RAAD VAN STATE
afdeling Wetgeving

advies 68.221/3
van 16 december 2020

over

een voorontwerp van decreet van de Vlaamse Gemeenschap ‘tot wijziging van het decreet van 27 maart 2009 betreffende radio-omroep en televisie, wat betreft de gedeeltelijke omzetting van richtlijn (EU) 2018/1808 van het Europees Parlement en de Raad van 14 november 2018 tot wijziging van Richtlijn 2010/13/EU betreffende de coördinatie van bepaalde wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen in de lidstaten inzake het aanbieden van audiovisuele mediadiensten (richtlijn audiovisuele mediadiensten) in het licht van een veranderende marktsituatie’

‡LW-BGMUSDAFB-GICCBSQ‡

Op 30 oktober 2020 is de Raad van State, afdeling Wetgeving, door de Vlaamse minister van Brussel, Jeugd en Media verzocht binnen een termijn van dertig dagen een advies te verstrekken over een voorontwerp van decreet van de Vlaamse Gemeenschap ‘tot wijziging van het decreet van 27 maart 2009 betreffende radio-omroep en televisie, wat betreft de gedeeltelijke omzetting van richtlijn (EU) 2018/1808 van het Europees Parlement en de Raad van 14 november 2018 tot wijziging van Richtlijn 2010/13/EU betreffende de coördinatie van bepaalde wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen in de lidstaten inzake het aanbieden van audiovisuele mediadiensten (richtlijn audiovisuele mediadiensten) in het licht van een veranderende marktsituatie’.

Het voorontwerp is door de derde kamer onderzocht op 24 november 2020. De kamer was samengesteld uit Jo BAERT, kamervoorzitter, Jeroen VAN NIEUWENHOVE en Koen MUYLLE, staatsraden, Jan VELAERS en Bruno PEETERS, assessoren, en Annemie GOOSSENS, griffier.

Het verslag is uitgebracht door Tim CORTHAUT, auditeur.

Het advies, waarvan de tekst hierna volgt, is gegeven op 16 december 2020.

*

‡LW-BGMUSDAFB-GICCBSQ‡

1. Met toepassing van artikel 84, § 3, eerste lid, van de wetten op de Raad van State, gecoördineerd op 12 januari 1973, heeft de afdeling Wetgeving zich toegespitst op het onderzoek van de bevoegdheid van de steller van de handeling, van de rechtsgrond[1], alsmede van de vraag of aan de te vervullen vormvereisten is voldaan.

Daarnaast bevat dit advies ook een aantal opmerkingen over andere punten. Daaruit mag echter niet worden afgeleid dat de afdeling Wetgeving binnen de haar toegemeten termijn een exhaustief onderzoek van het voorontwerp heeft kunnen verrichten.

*

STREKKING VAN HET VOORONTWERP

2. Het om advies voorgelegde voorontwerp van decreet van de Vlaamse Gemeenschap strekt in hoofdzaak tot de gedeeltelijke omzetting van richtlijn (EU) 2018/1808 van het Europees Parlement en de Raad van 14 november 2018 ‘tot wijziging van Richtlijn 2010/13/EU betreffende de coördinatie van bepaalde wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen in de lidstaten inzake het aanbieden van audiovisuele mediadiensten (richtlijn audiovisuele mediadiensten) in het licht van een veranderende marktsituatie’.[2]

Daarnaast worden aan het decreet van 27 maart 2009 ‘betreffende radio-omroep en televisie’ (hierna: Mediadecreet) ook een aantal andere, beperkte aanpassingen doorgevoerd.

3.1. De belangrijkste wijzigingen betreffen de invoering van een apart regime voor videoplatformdiensten, voor zover die onder de bevoegdheid van de Vlaamse Gemeenschap vallen (artikelen 33 tot 41 van het voorontwerp). De regels voor videoplatformdiensten zijn grotendeels analoog aan die voor andere omroepdiensten, maar aangepast aan het gegeven dat vaak ook de gebruikers van dergelijke videoplatformdiensten inhoud kunnen genereren die moet worden bewaakt. Dat gaat gepaard met aanpassingen doorheen het Mediadecreet die er ofwel op gericht zijn om bepaalde regels uniform van toepassing te maken op lineaire en niet-lineaire omroepdiensten, ofwel omgekeerd, om bepaalde regels voor videoplatformdiensten af te splitsen nu die apart worden geregeld in een nieuw deel III/1.

