adequaat aangeleverd, dan zal de forfaitaire bijdrage verschuldigd zijn.

De bedragen, vermeld in het eerste lid, worden vanaf 1 januari 2015 jaarlijks geïndexeerd op basis van het prijsindexcijfer zoals bepaald in artikel 2 van het koninklijk besluit van 24 december 1993 ter uitvoering van de wet van 6 januari 1989 tot vrijwaring van 's lands concurrentievermogen. Dit gebeurt door de bedragen zoals vermeld in het eerste lid, te vermenigvuldigen met hierboven vermeld prijsindexcijfer vastgesteld voor de maand januari van het lopende jaar en te delen door het hierboven vermeld prijsindexcijfer vastgesteld voor de maand februari van het jaar 2014.

Een dienstenverdelers waarvan blijkt dat hij met toepassing van § 2 voor de betrokken periode onvoldoende investeringen in coproductieprojecten heeft voorgelegd aan de Vlaamse Regulator voor de Media, is gehouden tot de financiële bijdrage, als bedoeld in § 1, aan het Vlaams Audiovisueel Fonds voor het volledige bedrag als bedoeld in die paragraaf zonder aftrek van de reeds voorgelegde investeringen.

Heeft de dienstenverdelers zijn keuze voor investering in coproductie van audiovisuele werken kenbaar gemaakt en is het tekort aan investering in coproductieprojecten te wijten aan de beslissing van de Vlaamse Regulator voor de Media dat een of meerdere coproductieprojecten niet ontvankelijk zijn of niet erkend worden overeenkomstig de procedure bedoeld in § 2, dan stort de dienstenverdelers het saldo van de totaal verschuldigde financiële bijdrage als bedoeld in § 1 aan het Vlaams Audiovisueel Fonds.

§ 4. Een participatie in een coproductie ter uitvoering van een andere wettelijke of reglementaire verplichting of die een ander wettelijk of reglementair voordeel met zich meebrengt, kan niet in rekening worden gebracht in het kader van de deelnameplicht, vermeld in dit artikel."

9.2. Artikel 6, 6°, a), van het Uitvoeringsbesluit stelt dat :

"Om in aanmerking te komen als vorm van bijdrage tot de productie van audiovisuele werken via een coproductie, moeten de coproductieprojecten aan de volgende ontvankelijkheidsvoorwaarden voldoen:

(...)

6° de rechten van de participerende dienstenverdelers op de audiovisuele productie worden als volgt geregeld:

a) de gerealiseerde coproductieprojecten kunnen alleen lineair en alleen door een televisieomroeporganisatie in open net worden uitgezonden."

9.3. Artikel 6, 6°, b), van het Uitvoeringsbesluit luidt als volgt :

"Om in aanmerking te komen als vorm van bijdrage tot de productie van audiovisuele werken via een coproductie, moeten de coproductieprojecten aan de volgende ontvankelijkheidsvoorwaarden voldoen:

(...)

6° de rechten van de participerende dienstenverdelers op de audiovisuele productie worden als volgt geregeld:

b) elke voorafgaande uitzending door de dienstenverdelers van het coproductieproject aan de uitzending in open net is verboden."

A. I. Argumenten van de aangeklaagde dienstenverdelers

10.1. Algemeen

Telenet legt uit dat “Over Water” een coproductie is tussen VRT en het productiehuis Panenka, medegefinancierd door Telenet in het kader van haar investeringsplicht zoals voorzien in het Mediadecreet. In een beslissing van 21 maart 2016 erkende de VRM deze financiering.

Telenet verduidelijkt dat “Over Water” lineair op zondagavond wordt uitgezonden door VRT op Eén. De eerste aflevering werd uitgezonden op 16 december 2018. Na de uitzending van elke aflevering is en zal deze volgens Telenet ook beschikbaar zijn in de verschillende VRT niet-lineaire diensten (zowel VRT NU, net gemist en ooit gemist). Na de open net-uitzending van de volledige reeks biedt Telenet elke aflevering ook aan in haar niet-lineaire aanbod. In dit verband bevestigt Telenet de lezing van de VRM dat de niet-lineaire uitzendingen van de gefinancierde coproductie enkel beschikbaar kunnen worden gesteld na de open net-uitzending van de laatste aflevering van het betrokken coproductieproject.

