



ALGEMENE KAMER

ZAAK VAN VRM t. NV SBS BELGIUM

(dossier nr. 2010/0509)

BESLISSING
nr. 2010/023

19 april 2010

In de zaak van VRM tegen NV SBS Belgium,

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

Dhr E. BREWAEYS, *voorzitter*,
Dhr C. ADAMS, *ondervoorzitter*,
Dhr R. LANNOO,
Mevr P. VALCKE, *leden*

en Dhr D. PEEREMAN, *griffier*,

Na beraadslaging op 19 april 2010,
Neemt op dezelfde datum de volgende beslissing:

PROCEDURE

1. Ingevolge de algemene opdracht, vastgesteld bij het kaderbesluit monitoring van het Vlaams Commissariaat voor de Media van 22 april 2005 tot het uitvoeren van een regelmatige monitoring van de Vlaamse televisieomroepen, werden door de onderzoekscel van de Vlaamse Regulator voor de Media (hierna: de Regulator) de uitzendingen van 6 diverse televisieomroeporganisaties, uitgezonden op 22 januari 2010 van 17 uur tot 23 uur, onderzocht.

Het betreft hier onder meer de uitzendingen van het omroepprogramma VijfTV van NV SBS Belgium.

2. Op 8 maart 2010 legt de onderzoekscel van de Regulator aan de algemene kamer van de Regulator een onderzoeksrapport voor aangaande mogelijke overtredingen van de regelgeving inzake reclame, telewinkelen, sponsoring en boodschappen van algemeen nut tijdens de uitzendingen op 22 januari 2010 van het omroepprogramma VijfTV.

3. Op 15 maart 2010 beslist de algemene kamer van de Regulator om, op basis van het onderzoeksrapport, tegen NV SBS Belgium (hierna: SBS), met maatschappelijke zetel Fabrieksstraat 55 te 1930 Zaventem, een procedure op tegenspraak op te starten.

4. De beslissing om een procedure op tegenspraak op te starten wordt samen met het onderzoeksrapport bij aangetekende brief van 22 maart 2010 aan SBS meegedeeld.

5. SBS bezorgt de schriftelijke opmerkingen aan de Regulator bij aangetekende brief van 7 april 2010, ontvangen op 9 april 2010.

6. Op de hoorzitting van 19 april 2010 wordt SBS vertegenwoordigd door Annick Moons.

DE FEITEN

7. Wedstrijden - telewinkelspots

De onderzoeksceel stelt vast dat tijdens de onderzochte periode een alleenstaande spot werd uitgezonden waarbij een DVD-box van de televisieserie 'Friends' kon gewonnen worden mits deelname aan een sms-wedstrijd tegen betaling met vermelding van het tarief. De spot in kwestie wordt gekoppeld aan het einde van een uitzending van deze televisieserie.

Dergelijke oproepen om deel te nemen aan een wedstrijd zijn, volgens de onderzoeksceel, rechtstreekse aanbiedingen tegen betaling met vermelding van tarieven die alle elementen van de definitie van telewinkelen bevatten.

De onderzoeksceel is van oordeel dat SBS een inbreuk pleegt op artikel 79, § 1, van het decreet betreffende radio-omroep en televisie van 27 maart 2009 (hierna: het Mediadecreet). Het artikel bevat de verplichting dat telewinkelen duidelijk herkenbaar moet zijn en moet kunnen worden onderscheiden van de redactionele inhoud.

TOEPASSELIJKE REGELS

8.1. Artikel 2, 45°, van het Mediadecreet luidt als volgt:

“45° telewinkelen : rechtstreekse aanbiedingen aan het publiek die worden uitgezonden met het oog op de levering tegen betaling van goederen of diensten, met inbegrip van onroerende goederen, rechten en verplichtingen”;

8.2. Artikel 79, § 1, van het Mediadecreet bepaalt dat:

“Art. 79. § 1. Televisiereclame, zelfpromotie uitgezonderd, en telewinkelen moeten duidelijk herkenbaar zijn en moeten kunnen worden onderscheiden van redactionele inhoud. Zonder afbreuk te doen aan het gebruik van nieuwe reclametechnieken, moeten reclame en telewinkelen met visuele en/of akoestische en/of ruimtelijke middelen van andere onderdelen van het programma worden gescheiden.

