

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

XIIe KAMER

A R R E S T

**nr. 210.976 van 3 februari 2011
in de zaak A. 191.930/XII-5764**

In zake: de NV SBS BELGIUM
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Agnès Maqua en Bart Van Den Brande
kantoor houdend te 1170 Brussel
Vorstlaan 100
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

de VLAAMSE REGULATOR VOOR DE MEDIA
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Noëlla Viaene
kantoor houdend te Aalter
Rostynedreef 24
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van het beroep

1. Het beroep, ingesteld op 24 maart 2009, strekt tot de nietigverklaring van de beslissing nr. 2008/078 van 15 december 2008 van de Vlaamse Regulator voor de Media, waarbij aan de nv SBS Belgium een administratieve geldboete van 7.500 euro wordt opgelegd.

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.

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 14 december 2010.

Staatsraad Geert Van Haegendoren heeft verslag uitgebracht.

Advocaten Pieter Paepe en Andries Hofkens, die verschijnen voor de verzoekende partij, en advocaat Noëlla Viaene, die verschijnt voor de verwerende partij, zijn gehoord.

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. Het omroepprogramma VT4 is een televisiezender uitgebaat door verzoekster. Zij beschikt voor dit omroepprogramma over een erkenning als particuliere televisieomroep die zich richt tot de gehele Vlaamse Gemeenschap. VT4 is geen televisieomroep die uitsluitend telewinkelprogramma's uitzendt.

3.2. Overeenkomstig het kaderbesluit monitoring van 22 april 2005 van het Vlaams Commissariaat voor de Media (hierna: kaderbesluit monitoring of kortweg, het kaderbesluit) voert de onderzoekscel van verwerende partij een monitoring uit van tien diverse televisieomroepen in de Vlaamse Gemeenschap die zich richten tot de gehele Vlaamse Gemeenschap, waaronder VT4, waarbij de uitzendingen van 23 juli 2008 gedurende één etmaal worden onderzocht.

Naar aanleiding van deze monitoring vermeldt de onderzoekscel in een nota dat er in de uitzendingen van VT4 een inbreuk op de op 4 maart 2005 gecoördineerde decreten betreffende de radio-omroep en de televisie (hierna ook : de mediadecreten), werd begaan, meer bepaald op de bepalingen van het artikel 102, 2/ en 3/, van de mediadecreten. Volgens de onderzoekscel heeft de omroep de decretaal voorgeschreven maximale duurtijd van drie uur per dag voor telewinkelmomenten ruimschoots overschreden terwijl de telewinkelmomenten ook niet duidelijk als blokken voor telewinkelen herkenbaar worden gemaakt door visuele en auditieve middelen.

3.3. Op 20 oktober 2008 beslist de algemene vergadering van de algemene kamer van de Vlaamse Regulator voor de Media (hierna ook: VRM) om tegen verzoekster ambtshalve een procedure op tegenspraak te starten wegens voormelde inbreuken vastgesteld bij VT4.

Bij brief van 6 november 2008 wordt verzoekster op de hoogte gesteld van het verslag van de onderzoekscel.

Bij verweernota van 21 november 2008 maakt verzoekster haar opmerkingen over. Daarin betwist zij in hoofdorde de gebruikte kwalificatie van de uitzendingen als telewinkelen omdat er geen levering van goederen of diensten heeft plaatsgevonden. In ondergeschikte orde stelt zij, enerzijds, dat de betrokken programma's op herkenbare wijze zijn aangekondigd doordat de tarieven duidelijk in beeld worden gebracht en, anderzijds, dat, hoewel zij de maximale duurtijd heeft overschreden, er geen redenen zijn om haar een sanctie op te leggen. Zij verwijst daarbij naar de richtlijn 2007/65/EG van het Europees Parlement en de Raad van 11 december 2007 tot wijziging van de richtlijn 89/552/EEG van de Raad betreffende de coördinatie van bepaalde wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen in de lidstaten inzake de uitoefening van televisieomroepactiviteiten (hierna: richtlijn 2007/65/EG). In deze wijzigende richtlijn wordt de maximumduur van drie uur voor telewinkelmogelijkheden immers afgeschaft.

3.4. Na verzoekster te hebben gehoord, beslist de algemene kamer op 15 december 2008 dat verzoekster een inbreuk heeft gepleegd op de bepalingen van artikel 102, 2/ en 3/, van de mediadecreten en legt haar hiervoor een administratieve geldboete op van 7.500 euro. De bestreden beslissing is, wat die inbreuk betreft, gesteund op de volgende overwegingen :

“13. Het uitzenden van aanbiedingen tegen betaling met vermelding van tarieven, waarbij de kijker de mogelijkheid wordt aangeboden boodschappen, foto's, filmpjes te ontvangen, te chatten met dames, filmpjes te bekijken op een website of om zijn persoonlijke horoscoop te kennen, dient te worden beschouwd als telewinkelen. Alle elementen van de definitie van telewinkelen zijn aanwezig bij het aanbieden van deze diensten tegen betaling. De getoonde boodschappen nodigen de kijkers uit om tegen betaling gebruik te maken van de aangeboden diensten. Hiervoor kan eveneens naar de beslissing nr. 2008/036 d.d. 16 juni 2008 van de Regulator worden verwezen.

Door het uitzenden van telewinkelen op 23 juli 2008 tussen 00:47:29 en 06:03:10, tussen 08:58:05 en 09:20:26 en in 3 blokken van een uur ('Telsell.com') heeft VT4 de maximale totale duur per dag voor telewinkelen overschreden.

14. Wat de verwijzing naar de nieuwe Europese richtlijn Audiovisuele mediadiensten betreft waarin de maximumduur van 3 uur voor

telewinkelmogelijkheden is afgeschaft, kan worden geantwoord dat de Regulator toepassing dient te maken niet van de richtlijn, doch van het Mediadecreet die de omzetting vormt van de regels van de richtlijn. In deze zaak wordt immers hetzelfde standpunt gehanteerd als het op de website van de Regulator bekendgemaakte standpunt omtrent de uitzending van belpelletjes (de Richtlijn AMVD heeft de regels met betrekking tot reclame en telewinkelen weliswaar aanzienlijk versoepeld maar werd tot op heden nog niet omgezet binnen de Vlaamse Gemeenschap). De Vlaamse omroepen moeten dus rekening houden met de huidige bepalingen en voorwaarden uit het Mediadecreet, ook wat betreft de bepalingen omtrent de maximumduur van 3 uur voor telewinkelmogelijkheden.

15. De Regulator is van oordeel dat het niet volstaat dat de kijker doorlopend geïnformeerd wordt van de kosten verbonden aan het versturen van een SMS-bericht of een telefoonoproep, doordat de tarieven duidelijk in beeld worden gebracht, om te voldoen aan de bepalingen van artikel 102, 3/, van het Mediadecreet. De uitzendingen tussen 00:47:29 en 06:03:10 en tussen 08:58:05 en 09:20:26 worden dan ook niet duidelijk als blokken voor telewinkelen herkenbaar gemaakt door visuele en auditieve middelen.

16. Er is bijgevolg een inbreuk op de bepalingen van artikel 102, 2/ en 3/, van het Mediadecreet.

Gelet op de aard en de ernst van de inbreuk is een administratieve geldboete van 7.500 euro een gepaste sanctie”.

IV. Relevante regelgeving

4. Voor een goed begrip van de zaak is het nuttig eerst de relevante bepalingen in herinnering te brengen van, achtereenvolgens, de (toenmalig geldende) mediadecreten, het besluit van de Vlaamse regering van 30 juni 2006 betreffende de procedure voor de Vlaamse Regulator voor de Media (hierna: het procedurebesluit), het reglement van orde van de algemene kamer van de Vlaamse Regulator voor de Media van 15 september 2006 (hierna: het reglement van orde) en het bewuste kaderbesluit monitoring.

5. Artikel 169, §§ 1 en 2, van de mediadecreten luiden :

“§ 1. De Vlaamse Regulator voor de Media heeft als missie de handhaving van de mediaregelgeving binnen de Vlaamse Gemeenschap, het beslechten van geschillen in verband met de mediaregelgeving en het uitreiken van de media-erkenningen en -vergunningen, overeenkomstig de regelgeving.

§ 2. De algemene kamer heeft de volgende taken:

1/ met behoud van de toepassing van § 3 van dit artikel, en van artikelen 12 en 25, het toezicht op de naleving van en de beteugeling van de inbreuken op de bepalingen van deze gecoördineerde decreten met inbegrip van het toezicht op de naleving door de openbare omroep en de beteugeling van de inbreuken door de openbare omroep;

2/ het verlenen, het schorsen en het intrekken van de omroeperkenningen, met uitzondering van de erkenningen van de landelijke, regionale en lokale radio-omroepen, die verleend worden door de Vlaamse Regering op advies van de algemene kamer met betrekking tot de conformiteit;

3/ het verlenen van adviezen met betrekking tot de conformiteit met de Vlaamse Regering voor de erkenningen van de landelijke, regionale en lokale radio-omroepen;

4/ het uitreiken, wijzigen, schorsen en intrekken van zend- en transportvergunningen aan de erkende omroepen en de radio- en televisieomroepnetwerken;

5/ het geven en intrekken van de toestemming aan aanbieders van een kabelnetwerk, radio-omroepnetwerk en televisieomroepnetwerk om omroepprogramma's door te geven;

6/ het ontvangen van kennisgevingen van aanbieders van kabelnetwerken, zoals bedoeld in artikel 126, § 1, van deze decreten, van radiodiensten zoals bedoeld in artikel 54, § 2, en van televisiediensten zoals bedoeld in artikel 90, § 2;

7/ (...);

8/ (...);

9/ het in kaart brengen van concentraties in de Vlaamse mediasector;

10/ het toezicht op de naleving door de openbare omroep van de beheersovereenkomst met de Vlaamse Gemeenschap, en het jaarlijks rapporteren hierover aan de Vlaamse Regering;

11/ het uitvoeren van bijzondere opdrachten die de Vlaamse Regering indien nodig kan toevertrouwen aan de algemene kamer, voorzover deze betrekking hebben op de taken bedoeld in punt 1° tot en met 9°. De algemene kamer handelt volledig autonoom in de uitoefening van haar bevoegdheden, bedoeld in § 2. In geval van betwistingen wordt de algemene kamer in rechte vertegenwoordigd door haar voorzitter”.