De dienstenverdelers vervolgt dat in de periode van 23 december 2018 tot 31 december 2018, na de lineaire uitzending van de tweede aflevering door de VRT, alle afleveringen door de VRT beschikbaar werden gesteld via VRT NU en gratis opvraagbaar in de net gemist-dienst van de VRT. Telenet wijst er op dat het net gemist-aanbod toegankelijk is via Telenet en Proximus en dat deze dienst op de website van de VRM wordt omschreven als een niet-lineaire dienst van de VRT.

10.2. Geen inbreuk op de stimuleringsregeling

Volgens Telenet houdt de rechtenregeling in het Uitvoeringsbesluit voor de dienstenverdelers in dat de productie in open net wordt getoond, hetgeen betekent dat het moet worden uitgezonden door een omroeporganisatie. Daarnaast zou het Uitvoeringsbesluit bepalen dat het verlenen van preview rechten aan de dienstenverdelers verboden is.

Telenet is van mening dat in het kader van artikel 6, 6°, a), van het Uitvoeringsbesluit het recht om een coproductieproject lineair en in open net uit te zenden, exclusief bij de omroeporganisatie ligt. De bepaling zou zich tot de dienstenverdelers richten en zou de mogelijkheid voor de omroeporganisaties om het betrokken coproductieproject in preview uit te zenden onverlet laten. Telenet stelt vast dat in dit geval volledig en enkel door de VRT tot de betrokken preview uitzendingen werd beslist.

De dienstenverdelers is van oordeel dat er evenmin een inbreuk kan worden vastgesteld op artikel 6, 6°, b), van het Uitvoeringsbesluit omdat het aanbieden van de preview uitzendingen van de VRT uitging en niet van Telenet.

Volgens deze laatste is de VRT ook niet als dienstenverdelers te kwalificeren dus zouden preview uitzendingen door de VRT geenszins verboden zijn. Het Uitvoeringsbesluit zou verwijzen naar een voorafgaande exploitatie door de dienstenverdelers terwijl het hier om een exploitatie door de VRT ging. De beschikbaarstelling van "Over Water" vond plaats via VRT diensten die onder de redactionele verantwoordelijkheid van de VRT vallen. Vermits het een actie van de VRT betrof, kan er volgens Telenet geen sprake zijn van een inbreuk op artikel 6, 6°, b), van het Uitvoeringsbesluit, dat zich richt tot de exploitatie van een previewrecht door de co-financierende dienstenverdelers.

Tenslotte merkt Telenet nog op dat volgens haar deze beschikbaarstelling geen preview window betreft : de reeks werd kosteloos ter beschikking gesteld via niet-lineaire diensten van de VRT en de lineaire uitzendingen waren reeds gestart.

Telenet vat samen dat de fictiereeks kortstondig en kosteloos door de VRT beschikbaar werd gesteld via een aantal niet-lineaire diensten van de VRT. Volgens de dienstenverdelers vormt deze handelswijze geen inbreuk noch op het Mediadecreet noch op het Uitvoeringsbesluit.

10.3. Hoorzitting

Telenet legt uit dat zij de afleveringen van "Over Water" enkel ter beschikking stelt via haar platformen nadat alle afleveringen in open net zijn uitgezonden. De dienstenverdelers verduidelijkt dat deze actie niet in haar belang was omdat haar SVOD-rechten hierdoor zeker gedevaloriseerd worden.