De bepalingen van deze paragraaf zijn eveneens van toepassing op teletekst”.

A. Argumenten van SBS

9. In limine litis

9.1. SBS maakt in eerste instantie voorbehoud voor de excepties betreffende de wettigheid van het kaderbesluit monitoring van 22 april 2005 en de schending van de artikelen 20 en 21 van het oude reglement van orde van de algemene kamer van de Regulator van 15 september 2005. SBS verwijst hiervoor naar zijn verzoekschriften neergelegd bij de Raad van State tot nietigverklaring van beslissingen van de Regulator.

9.2. De omroeporganisatie roept verder de onontvankelijkheid van het onderzoek in wegens schending van het rechtmatig vertrouwen doordat het uitzendingen betreft van meer dan twee maanden voor de mededeling van het ambtshalve onderzoek tegen SBS. Een omroeporganisatie is decretaal verplicht om een kopie van al haar omroepsignalen, zoals ze werden uitgezonden, gedurende één maand te bewaren, wat in principe betekent dat de onderzoekscel een onderzoek kan doen naar uitzendingen die ten hoogste één maand teruggaan in de tijd. Elk onderzoek buiten de voorziene periode van één maand dreigt de rechten van de verdediging van de betrokken omroep en diens rechtmatig vertrouwen ernstig te schaden. Hiermee creëren de onderzoekscel en de Regulator een aanzienlijke rechtsonzekerheid in hoofde van de omroeporganisaties, die onmogelijk kunnen inschatten gedurende welke tijd zij hun archieven dienen te bewaren en het onderwerp kunnen uitmaken van een onderzoeksprocedure. De omroeporganisaties worden *de facto* gedwongen hun archieven onbeperkt te bewaren en dit in afwijking van het gerechtvaardigde vertrouwen dat zij op basis van het decreet mogen hebben dat elk onderzoek binnen de decretaal voorziene termijn van één maand zal plaatsvinden.

SBS wijst er op dat de termijn van twee maanden om de uitzendingen te bewaren onder het oude Mediadecreet, werd gereduceerd tot een termijn van één maand. Het belang van de nood aan rechtszekerheid werd met deze inkorting bevestigd.

9.3. Tevens roept SBS de onontvankelijkheid van het onderzoek in omdat de Regulator zich schuldig maakt aan een onwettige delegatie van bevoegdheden. SBS veronderstelt dat de vaststellingen uit het onderzoeksrapport gedaan zijn door een derde, nl. Mediaxim, en niet enkel gebaseerd zijn op de eigen bevindingen van de onderzoekscel, terwijl geen enkele decretale bepaling delegatie toelaat.

Bovendien wijst SBS op de manifeste schending van het auteursrecht en de naburige rechten, door de wederrechtelijke en niet geautoriseerde registratie van door het auteursrecht beschermde werken.

10. *Ten gronde*

10.1. SBS voert aan dat de bovenvermelde sms-wedstrijd geenszins kan gekwalificeerd worden als telewinkelen in de zin van artikel 2, 45°, van het Mediadecreet. Het gaat, volgens de omroeporganisatie, om een

promotiespot voor afgeleide producten van een serie, die de kijker verbindt met SBS.

SBS verwijst daarvoor naar het standpunt van de Regulator betreffende besselletjes en het arrest van het Europees Hof van Justitie van 18 oktober 2007, met de daarin omschreven criteria voor de beoordeling of een bessel een daad van telewinkelen uitmaakt. Volgens SBS overstijgen algemeen geldende of toetsbare principes, die ontwikkeld worden bij prejudiciële vraagstelling aan het Europees Hof van Justitie, het individuele geschil en verkrijgen *erga omnes* een belangrijke precedentswaarde.