Artikel 170, § 2, van de mediadecreten bepaalt :

“ De algemene kamer doet uitspraak, hetzij ambtshalve, hetzij op verzoek van de Vlaamse Regering, hetzij naar aanleiding van een schriftelijke, met redenen omklede en ondertekende klacht die haar kan worden voorgelegd door elke belanghebbende en, in geval van een klacht met betrekking tot de bepalingen over reclame, telewinkelen, sponsoring en boodschappen van algemeen nut, door elke natuurlijke persoon of rechtspersoon. Om ontvankelijk te zijn moet de klacht ingediend zijn uiterlijk de vijftiende dag na de gebeurtenis, die aanleiding heeft gegeven tot de klacht”.

Overeenkomstig artikel 176 kan de algemene kamer, bij vaststelling van een overtreding, de betrokken omroep één van de sancties bepaald in artikel 176, § 1, opleggen, waaronder een administratieve geldboete tot en met 125.000 euro.

Artikel 170, § 5, van de mediadecreten verleent aan de Vlaamse regering de bevoegdheid om de procedures en de termijnen voor het indienen, onderzoeken en afhandelen van de aanvragen en klachten en voor het nemen van sancties te bepalen. Hierbij moeten het recht om gehoord te worden op tegenspraak, de plicht tot motivering en de beginselen van openbaarheid van bestuur gegarandeerd worden.

Artikel 175 tenslotte bepaalt dat de VRM en elke kamer hun reglement van orde opstellen waarbij de interne werking van de VRM en de beide kamers wordt vastgesteld.

6. Wat het procedurebesluit betreft, bevat het tweede hoofdstuk luidens zijn opschrift de regeling van de “procedure inzake onderzoeken na klachten, ambtshalve onderzoeken en onderzoeken op verzoek van de Vlaamse regering”. De term “ambtshalve onderzoek” komt in dit besluit verder nergens ter sprake. Artikel 16 van dit tweede hoofdstuk bepaalt :

“§ 1. Als de algemene kamer hetzij ambtshalve, hetzij na een onderzoek op verzoek van de Vlaamse Regering beslist over te gaan tot een procedure op tegenspraak, wordt die beslissing met de documenten die erop betrekking hebben naar de betrokkene gestuurd met vermelding van de gronden waarop de procedure steunt.

§ 2. Binnen vijftien dagen na ontvangst kan de betrokkene zijn opmerkingen schriftelijk aan de Regulator meedelen, dan wel via elektronische post of enig ander telecommunicatiemiddel dat resulteert in een schriftelijk stuk aan de zijde van de geadresseerde, en waarop een elektronische handtekening is aangebracht die voldoet aan de vereisten van artikel 1322 van het Burgerlijk Wetboek.

De betrokkene kan worden opgeroepen om door de algemene kamer te worden gehoord. Indien de betrokkene hiertoe verzoekt, moet hij door de algemene kamer worden gehoord”.

7. In artikel 1, 6/, van het reglement van orde wordt de onderzoekscel omschreven als de personeelsleden die belast zijn met het uitvoeren van het vooronderzoek.

Artikel 20 van het reglement van orde bepaalt :

“Wanneer de algemene kamer beslist een ambtshalve onderzoek in te stellen, wordt deze beslissing, met de daarbij horende documenten, onmiddellijk aan de onderzoekscel meegedeeld, met de vraag om de aangelegenheid te onderzoeken”.

Artikel 21 bepaalt :

“De onderzoeken worden autonoom voorbereid door de onderzoekscel, die de resultaten van het vooronderzoek in een rapport aan de algemene kamer uiteenzet, waarin een overzicht wordt gegeven van de feitelijke omstandigheden, de elementen van het dossier worden getoetst aan de wettelijke regels en een voorstel van beslissing wordt geformuleerd. Indien een procedure op tegenspraak wordt ingezet, worden de bevindingen van de onderzoekscel aan de betrokken partijen medegedeeld”.

8. Het kaderbesluit monitoring van 22 april 2005 van het Vlaams Commissariaat voor de Media (hierna ook: VCM), luidt :

“Gelet op de decreten betreffende de radio-omroep en de televisie, gecoördineerd op 4 maart 2005 (hierna te noemen: het omroepdecreet), inzonderheid op artikel 168, §1, 1/, en op de artikelen 97 tot 111 en 205;
Gelet op het besluit van de Vlaamse Regering van 14 juli 1998 houdende de vaststelling van de procedure voor het Vlaams Commissariaat voor de Media houdende aanvullende kwalificatiecriteria en voorwaarden voor de erkenning van particuliere radio-omroepen, inzonderheid op artikel 28;
Overwegende dat artikel 168, §1, 1/, van het omroepdecreet het Vlaams Commissariaat voor de Media belast met het toezicht op de naleving van de bepalingen van het omroepdecreet, dus ook van de naleving van de regels inzake reclame, telewinkelen, sponsoring en boodschappen van algemeen nut op radio en televisie;
Overwegende dat het raadzaam is aan de administratie de opdracht te geven, op bepaalde tijdstippen en op basis van steekproeven, gerichte controles uit te voeren inzake de naleving van de regels inzake reclame, telewinkelen, sponsoring en boodschappen van algemeen nut op radio en televisie, en daarvoor een algemeen kader aan te reiken;
Overwegende dat het wenselijk is de controles per soort van omroepen zoveel als mogelijk simultaan uit te voeren,

BESLUIT:

De administratie Media, afdeling Media-Innovatie en Media-Vergunningen wordt verzocht, onverminderd de specifieke onderzoeksopdrachten :
- op bepaalde tijdstippen en op basis van steekproeven gerichte controles uit te voeren inzake de naleving van de regels inzake reclame, telewinkelen, sponsoring en boodschappen van algemeen nut op radio en televisie;
- deze controles per soort van omroepen zoveel als mogelijk simultaan uit te voeren, waarbij het volgende schema als leidraad kan worden gehanteerd :

SOORT	MINIMALE CONTROLE- FREQUENTIE	MINIMAAL TIJDSBLOK
landelijke televisieomroepen met algemeen karakter	1 x per 3 maanden	2 uur
andere landelijke televisieomroepen	1 x per 6 maanden	2 uur
regionale televisieomroepen	1 x per 12 maanden	2 uur
landelijke radio- omroepen	1 x per 6 maanden	1 uur
regionale radio- omroepen	1 x per 12 maanden	1 uur
andere radio- omroepen	1 x per 36 maanden	1 uur
radio- en televisiediensten	1 x per 12 maanden	1 uur

- minstens eenmaal per jaar een gerichte controle uit te voeren inzake de naleving van de 5-minuten-regel in verband met het verbod van reclame in de onmiddellijke omgeving van kinderprogramma's;
- vastgestelde overtredingen zo spoedig mogelijk aan het VCM voor te leggen, onder de vorm van een onderzoeksrapport en rapport van advies;
- in het begin van elk jaar aan het VCM een algemeen overzicht te geven van alle controles die in de loop van het voorgaande jaar werden verricht, zodat het in het jaarverslag van het VCM kan worden opgenomen".

V. Onderzoek van de middelen

A. Eerste middel

Uiteenzetting van het middel

9. Verzoekster voert in een eerste middel tegen het kaderbesluit monitoring de exceptie van onwettigheid aan, als bedoeld in artikel 159 van de Grondwet, in de mate dat dit kaderbesluit is aangetast door machtsoverschrijding in hoofde van het VCM, zijnde de rechtsvoorganger van verwerende partij.

Toegelicht wordt dat in plaats van geval per geval een beslissing te nemen "met de daarbij horende documenten", verwerende partij dit op algemene wijze heeft opgenomen in het kaderbesluit monitoring, dat verwerende partij de terminologie verwacht, dat indien verwerende partij zou stellen dat zij pas op 6 november 2008 (lees: 20 oktober 2008) de beslissing nam om een ambtshalve onderzoek te starten, verzoekster naar haar tweede middel verwijst en dat indien verwerende partij dat niet doet, zij daarmee aantoonde dat het kaderbesluit de basis voor de bestreden beslissing vormde. Verzoekster betoogt voorts dat noch aan het VCM, noch aan verwerende partij de bevoegdheid is toegewezen om bij wijze van algemene maatregel, buiten het procedurebesluit en het reglement van orde om, het toezicht op de naleving van de mediadecreten te regelen door bijkomende modaliteiten van dat toezicht toe te voegen op een wijze die uitwerking heeft ten aanzien van de rechtsonderhorigen, dat verwerende partij enkel niet-bindende richtlijnen aan zichzelf zou kunnen opleggen, maar geen, naar analogie met de onwettige verordenende omzendbrief, dwingende richtlijnen kan bepalen en dat het kaderbesluit geen maatregel van inwendige orde is omdat het uitwerking heeft op de omroepen die ten gevolge ervan periodiek onderworpen worden aan controles en ten gevolge daarvan, aan ambtshalve procedures. Het feit dat het VCM en verwerende partij conform de toepasselijke bepalingen ambtshalve kunnen optreden, verandert daar volgens haar niets aan, aangezien dat ambtshalve optreden hoe dan

ook een behandeling van individuele gevallen betreft en geen vooraf en *in abstracto* bepaald kader. De bevoegdheid om dergelijk kader te bepalen, komt enkel aan de decreetgever toe en het in en krachtens de mediadecreten bepaald kader laat enkel toe dat verwerende partij ambtshalve beslist om over te gaan tot een onderzoek, waarna zij de onderzoekscel de opdracht geeft om een onderzoek te voeren, zoals trouwens letterlijk bevestigd in de artikelen 20 en 21 van het reglement van orde. Het kaderbesluit monitoring draait dit echter om en laat toe dat eerst de onderzoekscel autonoom bepaalt wanneer er onderzoeken worden gevoerd en nadien de algemene kamer beslist op basis van de voorgelegde resultaten om een ambtshalve onderzoek te voeren.