A. II. Argumenten van de aangeklaagde omroeporganisatie

11.1. Algemeen

Na de achtergrond van het coproductieproject te hebben geschetst, legt de VRT uit dat, na de lineaire uitzending van de tweede aflevering van "Over Water", alle afleveringen van het coproductieproject door haar beschikbaar werden gesteld via het online open FVOD-platform VRT NU en kosteloos via Telenet (gratis aanbod via 'Net Gemist') en Proximus.

Deze marketingactie, getiteld '*de bingeweek*', werd aangekondigd via tv- en radiospots met Tom Lenaerts en via de website VRT.be.

De lineaire uitzendingen behielden hun normale uitzendschema.

11.2. Geen inbreuk op de stimuleringsregeling

Na een samenvatting van het wettelijk kader m.b.t. de stimuleringsregeling, wijst de VRT vooreerst op de ratio legis van die regelgeving.

De omroeporganisatie merkt op dat de stimuleringsregeling in 2014 werd ingevoerd om van de Vlaamse mediasector een sterke economische sector te (blijven) maken, de leefbaarheid van het omroepbestel in Vlaanderen de nodige stimulansen te geven en de kwaliteit en de diversiteit van de Vlaamse programmamakers en audiovisuele producenten te stimuleren. Zonder steunmaatregelen dreigde de creatie van Vlaamse kwaliteitsvolle fictie, die duur is, in het gedrang te komen. Volgens de VRT blijft de audiovisuele sector echter onder druk staan, ondanks dergelijke steunmaatregelen. Ze verwijst in dit verband naar de Beleidsbrief Media 2018-2019 van minister Gatz, een recente Econopolis-studie volgens dewelke omroeporganisaties en productiehuisen hun rechten beter moeten valoriseren, en de memorie van toelichting bij het decreet dat de stimuleringsregeling invoerde.

De ratio legis van de stimuleringsregeling ligt volgens de VRT in het ondersteunen van de lokale productiehuisen en omroeporganisaties, zodat ze kwalitatieve Vlaamse fictie kunnen blijven produceren en aanbieden. Daartoe werd een verplichting voor de dienstenverdelers uitgewerkt om bij te dragen in de productie van kwaliteitsvolle lokale fictie.

Volgens de VRT is de rechtenregeling voor dienstenverdelers daarbij op 3 basisdoelstellingen geënt : 1) het is essentieel dat de productie in open net wordt getoond, d.w.z. uitgezonden door een omroeporganisatie beschikbaar in het basistelevisiepakket van de dienstenverdelers, 2) verlenen van previewrechten aan de dienstenverdelers is verboden om op die manier de omroeporganisatie te beschermen tegen druk van de dienstenverdelers en 3) de dienstenverdelers verwerft geen rechten in ruil voor zijn bijdrage, behalve wanneer hij verzaakt aan winstdeelname.

Artikel 6, 6°, van het Uitvoeringsbesluit bepaalt de rechtenregeling van de participerende dienstenverdelers om te vermijden dat de dienstenverdelers enkel in een coproductieproject zou instappen wanneer hij een groot deel van de rechten naar zich zou kunnen toetrekken. Zo kan er ab initio niet bepaald worden dat de dienstenverdelers een preview window zou kunnen aanbieden en kan het recht om lineair en in open net uit te zenden uitsluitend bij de omroeporganisatie liggen.

In deze zaak is er dan ook geen sprake van een schending van artikel 6, 6°, a), van het Uitvoeringsbesluit. De lineaire rechten lagen ab initio bij de VRT en het coproductieproject werd lineair en in open net uitgezonden. Het feit dat in de loop van het lineaire venster het coproductieproject in catch up werd geëxploiteerd en ook kortstondig, niet lineair als 'binge'-aanbod van de VRT beschikbaar werd gesteld via Telenet, Proximus en VRT NU doet hier volgens de omroeporganisatie geen afbreuk aan. Bovendien ging de exploitatie van de VRT uit.