3.2. De artikelen 4 tot 7 van het voorontwerp voeren een nieuw kader in – dat geldt voor lineaire en niet-lineaire televisieomroepdiensten – voor het optreden tegen omroeporganisaties die programma’s uitzenden die discrimineren, aanzetten tot haat, of op een andere wijze een gevaar vormen voor de volksgezondheid, de openbare veiligheid of de ontwikkeling van minderjarigen.

[1] Aangezien het om een voorontwerp van decreet gaat, wordt onder “rechtsgrond” de conformiteit met hogere rechtsnormen verstaan.

[2] Krachtens artikel 2, lid 1, van de richtlijn moest die omzetting zijn gebeurd tegen 19 september 2020.

‡LW-BGMUSDAFB-GICCBSQ‡

3.3. De artikelen 8 tot 21 van het voorontwerp versoepelen de regels inzake reclame en product placement. De regeling wordt grotendeels gebaseerd op een systeem van zelfregulering, met uitzondering van de bescherming van minderjarigen. Het verbod op tabaksreclame wordt aangevuld met een verbod van reclame voor elektronische sigaretten en hun toebehoren.

3.4. De artikelen 22 tot 24 en 28 tot 32 van het voorontwerp omschrijven nader wie gemachtigd is om radio- of televisiediensten aan te bieden, en welke ondernemingen geacht moeten worden onder de bevoegdheid van de Vlaamse Regulator voor de Media (hierna ook: VRM) te vallen.

3.5. De artikelen 25 en 26 van het voorontwerp actualiseren de regels voor de bevordering van de toegankelijkheid van televisiediensten voor personen met een handicap. Artikel 27 voegt een nieuw artikel 155/1 toe aan het Mediadecreet met betrekking tot het verhogen van de aandacht voor en de zichtbaarheid en vindbaarheid van televisiediensten van algemeen belang. Artikel 42 wijzigt artikel 180 van het Mediadecreet met betrekking tot de signaalintegriteit. Artikel 43 voegt een nieuw artikel 183/1 in het Mediadecreet in met een verbod op de verwerking voor commerciële doeleinden van persoonsgegevens van minderjarigen die de dienstenverdelers verzamelen in het kader van systemen ter bescherming van minderjarigen. Artikel 44 wijzigt de inleidende zin van artikel 187 van het Mediadecreet met het oog op een verhoogde leesbaarheid.

3.6. De artikelen 45 tot 55 van het voorontwerp strekken tot wijziging van een aantal bepalingen van het Mediadecreet met betrekking tot de Vlaamse Regulator voor de Media, gelet op de versterkte rol van de mediaregulatoren onder de richtlijn audiovisuele mediadiensten (hierna: AVMD-richtlijn)[3] en met het oog op het afdwingen van de nieuwe en geactualiseerde regels.

BEVOEGDHEID

I. Omzetting van de regels in de AVMD-richtlijn inzake videoplatformdiensten

4. De gemeenschappen zijn overeenkomstig artikel 4, 6°, van de bijzondere wet van 8 augustus 1980 ‘tot hervorming der instellingen’ bevoegd voor “de inhoudelijke en technische aspecten van de audiovisuele en de auditieve mediadiensten”.

[3] Richtlijn 2010/13/EU van het Europees Parlement en de Raad van 10 maart 2010 ‘betreffende de coördinatie van bepaalde wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen in de lidstaten inzake het aanbieden van audiovisuele mediadiensten (richtlijn audiovisuele mediadiensten)’.