10. Verzoekster doet in de memorie van wederantwoord vooreerst nog gelden dat het vaststaande rechtspraak van de Raad van State is dat besluiten met een reglementair of normatief kader in een concreet geschil over een andere administratieve akte op basis van artikel 159 van de Grondwet steeds buiten toepassing gelaten kunnen worden, ook al is de termijn van zestig dagen verstreken. Voorts argumenteert zij dat zowel het kaderbesluit monitoring als het reglement van orde procedurele bepalingen bevatten waar alle rechtsonderhorigen aan worden onderworpen, dat ook het kaderbesluit monitoring *erga omnes* geldt en niet slechts interne werking heeft en dat volgens het reglement van orde de algemene kamer exclusief bevoegd is om te besluiten tot een ambtshalve onderzoek en daarna de onderzoekscel aanstuurt. Het komt bijgevolg niet aan de onderzoekscel toe om op basis van het onwettig kaderbesluit monitoring ambtshalve onderzoeken tegen de Vlaamse omroepen op te starten. Dat het aan de algemene kamer toekomt om een ambtshalve onderzoek in te stellen, impliceert niet dat verwerende partij de betrokken omroep zou moeten inlichten op het moment dat de steekproeven worden bevolen.

11. In de laatste memorie gaat verzoekster nog uitvoerig in op het eerste middel. Zij blijft er vooreerst bij dat het kaderbesluit monitoring wel degelijk een akte met algemene reglementaire werking betreft. Zij meent voorts dat deze aangenomen werd door een onbevoegde instantie, namelijk de VRM, wat een ontoelaatbare delegatie van bevoegdheid inhoudt ten voordele van de onderzoekscel.

Volgens verzoekster werd met het kaderbesluit dan ook in een omgekeerde procedure voorzien - tegengesteld aan de procedure zoals voorzien in het procedurebesluit en het reglement van orde - en wijst het bijgevolg aan de

onderzoekscel een bevoegdheid toe die het procedurebesluit en het reglement van orde specifiek gereserveerd hebben voor de algemene kamer.

Beoordeling

12. Het kaderbesluit monitoring van 22 april 2005 belast de administratie met de opdracht om gerichte controles uit te voeren op de naleving van de regels inzake reclame, telewinkelen, sponsoring en boodschappen van algemeen nut.

Artikel 169, § 1, van de mediadecreten kent een algemene bevoegdheid tot handhaving van de Vlaamse mediaregelgeving toe aan de VRM (voorheen het VCM). Artikel 169, § 2, 1/, belast de algemene vergadering met de specifieke taak van toezicht op de naleving van en de beteugeling van de inbreuken op de mediadecreten. Dit toezicht kan overeenkomstig artikel 170, § 2, worden uitgeoefend hetzij naar aanleiding van een verzoek van de Vlaamse regering, hetzij naar aanleiding van een klacht, hetzij ook ambtshalve. In hoofdstuk 2 van het procedurebesluit wordt de procedure op tegenspraak voor de algemene kamer geregeld die volgt op “onderzoeken na klachten, ambtshalve onderzoeken en onderzoeken op verzoek van de Vlaamse regering”.

Noch de mediadecreten van 2005, noch het procedurebesluit bepalen of preciseren nader hoe het ambtshalve onderzoek door de VRM dient te worden gevoerd. In voormelde regelgeving wordt evenmin iets bepaald omtrent de onderzoekscel van de VRM. Dit heeft tot gevolg dat verwerende partij over een ruime discretionaire bevoegdheid en autonomie beschikt om de haar door de decreetgever toevertrouwde opdracht te behartigen en, in het bijzonder, op het niveau van haar diensten dit ambtshalve onderzoek te organiseren.

Hoofdstuk 2, en in het bijzonder artikel 16, van het procedurebesluit, spreekt deze vaststelling niet tegen nu hierin enkel de waarborgen zijn opgenomen met betrekking tot de tegensprekelijke procedure voor de algemene kamer. Het is dat besluit en niet het kaderbesluit monitoring dat ter uitvoering van artikel 170, § 5, “de procedures en termijnen voor het indienen, onderzoeken en afhandelen van de aanvragen en klachten” regelt, hetgeen door voormeld artikel expliciet wordt toegewezen aan de Vlaamse regering.

Voorts bepaalt artikel 16, § 1, van dat besluit louter dat tot een procedure op tegenspraak “ambtshalve” kan worden beslist. Verzoekster leest echter ten onrechte de in dat artikel bedoelde beslissing - in welk geval die beslissing met de documenten die erop betrekking hebben naar de betrokkene wordt gestuurd met vermelding van de gronden waarop de procedure steunt - als een beslissing tot “ambtshalve onderzoek [...] met de daarbij horende documenten”, in de zin van de (vóór)beslissing om aan de onderzoekscel de opdracht te geven om een onderzoek uit te voeren. Overeenkomstig dit artikel dient de algemene kamer geval per geval te beslissen over het (ambtshalve) aanvaarden van een procedure op tegenspraak, en dit “nadat het onderzoeksrapport [...] bij de algemene kamer is afgeleverd”, in welk geval die beslissing met de daarbij horende documenten naar de betrokken omroep (en niet naar de onderzoekscel) wordt gestuurd. Het artikel bepaalt daarentegen niets over het instellen van een “ambtshalve onderzoek”, laat staan geval per geval, in de betekenis van het onderzoek dat door de onderzoekscel wordt uitgevoerd, waarover, het weze herhaald, ook niets wordt bepaald in de andere bepalingen van het procedurebesluit, noch in de mediadecreten.

Geheel in overeenstemming met artikel 169, § 2, *in fine*, van de mediadecreten, dat bepaalt dat de algemene kamer “volledig autonoom” handelt in de uitoefening van haar taak van toezicht op de beteugeling van inbreuken op en de naleving van de bepalingen van de mediaregelgeving, kan de regulator intern beslissen het vooronderzoek te scheiden van de eigenlijke beslissingsbevoegdheid van de algemene kamer en dit toe te vertrouwen aan de onderzoekscel. Binnen die autonomie valt eveneens de vrijheid om dit ambtelijk vooronderzoek, dat voorafgaat aan de procedure bedoeld in artikel 16, § 1, van het procedurebesluit, op te dragen aan de onderzoekscel op algemene wijze, zoals is gebeurd met het kaderbesluit monitoring, alsook op individuele wijze, zoals is gebeurd in artikel 20 van het reglement van orde.

13. Niets in de voormelde regelgeving sluit dan ook uit dat verwerende partij aan de onderzoekscel een algemene opdracht geeft om, niet *ad hoc*, maar op regelmatige ogenblikken en steekproefsgewijze, controles uit te voeren op de naleving van de regelgeving inzake reclame, telewinkelen, sponsoring en boodschappen van algemeen nut. Precies daarin laat een ambtshalve onderzoek zich trouwens onderscheiden van een onderzoek na klacht of op verzoek van de Vlaamse regering. Verwerende partij dient immers in een andere manier te voorzien, dan via klacht of op verzoek, om over “een concreet geval” ingelicht te worden teneinde, zoals haar wettelijk opgedragen, ook ambtshalve te kunnen optreden tegen

inbreuken. Zij benaastigt ook haar wettelijke opdracht van toezicht op de naleving van de mediadecreten met een dergelijk monitoringsysteem, dat immers een ontradend effect kan hebben op de betrokken omroeporganisaties. Dat zij dit door middel van het kaderbesluit monitoring expliciteert maakt geen onwettigheid uit.

14. Verzoekster neemt dan ook terecht aan dat verwerende partij, op basis van het ambtshalve onderzoek “bevolen door het kaderbesluit”, besloot op 20 oktober 2008 een procedure op tegenspraak tegen haar op te starten. Deze beslissing om in het concrete geval van verzoekster een procedure op tegenspraak aan te vatten op grond van een door de onderzoekscel uitgevoerde monitoring, werd geheel in overeenstemming met artikel 16, § 1, van het procedurebesluit, met de daarbij horende documenten, waaronder het onderzoeksrapport van de onderzoekscel, aan verzoekster (op 6 november 2008) opgestuurd.