De VRT is van oordeel dat een lezing van artikel 6, 6°, a), van het Uitvoeringsbesluit als zou het coproductieproject enkel en alleen lineair, en enkel en alleen in open net mogen worden uitgezonden, onhoudbaar is. Deze interpretatie zou elke andere exploitatie (al dan niet door de open net omroep) uitsluiten en net het bereik van de Vlaamse reeksen en de valorisatie van exploitatiewindows inperken, terwijl precies de omgekeerde doelstelling geambieerd wordt. Op die manier zouden ook catch up-diensten worden uitgesloten (bv. via VRT NU, net gemist/ooit gemist en LUK) terwijl de VRT via de beheersovereenkomst net de opdracht heeft gekregen dergelijke diensten aan te bieden. De wetgever zou niet de bedoeling gehad hebben om via die bepaling het bereik van het coproductieproject en de rechten van de in bescherming genomen partij, zijnde de omroeporganisatie, dusdanig in te perken. De VRT besluit hieruit dat de lineaire rechten initieel wel bij de omroeporganisatie moeten liggen en dat zij dat venster moet kunnen realiseren maar dat zij ook het recht heeft exploitaties te ontwikkelen die niet-lineair zijn en zich al dan niet via een open net afspelen.

Verder kan er ook geen inbreuk zijn op artikel 6, 6°, b), van het Uitvoeringsbesluit vermits de '*bingeweek*' een actie van de VRT betrof, volgens wie dergelijke exploitatie niet verboden is. Het betrof hier immers geen exploitatie door Telenet. Het coproductieproject werd niet voorafgaand aan de uitzending in open net aan de abonnees van de dienstenverdelers aangeboden.

De VRT wenste met haar marketingactie het publiek maximaal te bereiken. Omdat het VRT NU-platform slechts een beperkt bereik heeft, werd de '*bingeweek*' ook via Telenet en Proximus aangeboden. De VRT legt uit dat daarbij de afleveringen door de VRT worden ingeladen in de eigen "Eén-omgeving" binnen de Telenet-interface. De VRT verduidelijkt dat de afleveringen niet beschikbaar stonden in de "Telenet-omgeving". De VRT verleende geen preview-exploitatierchten aan Telenet of Proximus in de zin van de stimuleringsregeling. Het stelde de afleveringen beschikbaar via de VRT-diensten die onder de redactionele verantwoordelijkheid van de VRT vallen.

De VRT merkt verder op dat artikel 6, 6°, b), van het Uitvoeringsbesluit verwijst naar een 'preview window', een betalend venster. De VRT, Panenka en Telenet hadden graag hun rechten optimaal geëxploiteerd via zo'n preview window maar kregen hiervoor geen toestemming van de VRM, ondanks uitgebreide argumentatie door de partijen waarom een preview window bij de dienstenverdelers niet in strijd zou zijn met de stimuleringsregeling. Partijen hebben zich hiernaar geschikt. Nadat de lineaire uitzendingen gestart waren, hebben de VRT en Panenka de Vlaamse kijker "getrakteerd" via een marketingactie, die volgens de VRT absoluut geen preview window betreft omdat de reeks immers kosteloos ter beschikking werd gesteld.

Tot slot stelt de VRT dat haar in geen geval een inbreuk op de stimuleringsregeling kan worden verweten. Noch artikel 184/1 van het Mediadecreet noch het Uitvoeringsbesluit richt zich immers tot de omroeporganisatie. Er kan geen sprake zijn van een schending van artikel 6, 6°, a), van het Uitvoeringsbesluit aangezien die bepaling geen enkele juridische verplichting oplegt aan de omroep.

11.3. Hoorzitting

De VRT benadrukt die laatste stelling en beklemtoont dat hier ook geen sprake is van preview rechten. De lineaire uitzendingen waren immers al gestart en de exploitatie gebeurde door de VRT en niet door de dienstenverdelers.

Op de vraag wie bij deze actie gebaat is, antwoordt de VRT dat het om een strategische marketingkeuze van het omroepprogramma Eén ging om een eenmalige eindejaarsactie te houden.