‡LW-BGMUSDAFB-GICCBSQ‡

Bij de Zesde Staatshervorming is de omschrijving van de omroepbevoegdheid van de gemeenschappen in die zin geherformuleerd en aldus aangepast aan de ingrijpende technologische evoluties en de rechtspraak van het Grondwettelijk Hof.[4] De term 'audiovisuele mediadienst' is ontleend aan de AVMD-richtlijn. Het was de bedoeling om de bestaande bevoegdheidsverdeling te bevestigen, niet om ze te wijzigen.[5]

5. Het Grondwettelijk Hof heeft in arrest nr. 132/2004 van 14 juli 2004 de inhoudelijke en functionele criteria op grond waarvan 'telecommunicatie' (federale bevoegdheid) en 'omroep' (thans: mediadiensten) (gemeenschapsbevoegdheid) van elkaar te onderscheiden zijn als volgt samengevat:

> "B.10.1. De radio-omroep, die de televisie omvat, kan van de andere vormen van telecommunicatie worden onderscheiden doordat een radio-omroepprogramma openbare informatie verspreidt en vanuit het oogpunt van degene die uitzendt, bestemd is voor het publiek in het algemeen of voor een deel ervan en geen vertrouwelijk karakter heeft. Diensten die geïndividualiseerde en door een vorm van vertrouwelijkheid gekenmerkte informatie leveren, vallen daarentegen niet onder de radio-omroep en behoren tot de bevoegdheid van de federale wetgever.
>
> B.10.2. Doorslaggevend voor radio-omroep en televisie is het ter beschikking stellen van openbare informatie voor het publiek in het algemeen. In een evolutieve interpretatie van het omroepbegrip omvat dit ook het uitzenden op individueel verzoek. Omroepactiviteiten verliezen niet hun aard omdat met de evolutie van de techniek aan de kijker of luisteraar een ruimere mogelijkheid van eigen keuze wordt geboden."[6]

De essentiële kenmerken ter aflijning van mediadiensten ten opzichte van telecommunicatie zijn volgens het Grondwettelijk Hof derhalve het criterium van de bestemming (voor het publiek in het algemeen) en het karakter van de informatie (openbare informatie).

6. Bij richtlijn (EU) 2018/1808 is de AVMD-richtlijn uitgebreid met regels voor de videoplatformdiensten. Die diensten zijn te onderscheiden van de audiovisuele mediadiensten op grond van het gegeven of de aanbieder al of niet de redactionele verantwoordelijkheid draagt voor de aangeboden programma's of video's.

---

[4] Zie o.m.: Y. PEETERS, "De bevoegdheidsverdeling inzake omroep, telecommunicatie en filmkeuring: kinderen niet toegelaten" in J. VELAERS e.a. (eds.), *De zesde staatshervorming: instellingen, bevoegdheden en middelen*, Antwerpen, Intersentia, 2014, 345-366; J. THEUNIS, "De bevoegdheidsoverdrachten inzake media" in A. ALEN e.a. (eds.), *Het federale België na de Zesde Staatshervorming*, Brugge, die Keure, 2014, 535-546; R. DEBILIO, R. QUECK en D. STEVENS, "La répartition des compétences en matière de communications électroniques après la sixième réforme de l'État: statut quo ou départ vers de nouveaux rivages?", *TRNI* 2014, 389-402.

[5] *Parl.St.* Senaat 2012-13, nr. 5-2232/1, 21; adv.RvS 53.932/AV van 27 augustus 2013 over een voorstel dat heeft geleid tot de bijzondere wet van 6 januari 2014 'met betrekking tot de Zesde Staatshervorming', *Parl.St.* Senaat 2012-13, nr. 5-2232/3, 5.

[6] In dezelfde zin: GwH 22 september 2004, nr. 155/2004, B.4.1 en B.4.2; GwH 13 juli 2005, nr. 128/2005, B.7.2; GwH 9 juli 2013, nr. 95/2013, B.3.3.