In tegenstelling tot wat verzoekster verder betoogt in de memorie van wederantwoord, wordt de bedoelde beslissing van de algemene kamer “tot een procedure op tegenspraak” bijgevolg niet genomen op basis van het kaderbesluit monitoring maar wel op grond van artikel 170, § 2, van de mediadecreten, dat bepaalt dat de algemene kamer ook ambtshalve uitspraak kan doen over de beteugeling van eventuele inbreuken op de mediaregelgeving. Om ambtshalve uitspraak te kunnen doen, vooronderstelt dit dat aan de algemene kamer de resultaten van het onderzoek van de onderzoekscel zijn voorgelegd, een vooronderzoek dat op zijn beurt hetzij na algemene monitoring (overeenkomstig het kaderbesluit monitoring), hetzij na een specifieke opdracht (met toepassing van artikel 20 van het reglement van orde) is uitgevoerd. De kennisneming van de resultaten van het vooronderzoek is het ogenblik waarop de algemene kamer formeel beslist of er reden is om tot een “ambtshalve uitspraak” te komen als bedoeld in voornoemd artikel 170, § 2, van de mediadecreten, in welk geval de procedure op tegenspraak met de overeenstemmende rechten van verdediging (waaronder artikel 16 van het procedurebesluit) wordt opgestart.

15. Het eerste middel kan niet worden aangenomen.

B. Tweede middel

Uiteenzetting van het middel

16. Verzoekster voert in een tweede middel in ondergeschikte orde de schending aan van de artikelen 20 en 21 van het reglement van orde van de algemene kamer, doordat, zoals uit de bestreden beslissing blijkt, eerst een onderzoek werd gevoerd en dan een beslissing genomen tot ambtshalve onderzoek, terwijl voormelde bepalingen opleggen dat de algemene kamer eerst een handeling tot ambtshalve onderzoek neemt, dan haar administratie een onderzoek voert en vervolgens de algemene kamer al dan niet beslist om een procedure op tegenspraak te voeren. Op die manier wordt de volgorde van de procedure omgedraaid, hetgeen een schending inhoudt van het eigen reglement van orde.

17. In de memorie van wederantwoord meent verzoekster dat er nog steeds een inbreuk op artikel 20 van het reglement van orde dient te worden vastgesteld nu verwerende partij het standpunt heeft ingenomen dat zij pas op 20 oktober 2008 een procedure inzake ambtshalve onderzoek heeft ingeleid. Het komt immers niet aan de onderzoekscel toe om ambtshalve een onderzoek in te stellen, maar wel aan de algemene kamer die de onderzoekscel daartoe aanstuurt.

18. In de laatste memorie stelt verzoekster nog dat de bepalingen van het reglement van orde logischerwijze teruggrijpen naar de regels uit de mediadecreten en het procedurebesluit, dat artikel 19 dan ook onbetwistbaar verwijst naar de hypothese in artikel 170, § 2, van de mediadecreten en in artikel 16 van het procedurebesluit waarin de algemene kamer optreedt op verzoek van de Vlaamse regering of naar aanleiding van een klacht, dat artikel 20 verwijst naar de hypothese in dezelfde artikelen waarin de algemene kamer ambtshalve optreedt, dat beide artikelen van het reglement van orde dienen te worden gelezen ter uitvoering van het bepaalde in de mediadecreten en het procedurebesluit, die op zich slechts in drie hypothesen voorzien, zodat de bestreden beslissing dan ook gebaseerd is op een vierde hypothese - namelijk dat de onderzoekscel ambtshalve optreedt -, terwijl deze niet bevoegd is om procedures op te starten.

Beoordeling

19. Bij de bespreking van het eerste middel is vastgesteld dat verzoekster terecht aanneemt dat verwerende partij, op basis van het ambtshalve

onderzoek “bevolen door het kaderbesluit”, besloot op 20 oktober 2008 een procedure op tegenspraak tegen haar op te starten. In het kader van het huidige middel, stelt zij in haar laatste memorie vast dat verwerende partij op 20 oktober 2008 een beslissing “tot ambtshalve onderzoek nam in de zin van artikel 20 van het reglement van orde”. Dit is echter onjuist. De beslissing van verwerende partij “een procedure inzake ambtshalve onderzoek” in te leiden, betreft immers geen beslissing “tot ambtshalve onderzoek [...] in de zin van artikel 20 van het reglement van orde”, maar wel een beslissing tot het inzetten van een procedure op tegenspraak, zoals bedoeld in artikel 16, § 1, van het procedurebesluit en in artikel 21 van het reglement van orde. Deze beslissing van de algemene kamer volgt op een (voor)onderzoek van de onderzoekscel, die daartoe kan overgaan op grond van het kaderbesluit of op grond van een specifieke opdracht zoals bedoeld in artikel 20 van het reglement van orde.

Het reglement van orde van de algemene kamer voorziet in het bestaan van de onderzoekscel die belast is met het vooronderzoek (artikel 1, 4/). In huidige zaak werd dat vooronderzoek niet uitgevoerd op grond van artikel 20 van voormeld reglement, meer bepaald op grond van een specifieke “vraag” van de algemene kamer om een “aangelegenheid te onderzoeken”, maar wel op grond van het kaderbesluit monitoring, dat aan de administratie een “algemene opdracht” geeft om op bepaalde tijdstippen en op basis van steekproeven controles uit te voeren. Het is tevens de onderzoekscel die ter naleving van het kaderbesluit die algemene opdracht uitvoert. Geheel in overeenstemming met artikel 21, werd voorts het vooronderzoek op grond van de uitgevoerde monitoring van een aantal uitzendingen van verzoekster, wel degelijk “autonoom voorbereid door de onderzoekscel, die de resultaten van het vooronderzoek in een rapport aan de algemene kamer [heeft uiteengezet], waarin een overzicht [werd] gegeven van de feitelijke omstandigheden, de elementen van het dossier [werden] getoetst aan de wettelijke regels en een voorstel van beslissing [werd] geformuleerd”. Daarop volgend heeft de algemene kamer, overeenkomstig de laatste zin van artikel 21, beslist “een procedure op tegenspraak” in te zetten en de “bevindingen van de onderzoekscel aan de betrokken partijen medegedeeld”, zoals ook bepaald in artikel 16, § 1, van het procedurebesluit. Anders dan zoals verzoekster meent, werd de volgorde van de procedure dus geenszins omgedraaid. Dat eerst een vooronderzoek door de onderzoekscel werd gevoerd, niet ingevolge een specifieke beslissing daartoe van de algemene kamer overeenkomstig artikel 20 van het reglement van orde, maar wel ingevolge de algemene opdracht, vastgesteld bij het kaderbesluit monitoring van het VCM (thans het VRM) maakt dan ook geen onwettigheid uit.

Zoals tevens gezien bij de bespreking van het eerste middel, sluiten een algemene monitoring en een specifieke opdracht elkaar immers niet uit en zijn ze beide inpasbaar in de toezichts- en handhavingsbevoegdheid van de VRM. Het kaderbesluit bevestigt deze zienswijze trouwens, waar het stelt dat de administratie (versta: de onderzoekscel) wordt verzocht, “onverminderd de specifieke onderzoeksopdrachten” op bepaalde tijdstippen en op basis van steekproeven gerichte controles uit te voeren. Artikel 20 van het reglement van orde en het kaderbesluit zien dus op twee te onderscheiden situaties. Ze vallen allebei onder de hypothese van het ambtshalve optreden van de algemene kamer bedoeld in de artikelen 170, § 2, van de mediadecreten en artikel 16 van het procedurebesluit. Ze hebben tevens met elkaar gemeen het vooronderzoek en de beslissing gescheiden te houden, en komen aldus tegemoet aan de eis van onafhankelijkheid en onpartijdigheid.

Lezing van de mediadecreten, het procedurebesluit en het reglement van orde laat niet toe in artikel 20 een gebod te lezen dat de algemene kamer verplicht om een individuele, voorafgaande machtiging aan de onderzoekscel te geven, noch een verbod om een algemene machtiging aan de onderzoekscel te geven. Een dergelijke lezing gaat te ver en stemt niet overeen met de woorden en doelstelling van de hiervoor aangehaalde bepalingen omtrent het ambtshalve optreden van de regulator.

Verzoekster neemt ten slotte onterecht aan dat de aanpassing van het reglement van orde ligt in hetgeen in artikel 17 van het nieuwe reglement van orde van 18 mei 2009 (*B.S.* 26 juni 2009) wordt gestipuleerd. Dit artikel 17 bepaalt immers, op identieke wijze als het vroegere artikel 21, dat de onderzoekscel autonoom onderzoeken kan voorbereiden en de resultaten van dit onderzoek aan de algemene kamer voorlegt in een rapport dat een overzicht geeft van de feitelijke omstandigheden, de elementen van het dossier toetst aan de wettelijke regels en een voorstel tot beslissing formuleert. Artikel 18 voegt daaraan toe dat een lid van de onderzoekscel zijn onderzoeksrapport voor de algemene kamer kan toelichten, doch niet aanwezig mag zijn bij de hoorzitting en de beraadslaging. De aanpassing in het nieuwe reglement van orde betreft aldus niet het aspect van het “autonoom voorbereiden van onderzoeken”, doch juist wel de weglating van het vroegere artikel 20 van het reglement van orde, dat betrekking had op het obsoleete geval waarbij de algemene kamer een specifieke opdracht tot “ambtshalve onderzoek” aan de onderzoekscel zou geven. Hieruit kan eventueel enkel worden afgeleid dat de

VRM tot het inzicht is gekomen dat dit artikel geen praktische reden van bestaan meer heeft.