In antwoord op de vraag hoe de actie het maatschappelijk belang diende, zegt de VRT dat het doel erin bestond lokale content bij de kijker te brengen, wat zeker bereikt is. De VRT onderstreept dat alles vooraf besproken is met Panenka en dat Telenet op de hoogte werd gebracht.

B. Beoordeling

12. Algemeen

12.1. De stimuleringsregeling, ingevoerd bij decreet van 17 januari 2014, wil via de bijdrageplicht van de dienstenverdelers in de audiovisuele sector de leefbaarheid van het omroepbestel en de audiovisuele productiehuisen in Vlaanderen verhogen : *“Bovendien is de concrete marktsituatie vandaag zo dat audiovisuele producenten soms moeilijkheden ondervinden om hun producties te financieren, gelet ook op het moeilijke financieel-economische klimaat en de terughoudendheid van de financiële sector om financieringen in de culturele/creatieve sector te verstrekken. Dit en het feit dat er gestreefd wordt naar evenwichtige marktverhoudingen tussen enerzijds de dienstenverdelers en anderzijds de televisieomroeporganisaties en audiovisuele producenten, noopt de Vlaamse overheid er toe de kwetsbaarheid van deze laatste groep te beperken. Indien dienstenverdelers aldus structureel deelnemen aan het productieproces in de audiovisuele sector, zal dit de leefbaarheid van het omroepbestel en de audiovisuele productiehuisen ten goede komen.”* (Ontwerp van decreet betreffende de radio-omroep en televisie, houdende invoering van een stimuleringsregeling voor de audiovisuele sector *Parl. St. VI. Parl. 2013-2014, nr. 2294/1, 3-4).*

Het door de Vlaamse overheid nemen van “beschermende” maatregelen naar een bepaalde groep toe in haar streven naar evenwichtige marktverhoudingen in de audiovisuele sector, betekent niet zonder meer dat die maatregelen uitsluitend verplichtingen voor de ene groep en rechten voor de andere groep zouden inhouden.

In die zin volgt de VRM het verweer van de VRT ook niet als zou de stimuleringsregeling uitsluitend regels aan de dienstenverdelers opleggen maar niet aan de omroeporganisaties terwijl de VRT er wel haar recht om lineair in open net uit te zenden op steunt. Uit artikel 6, 6°, c), van het Uitvoeringsbesluit blijkt bijvoorbeeld ook dat een dienstenverdelers in bepaalde omstandigheden kan kiezen “voor een verplichting in hoofde van een omroeporganisatie bedoeld in 6° a)”, die de omroeporganisatie dan ook zal dienen na te leven.

12.2. Artikel 6, 6°, van het Uitvoeringsbesluit omvat de rechtenregeling van de participerende dienstenverdelers op de audiovisuele productie waarbij het uitgangspunt in artikel 6, 6°, a), verwoord wordt : het gerealiseerde coproductieproject mag 1) “*alleen lineair*” en 2) “*alleen door een omroeporganisatie in open net*” worden uitgezonden.

Er wordt door artikel 6, 6°, b), verboden/voorkomen dat er via overeenkomst geregeld zou worden dat de dienstenverdelers het coproductieproject voorafgaand aan de lineaire uitzending in open net zou mogen uitzenden.

Artikel 6, 6°, c), laat wel toe dat de dienstenverdelers onder welbepaalde voorwaarden achteraf na de eerste lineaire uitzending van het coproductieproject in open net, de afleveringen via een eigen platform kan aanbieden.

Het Uitvoeringsbesluit omschrijft dus nauwkeurig wanneer er kan worden afgeweken van de regel en er toch 1) niet-lineair mag worden uitgezonden en 2) het principe dat geen uitzending voorafgaand aan de lineaire uitzending in open net (door de dienstenverdelers) toegelaten is.