‡LW-BGMUSDAFB-GICCBSQ‡

In artikel 1, lid 1, a), van de AVMD-richtlijn wordt ‘audiovisuele mediadienst’ omschreven als

> “i) een dienst in de zin van de artikelen 56 en 57 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie, indien het hoofddoel van de dienst of een losstaand gedeelte daarvan bestaat uit de levering van programma's voor het algemene publiek, onder de redactionele verantwoordelijkheid van een aanbieder van mediadiensten, ter informatie, vermaak of educatie door middel van elektronische communicatienetwerken in de zin van artikel 2, onder a), van Richtlijn 2002/21/EG; bedoelde audiovisuele mediadiensten zijn hetzij televisie-uitzendingen als gedefinieerd onder e) van dit lid hetzij audiovisuele mediadiensten op aanvraag als gedefinieerd onder g) van dit lid;
>
> ii) audiovisuele commerciële communicatie”.

In artikel 1, lid 1, a bis), van de AVMD-richtlijn wordt ‘videoplatformdienst’ gedefinieerd als

> “een dienst in de zin van de artikelen 56 en 57 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie, indien het hoofddoel van de dienst of een daarvan losstaand gedeelte of een essentiële functie van de dienst bestaat in het aanbieden van programma’s, door gebruikers gegenereerde video’s, of beide, aan het algemene publiek, waarvoor de aanbieder van het videoplatform geen redactionele verantwoordelijkheid draagt, ter informatie, vermaak of educatie via elektronische-communicatienetwerken in de zin van artikel 2, onder a), van Richtlijn 2002/21/EG en waarvan de organisatie wordt bepaald door de aanbieder van het videoplatform, onder meer met automatische middelen of algoritmen, met name door weergeven, taggen en rangschikken”.

7. Het feit dat in de AVMD-richtlijn de videoplatformdiensten aan aparte regels worden onderworpen en te onderscheiden zijn van de mediadiensten,[7] mag echter niet doen besluiten dat videoplatformdiensten daardoor internrechtelijk niet als mediadiensten in de zin van artikel 4, 6°, van de bijzondere wet van 8 augustus 1980 te beschouwen zouden zijn. De Europeesrechtelijke kwalificatie is daarbij immers niet doorslaggevend, wel de internrechtelijke kwalificatie.

Op grond van de criteria ‘bestemming’ en ‘karakter van de informatie’ die het Grondwettelijk Hof hanteert, moet worden besloten dat videoplatformdiensten onder de bevoegdheid van de gemeenschappen vallen. Uit de omschrijving van ‘videoplatformdienst’ in artikel 1, lid 1, a*bis*), van de AVMD-richtlijn, die in het interne recht moet worden overgenomen (zie het ontworpen artikel 2, 45°/1, van het Mediadecreet – artikel 3, 10°, van het voorontwerp), blijkt immers dat het gaat om het aanbieden van programma’s of video’s aan het publiek in het algemeen, zodat het niet om geïndividualiseerde en door een vorm van vertrouwelijkheid gekenmerkte informatie gaat.

8. Het besluit is derhalve dat de Vlaamse Gemeenschap bevoegd is om de bepalingen van de AVMD-richtlijn inzake de videoplatformdiensten om te zetten.

[7] Zo zijn er bijvoorbeeld andere regels om te bepalen onder de bevoegdheid van welke lidstaat elk van deze beide soorten van diensten vallen (voor de audiovisuele mediadiensten, zie artikel 2 van de AVMD-richtlijn; voor de videoplatformdiensten, zie artikel 28*bis* van de AVMD-richtlijn).

‡LW-BGMUSDAFB-GICCBSQ‡

9. De federale overheid is bevoegd gebleven "met betrekking tot het regelgevend kader voor elektronische communicatie: regulering van de telecommunicatiemarkt, beheer en controle van het gebruik van het spectrum, consumentenbescherming, domeinnamen, nummering, universele dienst en respect voor de privacy".[8] Dat komt in het voorontwerp tot uiting in verschillende verwijzingen naar boek XII van het Wetboek van Economisch Recht over elektronische diensten. Er moet worden aangenomen dat die verwijzingen declaratief bedoeld zijn, en precies de erkenning inhouden vanwege de decreetgever dat die aspecten door de federale overheid worden geregeld. Dat blijkt ook uit het antwoord van de gemachtigde:

> "- Artikel 176/3 §6 Mediadecreet stelt dat de artikelen XII.3, XII.4, XII.6, XII.17, XII.18, XII.19 en XII.20 van het Wetboek van economisch recht van toepassing zijn op aanbieders van videoplatformdiensten die vallen onder de bevoegdheid van de Vlaamse Gemeenschap. Dit lijkt evident, aangezien videoplatformdiensten moeten gekwalificeerd worden als diensten van de informatiemaatschappij: 'elke dienst die gewoonlijk tegen vergoeding, langs elektronische weg op afstand en op individueel verzoek van een afnemer van de dienst verricht wordt' (art. I.18 Wetboek van economisch recht). Bijgevolg zijn de artikelen van boek XII van toepassing op videoplatformdiensten.
>
> - Overwegende (48) van AVMD (2018) stelt inderdaad dat AVMD (2010) de toepassing van de artikelen 12 tot en met 14 van richtlijn 2000/31/EG moet onverlet laten: Deze artikelen voorzien in een vrijstelling van aansprakelijkheid met betrekking tot illegale informatie die wordt uitgezonden of automatisch, tussentijds en tijdelijk wordt opgeslagen, of wordt opgeslagen door bepaalde aanbieders van diensten van de informatiemaatschappij. Artikel 15 richtlijn 2000/31/EG stelt dat aan dergelijke aanbieders geen algemene verplichtingen mogen worden opgelegd om toe te zien op dergelijke informatie, noch om actief te zoeken naar feiten of omstandigheden die op onwettige activiteiten duiden, wat echter niet geldt voor toezichtverplichtingen in specifieke gevallen.
>
> - Deze bepalingen van richtlijn 2000/31/EG zijn omgezet in de artikelen XII.17, XII.18, XII.19 en XII.20, en worden expliciet van toepassing gemaakt op videoplatformdiensten.
>
> - Gelet op de bevoegdheid van de Vlaamse Gemeenschap voor videoplatformdiensten, als onderdeel van de bevoegdheid voor audiovisuele en auditieve mediadiensten, stelt het Mediadecreet dat de betrokken artikelen van het wetboek van economisch recht van toepassing zijn op videoplatformdiensten."

II. Aanknopingspunten voor de territoriale bevoegdheid van de Vlaamse Gemeenschap voor videoplatformdiensten

10. Videoplatformen – zeker wanneer ze worden aangeboden via het internet – zijn bij uitstek grensoverschrijdende diensten. Bijgevolg laten ze zich ook niet gemakkelijk inpassen in de territoriale bevoegdheidsverdeling.

[8] *Parl.St.* Senaat 2012-13, nr. 5-2232/1, 22.

‡LW-BGMUSDAFB-GICCBSQ‡

11. Artikel 28*bis* van de AVMD-richtlijn bevat de volgende regels om te bepalen welke lidstaat bevoegd is ten aanzien van een aanbieder van een videoplatform:[9]

> "1. Voor de toepassing van deze richtlijn valt een aanbieder van videoplatforms die op het grondgebied van een lidstaat is gevestigd in de zin van artikel 3, lid 1, van Richtlijn 2000/31/EG, onder de bevoegdheid van die lidstaat.
>
> 2. Een aanbieder van videoplatforms die niet op grond van lid 1 op het grondgebied van een lidstaat is gevestigd, wordt geacht voor de toepassing van deze richtlijn op het grondgebied van een lidstaat te zijn gevestigd indien die aanbieder van videoplatforms:
>
> a) een moederonderneming of een dochteronderneming heeft die op het grondgebied van die lidstaat is gevestigd; of
>
> b) deel uitmaakt van een groep en een andere onderneming van die groep op het grondgebied van die lidstaat is gevestigd.
>
> Voor de toepassing van dit artikel wordt verstaan onder:
>
> a) 'moederonderneming': een onderneming die zeggenschap heeft over een of meer dochterondernemingen;
>
> b) 'dochteronderneming': een onderneming waarover een moederonderneming zeggenschap heeft, met inbegrip van elke dochteronderneming van een uiteindelijke moederonderneming;
>
> c) 'groep': een moederonderneming, al haar dochterondernemingen en alle andere ondernemingen die er op organisatorisch gebied economische en juridische banden mee hebben.
>
> 3. Indien de moederonderneming, de dochteronderneming of de andere ondernemingen van de groep allemaal in verschillende lidstaten zijn gevestigd, wordt de aanbieder van videoplatforms voor de toepassing van lid 2 geacht te zijn gevestigd in de lidstaat waarin de moederonderneming van de aanbieder is gevestigd of, bij gebreke van een dergelijke vestiging, in de lidstaat waarin de dochteronderneming is gevestigd of, bij gebreke van een dergelijke vestiging, in de lidstaat waarin de andere onderneming van de groep is gevestigd.