20. Het tweede middel is ongegrond.

C. Derde middel

Uiteenzetting van het middel

21. Verzoekster betoogt in een derde middel dat de bestreden beslissing is gesteund op een ontoelaatbare delegatie van de eigen onderzoeksbevoegdheid van verwerende partij en zij roept tevens de schending in van de rechten van verdediging. Toegelicht wordt dat de bestreden beslissing onwettig is, omdat ze gegrond is op vaststellingen gedaan door een derde, met name het bedrijf MediaXim en niet op eigen bevindingen en dat de beslissing van verwerende partij om een deel van haar eigen onderzoeksbevoegdheid, haar bij de mediadecreten toegewezen, op te dragen via contract aan een privébedrijf, een delegatie van bevoegdheid is die verder gaat dan het nemen van detailmaatregelen. De taak van MediaXim overstijgt het louter registreren, nu de gebruikte software de duur aangeeft van elk onderscheiden element in de uitzending en het karakter ervan classificeert. Het contract met MediaXim is niet openbaar zodat niet duidelijk is of er controlemechanismen zijn ingebouwd. Bovendien is er een inbreuk op de auteurs- en de naburige rechten door de wederrechtelijke en niet geautoriseerde registratie van door het auteursrecht beschermde werken. Verwerende partij kan nochtans op eenvoudig verzoek een kopie verkrijgen van de betrokken opnames. Verzoekster verwijst in dit verband naar artikel 176^{septies}, derde lid, van de mediadecreten dat aan de omroepen de verplichting oplegt gedurende een tweetal maanden een kopie van al zijn omroepsignalen te bewaren.

22. In de memorie van wederantwoord stelt verzoekster vooreerst dat nergens blijkt hoe verwerende partij de eindverantwoordelijkheid organiseert, dat de delegatie niet beperkt is, dat er geen aangetoonde controle is, terwijl de software meer doet dan alleen maar beelden opnemen en dat de inhoud van de opgenomen beelden juridisch wordt gekwalificeerd en daarna geclassificeerd. Hierdoor bakent een derde/privé-onderneming het onderzoeksterrein van de regulator af en neemt deze deel aan de “politie” activiteiten binnen het medialandschap die de mediadecreten strikt hebben voorbehouden aan de VRM.

Zij benadrukt voorts dat het inherent is aan het auteursrecht dat de auteur zijn voorafgaande toestemming moet verlenen voor de registratie van zijn auteursrechtelijk beschermd materiaal. Een steekproefgewijze controle gebeurt zonder de voorafgaande toestemming van de auteur. De niet-geautoriseerde reproductie van de auteursrechtelijk beschermde beelden houdt aldus een inbreuk van het auteursrecht in.

23. In de laatste memorie benadrukt verzoekster vooreerst dat haar uitzendingen zonder meer creatieve werken zijn die voldoen aan de criteria voor auteursrechtelijke bescherming, waarbij zij verwijst naar artikel 1, § 1, en artikel 44 van de wet van 30 juni 1994 betreffende het auteursrecht en de naburige rechten (hierna: de auteurswet). Volgens haar zijn de opnames geregistreerd in overtreding van de auteurswet, aangezien noch de VRM noch MediaXim de uitdrukkelijke voorafgaande toestemming hebben gevraagd om de creaties van MTV te reproduceren.

Voorts blijft zij er bij dat de kwalificatie en libellering van de verschillende programmaonderdelen door MediaXim in een tijdstabel, een onderdeel uitmaakt van de beslissingsbevoegdheid van de algemene kamer. Bij de toepassing van artikel 102 van de mediadecreten is de frequentie, de timing en de scheiding van de blokken die mogelijk als telewinkelen zouden kunnen worden beschouwd van essentieel belang. De kwalificatie bij het onderverdelen van de opnames in blokken is reeds een beslissing die als delegatie ontoelaatbaar is. Daarbij komt dat de opdracht aan MediaXim een delegatie inhoudt van de bevoegdheden tot vervolgen en tot onderzoek van de inbreuken, die de mediadecreten (artikelen 169 en 170) hebben voorbehouden aan de VRM.

Beoordeling

24. In de bestreden beslissing wordt vastgesteld bij het onderdeel “procedure” dat “het onderzoek werd uitgevoerd op basis van opnamen van de betrokken uitzendingen door MediaXim”. Verzoekster meent dat het opmaken van tijdstabellen door MediaXim waarbij de verschillende programmaonderdelen worden onderscheiden en er een kwalificatie van wordt gegeven, reeds een beslissing inhoudt en aldus een ontoelaatbare delegatie betreft van de beoordelingsbevoegdheid van de algemene kamer.

Te dezen blijkt echter nergens, noch uit het verslag van de onderzoekscel noch uit de bestreden beslissing van de algemene kamer, dat verwerende partij voor wat de beoordeling betreft, ten eerste, van de uitzending waarbij de kijker wordt uitgenodigd in te gaan op aanbiedingen (live-chat, downloaden foto's, filmpjes, telefoongesprek) door te sms'en of te bellen naar een bepaald nummer, en van de uitzending waarbij de kijker via gecombineerde en wisselende pancartes wordt uitgenodigd via sms deel te nemen aan een "love score" aanbod, een jaarhoroscoop, adviestips omtrent liefde, relaties, gezondheid en carrière, als telewinkelen, ten tweede, van de duur ervan en, ten derde, van het driemaal uitzenden van een als dusdanig aangekondigd telewinkelblok, met telkens een duurtijd van ongeveer een uur, zich uitsluitend zou hebben verlaten op een door MediaXim in tabel weergegeven "kwalificatie en libellering" van deze uitzendingen. Uit voornoemde documenten blijkt integendeel dat verwerende partij zich op grond van een eigen beoordeling heeft uitgesproken over de betrokken uitzendingen. De classificatie van de opgenomen beelden, weergegeven in een tijdstabel "waarbij de verschillende programmaonderdelen worden onderscheiden en waarbij een kwalificatie wordt gegeven van die programmaonderdelen", door gebruik van software van een privé-onderneming, maakt alleszins niet dat verwerende partij hierdoor haar eigen beoordelings- of onderzoeksbevoegdheid van de opnames, noch haar bevoegdheid tot vervolgen, zou hebben afgestaan. Dergelijke tabellen zijn, net zoals de opnames zelf, een louter technisch hulpmiddel die de bevoegdheid van de VRM onaangeroerd laat.

Het stond verzoekster voorts vrij om in de procedure voor de regulator de "classificatie" of de kwalificatie van het karakter van de uitzendingen en de duur of frequentie ervan, aan te vechten, zodat ook haar rechten van verdediging op dat punt ongeschonden zijn.

25. Wat voorts de beweerde schending van de auteursrechten betreft, gaat verzoekster er verkeerdelijk van uit dat de opname van de uitzendingen, of zij nu door de regulator zelf wordt uitgevoerd of door MediaXim, bedoeld zijn voor de "de reproductie van haar uitzendingen [...] daaronder begrepen de distributie van vastleggingen van haar uitzendingen". De door verwerende partij uitgevoerde vastleggingen van uitzendingen of de opnames ervan zijn niet bedoeld voor reproductie of distributie van die uitzendingen, doch wel uitsluitend om haar wettelijke opdracht van toezicht, zoals haar is opgedragen bij de mediadecreten, te kunnen uitoefenen. Verwerende partij stelt terecht dat deze opnames enkel met het oog op nuttige vaststellingen inzake de naleving van de toepasselijke regelgeving

worden geanalyseerd en beschikbaar gesteld aan de algemene kamer voor eigen onderzoek.

Immers, om reden van bewijsvoering, onderzoek en rechten van verdediging, kan die opdracht van toezicht noodzakelijk maar gebeuren als uitzendingen worden geregistreerd. Zolang de regulator zich houdt aan die wettelijke opdracht, kunnen dergelijke registraties niet worden beschouwd als reproducties in de zin van de auteurswet. Overigens wordt, in het andersluidende geval, de uitoefening van dat toezicht illusoir.

26. Het middel is in al zijn onderdelen ongegrond.

D. Vierde middel

Uiteenzetting van het middel

27. Verzoekster put een vierde middel uit de schending van artikel 18bis van de richtlijn 89/552/EEG van 3 oktober 1989 van het Europees parlement en de Raad betreffende de coördinatie van bepaalde wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen in de lidstaten inzake de uitoefening van televisieomroepactiviteiten, zoals gewijzigd bij richtlijn 97/36/EG van 30 juni 1997 (hierna: richtlijn audiovisuele mediadiensten, voorheen ook gekend als de richtlijn “televisie zonder grenzen”), van artikel 10 van het Verdrag van 25 maart 1957 tot oprichting van de Europese Gemeenschap (hierna: het EG-Verdrag) en van de materiële motiveringsplicht, doordat verwerende partij in de bestreden beslissing toepassing maakt van artikel 102, 2/, van de mediadecreten, terwijl dit artikel strijdig is met het Europees recht. Richtlijn 2007/65/EG tot wijziging van de richtlijn audiovisuele mediadiensten heeft immers laatstgenoemde richtlijn gewijzigd. De Europese regelgever heeft onder meer de daglimiet afgeschaft en enkel de vereiste van de minimumduur van vijftien minuten behouden. Zoals uit verschillende arresten van het Hof van Justitie blijkt moet, indien een regel van nationaal recht strijdig is met het Europees gemeenschapsrecht, aan deze laatste de voorrang worden gegeven. Zowel de nationale rechter als iedere overheidsinstantie zijn ertoe gehouden om de met Europees gemeenschapsrecht onverenigbare bepalingen van nationaal recht buiten toepassing te laten. Dit brengt volgens verzoekster dan ook met zich mee dat indien artikel 102, 2/, van de mediadecreten strijdig zou zijn met het gemeenschapsrecht, dit artikel door verwerende partij buiten toepassing moet worden verklaard. Uit artikel 10 van het EG-verdrag vloeit

voort dat, in afwachting van de omzetting van richtlijnen in nationale wetgeving, op de lidstaten de verplichting rust om zich te onthouden van maatregelen die het te bereiken resultaat ernstig in gevaar brengen. Verwerende partij had zich dan ook bij het nemen van de bestreden beslissing moeten onthouden van alle maatregelen welke de verwezenlijking van de doelstellingen van de richtlijn in gevaar kunnen brengen, minstens had zij de bepalingen van de mediadecreten in het licht van de Europese richtlijn moeten plaatsen. Verwerende partij ondersteunt haar beslissing *contra legem* niet op de rechtens aanvaardbare gronden.