Hieruit afleiden dat een niet-lineaire aanbieding door een omroeporganisatie voorafgaand aan de lineaire uitzending van het volledige coproductieproject, toegelaten is, gaat volgens de VRM, in het licht van de beoogde doelstelling van de regeling, te ver.

Bij toepassing van artikel 6, 6°, c), van het Uitvoeringsbesluit kan de dienstenverdelers dus onder bepaalde voorwaarden, waaronder betaling van een marktconforme bijkomende financiële bijdrage, kiezen voor een verplichting in hoofde van de omroeporganisatie om toe te laten dat de dienstenverdelers het coproductieproject gedurende twaalf maanden na de eerste lineaire uitzending in open net via een eigen platform kan aanbieden. Indien de omroeporganisatie voorafgaand aan de lineaire uitzending van het gehele coproductieproject in open net, (alle) afleveringen reeds niet-lineair zou mogen/kunnen aanbieden, zullen de rechten van de participerende en zelfs een niet-participerende dienstenverdelers voor een uitzending achteraf via

eigen platform minder waard zijn. Telenet heeft in deze zaak verklaard dat deze situatie zich hier voordoet.

Wanneer de exploitatierechten minder opbrengen, komt dat uiteindelijk ten nadele van de groep wiens kwetsbaarheid net diende beperkt te worden met deze regeling.

De VRM ziet dan ook niet in hoe dergelijke interpretatie van de regels kan bijdragen in het streven naar evenwichtige marktverhoudingen in de audiovisuele sector.

In de huidige stand van de regelgeving lijken er volgens de VRM in het kader van de stimuleringsregeling dan ook geen voorafgaande uitzendingen van het coproductieproject in Vlaanderen mogelijk, niet door de participerende partijen maar ook niet door derde partijen zoals niet-participerende omroeporganisaties en niet-participerende dienstenverdelers. Het tegendeel verdedigen zou de bescherming die men met de regeling beoogt te bereiken, ondermijnen : de mogelijkheid voor een niet-participerende televisieomroeporganisatie of niet-participerende dienstenverdelers tot al dan niet gratis uitzenden of aanbieden van het coproductieproject, voorafgaand aan de lineaire uitzending in open net door de participerende televisieomroeporganisatie, zal de bereidheid tot (financiële) participatie door een dienstenverdelers en een televisieomroeporganisatie in coproductieprojecten aanzienlijk doen dalen. Bovendien zal de participerende dienstenverdelers ook geneigd zijn minder te betalen om het coproductieproject na de lineaire uitzending ervan nog via eigen platformen te mogen aanbieden.

13. Telenet

13.1. Uit het onderzoek is gebleken dat de zogenaamde "*bingeweek*" een marketingactie was die eenzijdig van de VRT uitging.

13.2. Het onderzoek toont ook aan dat het de omroeporganisatie zelf is die de betrokken afleveringen heeft opgeladen in haar eigen ruimte binnen de Telenet-interface en dat de deze niet beschikbaar waren via het eigen niet-lineaire platform van de dienstenverdelers.

Voor de abonnees van Telenet waren de afleveringen uitsluitend beschikbaar via de VRT-diensten die onder de redactionele verantwoordelijkheid van de VRT vallen. Het ter beschikking stellen van de afleveringen vereiste met andere woorden geen tussenkomst of daad van de dienstenverdelers en gebeurde dan ook uitsluitend via een dienstenverdelers (Telenet en Proximus) maar niet door een dienstenverdelers via diens eigen niet-lineaire platform. Voor zoveel als nodig wordt opgemerkt dat Telenet geen rechten bezat om deze content voorafgaand al ter beschikking te stellen.

Telenet heeft noch via zijn eigen niet-lineaire platform, noch voorafgaand aan de lineaire uitzending door een omroeporganisatie in open net afleveringen van het gerealiseerde coproductieproject beschikbaar gesteld.