Er worden geen specifieke diensten of producten te koop aangeboden door een commercieel bedrijf, maar er wordt enkel door de omroeporganisatie zelf een eigen bijkomende dienstverlening ter beschikking gesteld van de kijkers, waarbij deze de kans krijgen om een mooie prijs te winnen.

In het voorliggende geval wordt een beperkte prijs per sms aangerekend (€1), die niet erg ver boven de prijs van een normale sms ligt en waarvan de opbrengst grotendeels ten goede komt aan de telecomoperator en gedeeltelijk de administratieve kosten van de omroep dekt. Er is geen sprake van een winstgevende handelsactiviteit van een derde commerciële onderneming, zoals het geval is bij besselletjes of de verkoop van ringtones.

Volgens SBS kan de kijkerswedstrijd voor de DVD-box van 'Friends', die werd uitgezonden vlak na de dagelijkse aflevering van deze serie op VijfTV niets anders zijn dan een zelfpromotiespot.

10.2. Daarenboven wijst SBS er op dat de sms-wedstrijden wel degelijk op auditieve en visuele wijze worden onderscheiden van de reguliere programma's van VijfTV. Tijdens de gehele duur van de wedstrijdspot wordt het toepasbare tarief immers duidelijk in beeld gebracht.

10.3. SBS vraagt rekening te houden met de geringe opbrengst van deze wedstrijd en meent dat een waarschuwing kan volstaan, indien de Regulator een inbreuk op artikel 79, § 1, van het Mediadecreet vaststelt.

B. Beoordeling

11. In limine litis

11.1. Het komt niet toe aan de Regulator om zich uit te spreken over de wettigheid van het kaderbesluit van 22 april 2005 en over een mogelijke schending van het oude reglement van orde van de algemene kamer. Tot op heden is de onwettigheid of schending van deze teksten en vaststellingen door de bevoegde instantie niet vastgesteld.

Het reglement van orde van de algemene kamer van 15 september 2005 werd opgeheven en vervangen door het reglement van orde van de

algemene kamer, de Kamer voor onpartijdigheid en bescherming van minderjarigen, het college van voorzitters en de algemene vergadering van de Vlaamse Regulator voor de Media van 18 mei 2009.

11.2. De termijn van één maand gedurende dewelke een omroeporganisatie een kopie van al haar omroepsignalen decretaal dient te bewaren, verhindert niet dat de Regulator een ambtshalve onderzoek instelt omtrent uitzendingen die reeds ouder dan één maand zijn. De Regulator legt *de facto* aan de omroepen geen verplichting op om hun beeldmateriaal voor een veel langere periode te bewaren. Indien de omroeporganisatie zelf niet meer over de bewuste uitzendingen zou beschikken, kan hij die op eenvoudig verzoek van de Regulator ontvangen. De Regulator schendt derhalve geenszins het Mediadecreet, de rechten van de verdediging en het rechtmatig vertrouwen van de omroeporganisatie, door een ambtshalve onderzoek in te stellen naar uitzendingen die langer dan één maand teruggaan in de tijd.

De Regulator verwerpt dan ook de exceptie van onontvankelijkheid van het ambtshalve onderzoek.

11.3. De door Mediaxim geleverde prestaties bestaan uit de registratie van de uitzendingen in kwestie. De vaststellingen uit het onderzoeksrapport zijn volledig gebaseerd op eigen bevindingen, weliswaar gebruik makend van opnames van Mediaxim.

Er is dan ook geen sprake van een onwettige delegatie van bevoegdheden, aangezien er door de Regulator geen enkele onderzoeksbevoegdheid, die hem in het Mediadecreet is toegewezen, werd overgedragen aan Mediaxim.