28. In de memorie van wederantwoord benadrukt verzoekster vooreerst dat de verplichting om zich te onthouden van maatregelen die de verwezenlijking van het door een richtlijn voorgeschreven resultaat ernstig in gevaar zouden brengen, op alle publiekrechtelijke rechtspersonen rust die onder rechtstreeks of onrechtstreeks toezicht van de desbetreffende staat staan en dus ook op verwerende partij.

Voorts brengt verzoekster nog naar voor dat op grond van artikel 15.1 van het IVBPR, artikel 7 van het EVRM en artikel 2, tweede lid, van het strafwetboek, steeds de mildere strafwet dient te worden toegepast. Bijgevolg kon geen administratieve sanctie worden opgelegd op het moment dat de bestreden beslissing werd genomen en dient deze alleszins onregelmatig te worden verklaard op het moment dat de Raad van State een beslissing zal nemen.

29. In de laatste memorie wijst verzoekster er op dat de daglimiet bij richtlijn 2007/65/EG werd afgeschaft, dat de lidstaten op dit punt weinig vrijheid hadden bij de omzetting van de richtlijn in nationaal recht en dat dit alles duidelijk blijkt uit overwegingen 57 en 59 en artikel 18*bis* van voormelde richtlijn en uit het ontwerp van decreet zoals dat werd goedgekeurd op 18 maart 2009.

Beoordeling

30. Europeesrechtelijk is een richtlijn verbindend ten aanzien van het te bereiken resultaat voor elke lidstaat waarvoor zij bestemd is, doch wordt aan de nationale instanties de bevoegdheid gelaten om vorm en middelen te kiezen. Een richtlijn is aldus niet rechtstreeks toepasselijk in de interne rechtsorde van de lidstaten. Ze verkrijgt haar volwaardige normatieve status in die rechtsorde slechts nadat ze is omgezet in het nationale recht. Het door de richtlijn voorgeschreven

resultaat moet slechts worden bereikt op het einde van de in de richtlijn bepaalde omzettingstermijn.

Het is pas indien een lidstaat nalaat een richtlijn om te zetten in het nationale recht of wanneer de omzetting niet in overeenstemming is met de richtlijn, dat een particulier rechten kan putten uit de bepalingen van een richtlijn in zoverre deze directe werking hebben, meer bepaald voldoende nauwkeurig en onvoorwaardelijk zijn, zodat de lidstaten bij de omzetting ervan geen beleidsvrijheid hebben.

31. Uit artikel 10 van het EG-verdrag en de rechtspraak van het Hof van Justitie kan wel worden afgeleid dat de lidstaten waartoe een richtlijn is gericht, gedurende de termijn voor uitvoering van die richtlijn, zich dienen te onthouden van maatregelen die de verwezenlijking van het door die richtlijn voorgeschreven resultaat ernstig in gevaar zouden brengen.

Artikel 3 van de richtlijn 2007/65/EG bepaalt dat de lidstaten de nodige wettelijke en bestuursrechtelijke maatregelen in werking doen treden om uiterlijk op 19 december 2009 aan deze richtlijn te voldoen.

De voorwaarde in artikel 102, 2/, van de mediadecreten, dat het maximale aantal telewinkelmomenten acht bedraagt met een maximale totale duur van drie uur werd in het door de richtlijn 2007/65/EG gewijzigde artikel 18*bis* van de richtlijn audiovisuele mediadiensten, weggelaten. Zoals verzoekster zelf aangeeft, werd de richtlijn 2007/65/EG in de Vlaamse Gemeenschap omgezet door het decreet van 27 maart 2009 betreffende radio-omroep en televisie. Dit decreet is na de bestreden beslissing in werking getreden op 10 mei 2009, met uitzondering van de bepalingen van deel III, titel II, hoofdstuk IV, die in werking zijn getreden op 1 september 2009. De Vlaamse decreetgever heeft dus tijdig de nodige wettelijke maatregelen in werking doen treden, waaronder artikel 82, § 1, 1/, 2/ en 3/, van het nieuwe mediadecreet dat ter uitvoering van artikel 18*bis* van de richtlijn audiovisuele mediadiensten, bepaalt dat telewinkelprogramma's met visuele en akoestische middelen duidelijk als zodanig moeten worden gekenmerkt en zonder onderbreking minimaal vijftien minuten in beslag moeten nemen.

De omstandigheid dat de lidstaten weinig vrijheid hadden bij de omzetting van voormeld gewijzigd artikel 18*bis*, neemt niet weg dat een rechtsonderhorige zich, zolang de aan de lidstaten toegekende omzettingstermijn

niet is verstreken, niet rechtstreeks kan beroepen op een wijzigende richtlijn om de toepassing van de op dat ogenblik geldende wetten of decreten te ontlopen.

32. Evenmin wordt aanvaard dat de beteugeling gedurende de termijn voor uitvoering van richtlijn 2007/65/EG door de VRM van inbreuken op de toen nog geldende en nog niet gewijzigde bepalingen van de mediadecreten, de verwezenlijking van het door die richtlijn voorgeschreven resultaat ernstig in gevaar zou brengen. Bedoeld resultaat, waaronder de weglating van de voorwaarde over de maximale totale duur van telewinkelmogelijkheden per dag, werd tijdig bereikt door de omzetting van artikel 18*bis* van de richtlijn audiovisuele mediadiensten, zoals gewijzigd door artikel 3 van de richtlijn 2007/65/EG, in artikel 82 van het nieuwe mediadecreet van 27 maart 2009.

Verwerende partij stelt dan ook terecht in de bestreden beslissing dat de Vlaamse omroepen, gezien de versoepelde regels met betrekking tot reclame en telewinkelen nog niet werden omgezet binnen de Vlaamse gemeenschap, rekening moeten houden met de toenmalig geldende bepalingen en voorwaarden uit de mediadecreten, ook wat betreft de bepalingen omtrent de maximumduur van drie uur voor telewinkelmogelijkheden.

Gezien de regulator tot taak heeft de handhaving van de op dat ogenblik geldende mediaregelgeving binnen de Vlaamse gemeenschap te verzekeren, dient de stelling van verzoekster dat verwerende partij de bestreden beslissing *contra legem* steunde op artikel 102, 2/, van de mediadecreten, dan ook te worden verworpen. Zoals blijkt uit haar verweernota van 21 november 2008, betwist verzoekster niet dat ze de maximale in voormeld artikel voorgeschreven duur heeft overschreden.

33. Wat voorts nog de aangevoerde schending van het beginsel van de terugwerkende kracht van de mildere strafwet betreft, wordt vastgesteld dat het betrokken artikel van de mediadecreten op basis waarvan verzoekster een administratieve geldboete kreeg, niet is gewijzigd in de periode tussen de gecontroleerde uitzendingen op 23 juli 2008 en het moment waarop de bestreden beslissing werd genomen, zijnde 15 december 2008. Dit artikel werd pas gewijzigd bij decreet van 27 maart 2009 betreffende de radio-omroep en televisie, dus na het nemen van de bestreden beslissing. Evenmin werd terugwerkende kracht toegekend aan het decreet van 27 maart 2009. Verwerende partij heeft aldus dit beginsel, voor zover het al van toepassing is op deze zaak, niet geschonden.

34. Het vierde middel is in al zijn aspecten ongegrond.

E. Vijfde middel

Uiteenzetting van het middel

35. Verzoekster voert in een vijfde middel de schending aan van artikel 2, 19/, van de mediadecreten, van de formele- en materiële-motiveringsplicht en van artikel 1, I, van de richtlijn audiovisuele mediadiensten, doordat de bestreden beslissing een verkeerde interpretatie geeft aan de definitie van telewinkelen bij de beoordeling van de tweede vaststelling van de uitzending (tussen 8.25 u en 9.20 u), omdat er geen rekening wordt gehouden met de juiste draagwijdte van voormeld artikel 1, I, van de richtlijn audiovisuele mediadiensten, zoals geïnterpreteerd door het Hof van Justitie.

Toegelicht wordt dat verwerende partij, net zoals eerder het VCM, een richtlijnconforme interpretatie voorstaat. Bij de beoordeling of er sprake is van telewinkelen is het cruciaal of er een rechtstreekse aanbieding van producten of diensten is en er is maar sprake van een waarachtige aanbieding van producten of diensten in de zin van “telewinkelen” indien “in die uitzending of dat onderdeel van de uitzending werkelijk diensten worden aangeboden, rekening houdend met het doel van de uitzending waarin het spel plaatsvindt, met het belang van het spel binnen de uitzending in termen van tijd en gehoopte economische resultaten in vergelijking met die welke van die uitzending in haar geheel worden verwacht en met de soort vragen die aan de kandidaten worden gesteld” (H.v.J., 18 oktober 2007, ORF, C-195/06).

Overeenkomstig voormeld arrest van het Hof van Justitie, moet volgens verzoekster het telewinkelonderdeel worden bekeken in de globale context van de uitzending waarin het voorkomt. Er moet worden nagegaan of het spel een werkelijke onafhankelijke economische dienstverrichting is en niet slechts een aanbieding tot amusement binnen de uitzending.