---

[9] Vgl. met artikel 2, lid 3, van de AVMD-richtlijn. Volgens die bepaling wordt een aanbieder van mediadiensten geacht in een lidstaat gevestigd te zijn in de volgende gevallen:
"a) de aanbieder van mediadiensten heeft zijn hoofdkantoor in die lidstaat en de redactionele beslissingen betreffende de audiovisuele mediadienst worden in die lidstaat genomen;
b) indien een aanbieder van mediadiensten zijn hoofdkantoor in een lidstaat heeft, maar de redactionele beslissingen betreffende de audiovisuele mediadienst in een andere lidstaat worden genomen, wordt die aanbieder van mediadiensten geacht gevestigd te zijn in de lidstaat waar een aanzienlijk deel van het bij de programmagerelateerde activiteit van de audiovisuele mediadienst betrokken personeel werkzaam is. Indien in elk van die lidstaten een aanzienlijk deel van het bij de programmagerelateerde activiteiten van de audiovisuele mediadienst betrokken personeel werkzaam is, wordt de aanbieder van de mediadienst geacht gevestigd te zijn in de lidstaat waar hij zijn hoofdkantoor heeft. Indien in geen van die lidstaten een aanzienlijk deel van het bij de programmagerelateerde activiteiten van de audiovisuele mediadienst betrokken personeel werkzaam is, wordt de aanbieder van mediadiensten geacht gevestigd te zijn in de lidstaat waar hij het eerst met zijn activiteiten is begonnen overeenkomstig het recht van die lidstaat, mits hij een duurzame en reële band met de economie van die lidstaat onderhoudt;
c) indien een aanbieder van mediadiensten zijn hoofdkantoor in een lidstaat heeft, terwijl beslissingen betreffende de audiovisuele mediadienst in een derde land worden genomen, of andersom, wordt hij geacht gevestigd te zijn in de betrokken lidstaat, mits een aanzienlijk deel van het bij de activiteiten van de audiovisuele mediadienst betrokken personeel in die lidstaat werkzaam is."

‡LW-BGMUSDAFB-GICCBSQ‡

4. Indien er meerdere dochterondernemingen zijn die allemaal in verschillende lidstaten zijn gevestigd, wordt de aanbieder van videoplatforms voor de toepassing van lid 3 geacht te zijn gevestigd in de lidstaat waarin een van de dochterondernemingen voor het eerst met haar activiteiten is begonnen, mits die aanbieder een duurzame en reële band met de economie van die lidstaat onderhoudt.

Indien meerdere andere ondernemingen deel uitmaken van de groep en deze allemaal in verschillende lidstaten zijn gevestigd, wordt de aanbieder van videoplatforms geacht te zijn gevestigd in de lidstaat waarin een van deze ondernemingen voor het eerst met haar activiteiten is begonnen, mits die aanbieder een duurzame en reële band met de economie van die lidstaat onderhoudt.

5. Voor de toepassing van deze richtlijn zijn artikel 3 en de artikelen 12 tot en met 15 van Richtlijn 2000/31/EG van toepassing op aanbieders van videoplatforms die worden geacht in een lidstaat te zijn gevestigd overeenkomstig lid 2 van dit artikel.

6. De lidstaten maken en handhaven een actuele lijst met de aanbieders van videoplatforms die op hun grondgebied zijn gevestigd of worden geacht te zijn gevestigd, en vermelden op welke van de in de leden 1 tot en met 4 bedoelde criteria hun bevoegdheid is gebaseerd. De lidstaten verstrekken die lijst, met inbegrip van actualiseringen ervan, aan de Commissie.