Het komt de Regulator niet toe om zich uit te spreken over de auteursrechtelijke bescherming van de uitzendingen in kwestie en de eventuele auteursrechtelijke inbreuk. Wel wordt gewezen op de algemene opdracht, vastgesteld bij het kaderbesluit monitoring van het Vlaams Commissariaat voor de Media van 22 april 2005 tot het uitvoeren van een regelmatige monitoring van de Vlaamse televisieomroeporganisaties en op de decretaal toegewezen mogelijkheid om zich hiervoor te beroepen op inlichtingen en documenten voor zover dat voor de invulling van hun taak redelijkerwijs nodig is (artikel 234 van het Mediadecreet). Bovendien worden de registraties enkel aangewend ten behoeve van het goede verloop van een administratieve procedure zonder afbreuk te doen aan de normale exploitatie van het werk.

De Regulator verwerpt dan ook de exceptie van onontvankelijkheid van het ambtshalve onderzoek.

12. *Ten gronde*

12.1. Waar SBS in haar verweer betwist dat er sprake zou zijn van telewinkelen, koppelt de omroeporganisatie de voorwaarden van artikel 2,

45°, van het Mediadecreet aan deze van het arrest van het Europees Hof van Justitie van 18 oktober 2007.

Het betrokken arrest van het Hof van Justitie werd echter geveld in een specifieke zaak, namelijk als antwoord op een prejudiciële vraag over de zogenaamde besselletjes. Het Hof beantwoordde de vraag onder welke voorwaarden dergelijke spelletjes als telewinkelen of als reclame kunnen worden beschouwd. Het arrest heeft dus specifiek betrekking op besselletjes en legt geen voorwaarden voor telewinkelen in het algemeen op. Het arrest is derhalve niet dienstig voor de beoordeling van de vraag of de voorliggende zaak als telewinkelen moet worden beschouwd. Ook het standpunt van de Regulator van 6 juni 2008 met betrekking tot besselletjes (die een totaal spelprogramma inhouden) behandelt een specifieke vorm van telewinkelen en bevat geen algemene voorwaarden.

De uitzending van spots waarbij de kijker de mogelijkheid wordt aangeboden tegen betaling (waarbij de prijs van een sms-bericht €1 bedraagt en een veelvoud is van de gangbare prijs van een sms) deel te nemen aan een wedstrijd om zo kans te maken op een DVD van de serie 'Friends' moet worden beschouwd als telewinkelen, zoals gedefinieerd bij artikel 2, 45°, van het Mediadecreet. Alle elementen van de definitie van telewinkelen zijn aanwezig bij het aanbieden van deze dienst tegen betaling.

12.2. Artikel 79, § 1, van het Mediadecreet bepaalt dat telewinkelspots duidelijk herkenbaar moeten zijn en moeten kunnen worden onderscheiden van redactionele inhoud. Een tariefvermelding gedurende de gehele spot voldoet echter niet aan deze verplichting.

De Regulator stelt dan ook een inbreuk vast op de bepalingen van artikel 79, § 1, van het Mediadecreet.

Bij het bepalen van de sanctie kan de Regulator niet voorbijgaan aan het gegeven dat SBS eerder reeds voor gelijkaardige feiten sancties opgelegd heeft gekregen (zie beslissing nr. 2009/018 van 23 februari 2009 en beslissing nr. 2009/034 van 20 april 2009).

Gelet op de aard en de ernst van de inbreuk is een administratieve geldboete van € 2.500 een gepaste sanctie.

OM DEZE REDENEN, BESLIST DE VLAAMSE REGULATOR VOOR DE MEDIA

In hoofde van NV SBS Belgium een inbreuk vast te stellen op artikel 79, § 1, van het Mediadecreet;

Overeenkomstig artikel 228, eerste lid, 4°, van het Mediadecreet NV SBS Belgium daarvoor een administratieve geldboete van € 2.500 op te leggen.

Aldus uitgesproken te Brussel, op 19 april 2010.

D. PEEREMAN
griffier

E. BREWAEYS
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.