Wat het programma in kwestie betreft, is verzoekster van oordeel dat het een perfect voorbeeld is van de razendsnelle evolutie waaraan het medium televisie is onderworpen en die aanleiding geeft tot talloze nieuwe mogelijkheden, technologieën en applicaties, waarin steeds vaker wordt afgeweken van de klassieke lineaire audiovisuele boodschappen en waardoor steeds vaker kruisvormen ontstaan

van typische internettoepassingen, mobiele telefonie en klassieke televisie. De sms-applicaties willen enkel inspelen op de huidige leefwereld van jongeren die hun horoscoop willen kennen, die hun kansen willen meten met “Love Score” en dergelijke meer. Het gaat aldus om een aanbieding van amusement binnen en interactiviteit met de programma’s en niet om het werkelijk aanbieden van producten of diensten zoals beoogd met het begrip telewinkelen.

36. In de memorie van wederantwoord brengt verzoekster nog naar voor dat het arrest van het Hof van Justitie niet handelt over belpelen, maar over de interpretatie van het begrip telewinkelen en dat het betrokken programma in eerste instantie een uitzending betreft waarbij bijvoorbeeld de slaagkansen van een relatie van twee personen worden berekend en op een ludieke manier worden becommentarieerd, waarbij op een even ludieke manier een jaarhoroscoop wordt getoond over een welbepaalde kijker of advies wordt gegeven binnen de leef- en denkwereld van jongeren. Binnen deze uitzending wordt aangeboden aan jongeren om hun naam of andere relevante gegevens per sms door te sturen waarna ook zij op het scherm kunnen verschijnen. De vermelding van de prijs per sms, wat een wettelijke verplichting is, kan niet worden beschouwd als een aanbod van telewinkelen.

37. In de laatste memorie benadrukt verzoekster nogmaals dat het voornoemd arrest van het Hof van Justitie een interpretatie heeft gegeven aan het europeesrechtelijk begrip “telewinkelen” waaraan de VRM is gehouden, ook al kan en moet hij daarbij rekening houden met de feitelijke omstandigheden van het concrete geschil, en dat aangezien tijdens de betrokken programma’s de kijker wordt uitgenodigd om aan het programma deel te nemen, het niet gaat om een telewinkelprogramma, maar wel om een interactieve applicatie. Uiteraard wordt hierbij wel een financiële tegemoetkoming gevraagd om de telecommunicatiekosten te dekken.

Beoordeling

38. Artikel 2, 19/, van de mediadecreten omschrijft telewinkelen als : “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”. Deze definitie van telewinkelen is letterlijk overgenomen uit artikel 1, f), van de richtlijn audiovisuele mediadiensten.

In het arrest C-195/06 van 18 oktober 2007 inzake KommAustria tg. ORF doet het Hof van Justitie uitspraak over de vraag of een belspel (“een spel waaraan een prijs verbonden is”) op televisie ook onder het begrip telewinkelen valt. Het Hof van Justitie antwoordt hieromtrent dat :

“artikel 1 van richtlijn 89/552/EEG van de Raad van 3 oktober 1989 betreffende de coördinatie van bepaalde wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen in de lidstaten inzake de uitoefening van televisieomroepactiviteiten, zoals gewijzigd bij richtlijn 97/36/EG van het Europees Parlement en de Raad van 30 juni 1997, moet aldus worden uitgelegd dat bij een uitzending of een onderdeel van een uitzending waarin een omroeporganisatie de kijkers de mogelijkheid biedt om door het rechtstreeks kiezen van een betaalnummer en dus tegen betaling deel te nemen aan een spel waaraan een prijs verbonden is, sprake is - van telewinkelen in de zin van artikel 1, sub f, indien in die uitzending of dat onderdeel van de uitzending werkelijk diensten worden aangeboden, rekening houdend met het doel van de uitzending waarin het spel plaatsvindt, met het belang van het spel binnen de uitzending in termen van tijd en gehoopte economische resultaten in vergelijking met die welke van die uitzending in haar geheel worden verwacht, en met de soort vragen die aan de kandidaten worden gesteld”.

39. In het arrest C-195/06 wordt aangegeven dat het aan de nationale instantie toekomt om alle feitelijke omstandigheden te beoordelen en niet aan het Hof van Justitie.

Er kan worden vastgesteld dat de feiten die aan de prejudiciële vraag in het arrest C-195/06 ten grondslag liggen en de feiten die tot de thans bestreden beslissing hebben geleid, niet zonder meer vergelijkbaar zijn. Anders dan in het arrest C-195/06, zijn de betrokken sms-applicaties geen onderdeel van een spel waarbij aan de deelnemers vragen worden gesteld, laat staan dat zij een prijs kunnen winnen. In het arrest van het Hof van Justitie bestond de dienstverlening in de mogelijkheid om deel te nemen aan een kansspel. In de hier betrokken uitzending wordt aan de kijker de mogelijkheid geboden om tegen betaling en via het gebruik van sms deel te nemen aan een “Love Score” aanbod, of een jaarhoroscoop en adviestips omtrent liefde en relaties, gezondheid en carrière, te verkrijgen.

40. Partijen zijn het niet eens of de interpretatie door het Hof van Justitie van telewinkelen met betrekking tot een belspel ook van toepassing is op de feiten die in deze zaak tot de bestreden beslissing hebben geleid. Maar, hoe dan ook, indien voor het debat wordt aangenomen dat bedoeld arrest ook voor de thans voorliggende situatie dienend is, maakt verzoekster niet aannemelijk dat het bedoeld arrest tot de conclusie zou moeten leiden dat het doorlopend uitzenden van pancartes waarbij de kijker wordt uitgenodigd tegen betaling deel te nemen aan een “Love

Score”- aanbod of om tips omtrent liefde en relaties of een jaarhoroscoop te krijgen, geen telewinkelen betreft. Zoals hierna wordt uiteengezet, kan verzoekster immers niet worden gevolgd waar zij betoogt dat de toepassing van de criteria die het Hof van Justitie in het arrest heeft uiteengezet om tot de kwalificatie van telewinkelen te komen, en die volgens verzoekster in algemene termen zijn gesteld, op de pancartes en sms-applicaties in de betrokken uitzending, toelaten te besluiten dat deze laatste geen telewinkelen betreffen.

41. Volgens het arrest C-195/06 moet vooreerst worden nagegaan of de betrokken uitzending voldoet aan de criteria aan de hand waarvan de gemeenschapswetgever dat begrip heeft gedefinieerd in artikel 1, sub f, van voormelde richtlijn audiovisuele mediadiensten, definitie die zoals gezien in de mediadecreten wordt overgenomen, zijnde: 1) het uitzenden via de televisie van, 2) rechtstreekse aanbiedingen aan het publiek, 3) met het oog op de levering van goederen of diensten, 4) tegen betaling.

Daarnaast stelt het Hof dat in een situatie waarin telewinkelen deel uitmaakt van de uitzending zelf, voorts nog moet worden nagegaan of die uitzending of dat onderdeel van die uitzending, gelet op de eigen kenmerken ervan, een echte aanbieding van diensten is en dat het in dit verband aan de nationale rechter staat om in het kader van die beoordeling rekening te houden met het doel van de uitzending waarin het spel plaatsvindt, met het belang van het spel binnen de uitzending in haar geheel in termen van tijd en gehoopte economische resultaten in vergelijking met die welke van die uitzending in haar geheel worden verwacht, en met de soort vragen die aan de kandidaten worden gesteld. In die zin verduidelijkt het Hof dat er geen sprake is van een echte aanbieding van diensten, wanneer het slechts gaat om een aanbieding van amusement binnen de uitzending of wanneer de omroeporganisatie gewoon de bedoeling heeft gehad om, gelet op het doel van de uitzending waarin het spel plaatsvindt, deze interactief te maken, zonder echter daadwerkelijk diensten te willen aanbieden. Dit zal in het bijzonder het geval zijn wanneer dat spel slechts een “uiterst klein onderdeel vormt van de inhoud en de duur van de amusementsuitzending”. In verband met het eerste criterium inzake de bedoeling van het programma waarin het spel is ingebed, verduidelijkt de advocaat-generaal in zijn conclusie dat volgens dat criterium situaties waarin de tussenkomst van de kijker, ook al is dat tegen betaling, deel uitmaakt van de redactionele inhoud van het programma en de voortgang daarvan beïnvloedt, buiten het begrip telewinkelen vallen. Hierbij dient nog te worden opgemerkt dat deze “criteria” slechts “richtsnoeren” of “maatstaven” zijn ter beoordeling.

42. Verzoekster argumenteert in het middel inzonderheid dat de sms-applicaties betrekking hebben op een aanbieding van amusement binnen en interactiviteit met de programma's en dat de prijsvermelding geen aanbod van telewinkelen impliceert.

De Raad van State valt verwerende partij echter bij in zoverre zij betoogt dat er bij de doorlopende uitzending van de betrokken "gecombineerde en wisselende pancartes, met tariefvermelding" geen sprake is van interactiviteit met een programma. In tegenstelling tot de feiten die aanleiding gaven tot het in dit middel ingeroepen prejudicieel arrest, namelijk de uitnodiging van de kijker door de presentator van een quizprogramma om deel te nemen aan een belspel met de kans om een prijs te winnen, bestaat te dezen "het betrokken programma" volgens verzoekster zelf "in eerste instantie" uit de uitnodigingen aan de kijkers om tegen betaling van een sms-bericht onder meer hun liefdeskansen te meten en uit de daaruit voortvloeiende uitzendingen van onder meer de berekening van die slaagkansen en het commentaar erop. De doorlopende uitzending van zulke pancartes en sms-applicaties maakt dus geen onderdeel uit, *a fortiori* geen "uiterst klein onderdeel" van een amusementsuitzending of van een programma met een eigen redactionele inhoud, maar ze vormen de inhoud op zich van een (telewinkel)programma, waarbij de kijker maar kan deelnemen aan het aangeboden amusement tegen betaling van het in de pancartes vermelde tarief. De sms-applicaties maken dus geen randamusement uit binnen een bepaald (amusements)programma maar zijn de essentie zelf van de betrokken uitzending.