De Commissie zorgt ervoor dat die lijsten beschikbaar zijn in een centrale gegevensbank. In het geval van tegenstrijdigheden tussen de lijsten neemt de Commissie contact op met de betrokken lidstaten om een oplossing te vinden. De Commissie waarborgt dat de nationale regulerende instanties of organen toegang hebben tot die gegevensbank. De Commissie maakt informatie in de gegevensbank openbaar.

7. Wanneer de betrokken lidstaten bij de toepassing van dit artikel geen overeenstemming bereiken over welke lidstaat bevoegd is, lichten zij de Commissie onverwijld in over deze kwestie. De Commissie kan ERGA[10] verzoeken een advies over de kwestie te verstrekken overeenkomstig artikel 30 ter, lid 3, onder d). ERGA verstrekt een dergelijk advies binnen 15 werkdagen na de indiening van het verzoek door de Commissie. De Commissie houdt het contactcomité naar behoren geïnformeerd.”

12. In dezelfde zin bevat het om advies voorgelegde voorontwerp regels om te bepalen of een aanbieder van een videoplatformdienst onder de territoriale bevoegdheid van de Vlaamse Gemeenschap valt (ontworpen artikel 176/3 van het Mediadecreet – artikel 36 van het voorontwerp). Die regels luiden:

“§ 1. In dit artikel wordt verstaan onder:

1° dochteronderneming: een onderneming waarover een moederonderneming zeggenschap heeft, met inbegrip van elke dochteronderneming van een uiteindelijke moederonderneming;

2° groep: een moederonderneming, al haar dochterondernemingen en alle andere ondernemingen die er op organisatorisch gebied economische en juridische banden mee hebben;

3° moederonderneming : een onderneming die zeggenschap heeft over een of meer dochterondernemingen.

[10] ERGA staat voor Europese groep van regulerende instanties voor audiovisuele mediadiensten (zie artikel 30*ter*, lid 1, van de AVMD-richtlijn).

‡LW-BGMUSDAFB-GICCBSQ‡

§ 2. Voor de toepassing van dit decreet valt een aanbieder van videoplatformdiensten onder de bevoegdheid van de Vlaamse Gemeenschap als hij overeenkomstig artikel I.18, 4°, van het Wetboek van economisch recht gevestigd is in het Nederlandse taalgebied, of in het tweetalige gebied Brussel-Hoofdstad en de activiteiten uitsluitend tot de Vlaamse Gemeenschap behoren.

§ 3. Een aanbieder van videoplatformdiensten die niet is gevestigd in een lidstaat van de Europese Unie, valt voor de toepassing van dit decreet onder de bevoegdheid van de Vlaamse Gemeenschap als hij een moederonderneming of een dochteronderneming heeft die gevestigd is in het Nederlandse taalgebied, of in het tweetalige gebied Brussel-Hoofdstad en de activiteiten uitsluitend tot de Vlaamse Gemeenschap behoren, of als hij deel uitmaakt van een groep en een andere onderneming van de groep gevestigd is in het Nederlandse taalgebied, of in het tweetalige gebied Brussel-Hoofdstad.

§ 4. Als de moederonderneming en de dochteronderneming of de andere onderneming van de groep, vermeld in paragraaf 3, gevestigd zijn in verschillende lidstaten van de Europese Unie, valt de aanbieder van videoplatformdiensten onder de bevoegdheid van de Vlaamse Gemeenschap als de moederonderneming gevestigd is in het Nederlandse taalgebied, of in het tweetalige gebied Brussel-Hoofdstad.

Als de moederonderneming, vermeld in paragraaf 3, niet gevestigd is in een lidstaat van de Europese Unie en de dochteronderneming en de andere onderneming van de groep, vermeld in paragraaf 3, zijn gevestigd in verschillende lidstaten van de Europese Unie, valt de aanbieder van videoplatformdiensten onder de bevoegdheid van de Vlaamse Gemeenschap als de dochteronderneming gevestigd is in het Nederlandse taalgebied, of in het tweetalige gebied Brussel-Hoofdstad en de activiteiten uitsluitend tot de Vlaamse Gemeenschap behoren.