13.3. Hieruit volgt dat Telenet geen inbreuk heeft begaan.

14. VRT

14.1. Uit het onderzoek blijkt dat de VRT, na de lineaire uitzending in open net van de tweede aflevering van "Open Water", alle overige acht afleveringen van het coproductieproject via VRT NU en via 'Net Gemist', en dus niet-lineair, ter beschikking heeft gesteld.

De VRM stelt vast dat dit niet beantwoordt aan artikel 6, 6°, a), van het Uitvoeringsbesluit volgens hetwelk het gerealiseerde coproductieproject alleen lineair en alleen in open net kan worden uitgezonden. Voor de beoordeling daarvan speelt het daarbij geen rol of de lineaire uitzendingen in open net reeds gestart waren of niet en of de ter beschikkingstelling kosteloos is gebeurd of niet. Het is een feit dat de VRT meerdere afleveringen van het gerealiseerde coproductieproject niet-lineair heeft aangeboden, terwijl die afleveringen pas later lineair werden uitgezonden.

14.2. Het verweer dat een strikte interpretatie van artikel 6, 6°, a), van het Uitvoeringsbesluit catch-up tv niet meer zou toelaten terwijl de beheersovereenkomst dit nochtans aan de VRT oplegt, overtuigt niet. Een strikte interpretatie laat catch-up tv van alle andere uitzendingen door de VRT gewoon ongemoeid.

De VRM wil in haar interpretatie bovendien zelfs niet zo ver gaan dat de omroeporganisatie de reeds lineair in open net uitgezonden afleveringen van het coproductieproject niet in catch-up tv zou mogen aanbieden, ook al valt dergelijke dienst onder het label niet-lineaire televisiedienst. In het licht van de beoogde doelstelling van de regelgever is echter problematisch de combinatie van 1) het niet-lineair ter beschikking stellen van 2) afleveringen die nog niet lineair in open net waren uitgezonden. Zoals hoger uiteengezet benadeelt dergelijke werkwijze de rechten van dienstenverdelers die beroep willen doen op de afwijking van artikel 6, 6°, c), van het Uitvoeringsbesluit en dus ook de rechten van de productiehuisen.

14.3. De VRM ziet bovendien helemaal niet in hoe het kosteloos ter beschikking stellen van afleveringen van een gerealiseerd coproductieproces, de precare financiële situatie van de omroeporganisaties en productiehuisen ten goede zou kunnen komen.

14.4. Uit het bovenstaande volgt dat VRT een inbreuk heeft begaan op artikel 6, 6°, a), van het Uitvoeringsbesluit door de afleveringen 3 tot en met 10 van het coproductieproject niet-lineair aan te bieden en vervolgens pas lineair uit te zenden.

14.5. Bij het bepalen van de sanctie houdt de VRM rekening met het gegeven dat voor de eerste keer een inbreuk van deze aard wordt gesanctioneerd. Daarom is een waarschuwing in dit geval een gepaste sanctie.

OM DEZE REDENEN, BESLIST DE VLAAMSE REGULATOR VOOR DE MEDIA

1. Geen inbreuk vast te stellen in hoofde van BVBA Telenet.
2. In hoofde van NV Vlaamse Radio- en Televisieomroeporganisatie een inbreuk vast te stellen op artikel 6, 6°, a) van het Uitvoeringsbesluit;

Overeenkomstig artikel 228, 1°, van het Mediadecreet NV Vlaamse Radio- en Televisieomroeporganisatie hiervoor te waarschuwen.

Aldus uitgesproken te Brussel op 11 maart 2019.

D. PEEREMAN
griffier

C. ADAMS
voorzitter

Tegen deze beslissing kan beroep tot nietigverklaring worden aangetekend bij de Raad van State. Dat beroep moet worden ingesteld bij aangetekende brief binnen zestig dagen na de kennisgeving, overeenkomstig de bepalingen van de gecoördineerde wetten op de Raad van State en het besluit van de regent van 23 augustus 1948 tot regeling van de rechtspleging voor de afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State.