Verzoekster stelt nog relativerend dat de tariefvermelding geen aanbod van telewinkelen impliceert, en dat de betaling van het vermelde tarief enkel dient om de telecommunicatiekosten te dekken. Verzoekster mag echter van de Raad van State niet verwachten dat hij deze losse bewering in zijn beoordeling betreft, nu verzoekster nalaat deze bewering te staven met concrete cijfermatige gegevens.

43. Het middel is ongegrond.

F. Zesde middel

Uiteenzetting van het middel

44. Verzoekster put een zesde middel uit de schending van de formele- en materiële-motiveringsplicht, doordat de bestreden beslissing ten

onrechte stelt dat er geen optische of akoestische middelen werden gebruikt om de sms-applicaties herkenbaar te maken als blokken voor telewinkelen. In haar brief van 21 november 2008 wees verzoekster er al op dat de uitzending van deze sms-applicaties wel degelijk op auditieve en visuele wijze onderscheiden wordt van de reguliere programma's van VT4. Tijdens de gehele duur van deze uitzendingen worden ook de tarieven duidelijk in beeld gebracht zodat de kijker doorlopend geïnformeerd wordt over de kosten verbonden aan het versturen van een sms-bericht of een telefoonoproep. Op die manier weet de kijker op voldoende wijze dat hij te maken heeft met een vorm van telewinkelen. Aangezien de bestreden beslissing niet voldoende de redenen aangeeft waarop zij steunt, is de formele-motiveringsplicht geschonden. Vermits verwerende partij duidelijk waarneembare en vaststaande feiten naast zich neerlegt, ze alleszins foutief beoordeelt en daardoor manifest niet in redelijkheid tot de bestreden beslissing kon komen, schendt zij de materiële-motiveringsplicht.

In de memorie van wederantwoord voegt verzoekster daar nog aan toe dat de formele-motiveringswet de verplichting oplegt om de motivering die de beslissing ondersteunt, in de administratieve akte zelf te vermelden. De uitleg gegeven in de memorie van antwoord kan dan ook niet de onregelmatigheid van de bestreden beslissing ongedaan maken.

In de laatste memorie heet het dat verzoekster “geen verdere opmerkingen” heeft.

Beoordeling

45. Uit formeel oogpunt antwoordt de bestreden beslissing wel degelijk op de aangevoerde argumentatie van verzoekster omtrent het herkenbaar maken van telewinkelprogramma's. Niet alleen wordt deze argumentatie correct samengevat onder randnummer 10, tevens antwoordt de bestreden beslissing daarop het volgende :

“15. De Regulator is van oordeel dat het niet volstaat dat de kijker doorlopend geïnformeerd wordt van de kosten verbonden aan het versturen van een SMS-bericht of een telefoonoproep, doordat de tarieven duidelijk in beeld worden gebracht, om te voldoen aan de bepalingen van artikel 102, 3/, van het Mediadecreet. De uitzendingen tussen 00:47:29 en 06:03:10 en tussen 08:58:05 en 09:20:26 worden dan ook niet duidelijk als blokken voor telewinkelen herkenbaar gemaakt door visuele en auditieve middelen”.

Verwerende partij legt geenszins het aangevoerde “vaststaande feit” dat de tarieven duidelijk in beeld worden gebracht tijdens de gehele uitzending naast zich neer, doch oordeelt dat dit element niet volstaat om de betrokken uitzendingen duidelijk als blokken voor telewinkelen herkenbaar te maken. Verzoekster mag dan wel beweren dat dit oordeel foutief is, doch reikt anderzijds geen gegevens aan om de onwettigheid van dit antwoord aan te tonen.

46. Het zesde middel is ongegrond.

G. Het zevende middel

Uiteenzetting van het middel

47. Verzoekster voert in de memorie van wederantwoord in een nieuw middel de schending van de rechten van verdediging aan. Zij betoogt vooreerst dat een middel geput uit de schending van deze rechten, die van openbare orde zijn, in een administratieve procedure die kan leiden tot een administratieve sanctie, ontvankelijk in een memorie van wederantwoord mag worden aangevoerd. Voorts brengt zij naar voor dat het algemeen principe van de rechten van verdediging het recht om voorafgaand gehoord te worden impliceert, niet alleen over de ten laste gelegde feiten en de ingeroepen reglementering, maar ook over de aard en grootte van de voorgenomen sanctie. Aangezien in de brief van 6 november 2008 van verwerende partij aan verzoekster geen melding wordt gemaakt van de sancties die zij zou riskeren wanneer zij veroordeeld zou worden op basis van de ten laste gelegde feiten, kon zij zich dan ook niet uitspreken over de gepastheid van de door verwerende partij voorgenomen sanctie en had zij het raden naar de aard van de sanctie die haar boven het hoofd hing.

48. In de laatste memorie voegt verzoekster daar, wat de ontvankelijkheid van het middel betreft, nog aan toe dat het vaste rechtspraak van de Raad van State betreft dat de rechten van verdediging van openbare orde zijn, dat deze kunnen worden ingeroepen in tuchtzaken of daarmee equivalente zaken zoals bij de oplegging van een administratieve boete met repressief karakter en dat de boetes die kunnen worden opgelegd door de VRM repressief van karakter zijn, wat wordt bevestigd door het arrest van het Grondwettelijk Hof nr. 14/2007 van 17 januari 2007.

Beoordeling

49. Artikel 170, § 5, van de mediadecreten legt de verplichting op aan de Vlaamse regering om hij het bepalen van de procedures en termijnen voor het opleggen van sancties, het recht om gehoord te worden op tegenspraak te garanderen. Ter uitvoering van deze verplichting voorziet het procedurebesluit erin dat de betrokken omroep wordt ingelicht over de feitelijke en juridische gronden van de tegen hem ingestelde procedure op tegenspraak, doch niet over de aard en de grootte van de mogelijke sanctie. Deze informatie kan verzoekster evenwel vinden in artikel 176 van de mediadecreten. Dat artikel bepaalt het arsenaal aan mogelijke sancties dat de algemene kamer bij vaststelling van een overtreding kan opleggen, waaronder een administratieve geldboete tot en met 125.000 euro, zodat verzoekster zich hieromtrent, schriftelijk dan wel mondeling, wel degelijk kon verdedigen in de procedure voor de regulator.

Waar verzoekster niettemin nog steeds een schending van haar rechten van verdediging bespeurt in het niet vermelden in de brief van 6 november 2008 van “de sancties die zij zou riskeren wanneer zij veroordeeld zou worden op basis van de ten laste gelegde feiten”, hebben zij en haar raadsman niettemin verkozen deze kritiek niet voor de algemene kamer ter sprake te brengen, noch in haar verweernota, noch op de zitting van de algemene kamer van 15 december 2008. Verzoekster voert daar geen enkele verklaring voor aan en evenmin ziet de Raad van State spontaan waarom zij dat toen niet kon hebben gedaan, en waarom zij dus de algemene kamer niet heeft gewezen op haar bezwaar dat zij in voormelde brief niet werd ingelicht over “de aard en de grootte van de voorziene sanctie”.

Nochtans, zoals de Raad van State reeds overwoog in zijn arrest nr. 28.248 van 26 juni 1987 inzake Vroonen (aangaande het onpartijdigheidsbeginsel) en het arrest nr. 30.300 van 14 juni 1988 inzake Van Bergen (aangaande het algemeen rechtsbeginsel van de eerbied voor de rechten van verdediging), mag van degene die moet verschijnen voor een bestuursorgaan dat over administratiefrechtelijke problemen, zoals een administratieve sanctie, een uitspraak moet doen, worden verwacht dat zij aan dat orgaan direct zichtbare - direct zichtbaar voor haar of voor een raadsman waar zij een beroep op kan doen - administratiefrechtelijke bezwaren kenbaar maakt, zodoende dat orgaan voor de indruk behoedend dat zij over die bezwaren heenstapt. Wanneer iemand er zich welbewust of met een verregaande graad van lichtzinnigheid van onthoudt in een administratieve procedure haar rechten te doen gelden en aldus belet dat het bestuur

eventuele gebreken in de procedure rechtzet op het ogenblik dat zij nog geen definitief nadeel hebben berokkend, kan die persoon er zich niet ontvankelijk voor het eerst bij de Raad van State -laat staan pas in de memorie van wederantwoord- over beklagen dat haar rechten geschonden zijn.

Nu verzoekster heeft verzuimd om de algemene kamer te wijzen op de redactie van de brief waarbij zij op de hoogte wordt gesteld van de tegen haar ingestelde procedure op tegenspraak en de mogelijkheid krijgt om verweer te voeren door binnen de vijftien dagen haar opmerkingen over te maken, en de eventuele bezwaren die de brief bij haar kon doen rijzen wat de vermeende schending van haar rechten van verdediging betreft, vermag zij die grief niet meer op ontvankelijke wijze voor het eerst aan te voeren voor de Raad van State.

50. Het middel is onontvankelijk.

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 175 euro.

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van 3 februari 2011, 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