Als de moederonderneming en de dochteronderneming, vermeld In paragraaf 3, niet gevestigd zijn in een lidstaat van de Europese Unie, valt de aanbieder van videoplatformdiensten onder de bevoegdheid van de Vlaamse Gemeenschap als een andere onderneming van de groep, vermeld in paragraaf 3, gevestigd is in het Nederlandse taalgebied, of in het tweetalige gebied Brussel-Hoofdstad.

§ 5. Als de moederonderneming, vermeld in paragraaf 3, niet gevestigd is in een lidstaat van de Europese Unie en als verschillende dochterondernemingen als vermeld in paragraaf 3, gevestigd zijn in verschillende lidstaten van de Europese Unie, valt de aanbieder van videoplatformdiensten onder de bevoegdheid van de Vlaamse Gemeenschap als een dochteronderneming voor het eerst met haar activiteiten begon in het Nederlandse taalgebied, of in het tweetalige gebied Brussel-Hoofdstad en de activiteiten uitsluitend tot de Vlaamse Gemeenschap behoren, en de aanbieder van videoplatformdiensten een duurzame en reële band met de economie van de Vlaamse Gemeenschap heeft.

Als de moederonderneming en de dochteronderneming, vermeld in paragraaf 3, niet gevestigd zijn in een lidstaat van de Europese Unie en als verschillende andere ondernemingen van de groep als vermeld in paragraaf 3, gevestigd zijn in verschillende lidstaten van de Europese Unie, valt de aanbieder van videoplatformdiensten onder de bevoegdheid van de Vlaamse Gemeenschap als een andere onderneming van de groep voor het eerst met haar activiteiten begon in het Nederlandse taalgebied, of in het tweetalige gebied Brussel-Hoofdstad en de activiteiten uitsluitend tot de Vlaamse Gemeenschap behoren, en de aanbieder van videoplatformdiensten een duurzame en reële band met de economie van de Vlaamse Gemeenschap heeft.

‡LW-BGMUSDAFB-GICCBSQ‡

§ 6. Artikel XII.3, XII.4, XII.6, XII.17, XII.18, XII.19 en XII.20 van het Wetboek van economisch recht zijn van toepassing op aanbieders van videoplatformdiensten die vallen onder de bevoegdheid van de Vlaamse Gemeenschap.

§ 7. De Vlaamse Regulator voor de Media maakt en handhaaft een actuele lijst met de aanbieders van videoplatformdiensten ten aanzien van wie hij bevoegd is. De lijst vermeldt voor elke aanbieder van videoplatformdiensten de criteria, vermeld in paragraaf 2 tot en met 5, waarop de bevoegdheid van de Vlaamse Regulator voor de Media is gebaseerd. De Vlaamse Regulator voor de Media bezorgt die lijst, met inbegrip van actualiseringen, aan de Europese Commissie.

§ 8. Als tussen de Vlaamse Regulator voor de Media en de nationale regulerende instantie of het nationale regulerende orgaan van een andere lidstaat van de Europese Unie geen overeenstemming wordt bereikt over wie bevoegd is voor een aanbieder van Videoplatformdiensten, brengt de Vlaamse Regulator voor de Media de Europese Commissie daarvan onmiddellijk op de hoogte."

13. Gelet op het ontworpen artikel 176/3, § 2, van het Mediadecreet zullen de meest courante aanbieders van videoplatformdiensten niet onder de jurisdictie van de Vlaamse Gemeenschap vallen. De gemachtigde bevestigde dit:

"- Inderdaad, om onder de bevoegdheid van de Vlaamse Gemeenschap te vallen, dient een aanbieder gevestigd te zijn in het Nederlands taalgebied of in het tweetalig gebied Brussel-Hoofdstad en moeten de activiteiten uitsluitend tot de Vlaamse Gemeenschap behoren. Dit bevoegdheidscriterium is een omzetting van artikel 28bis AVMD.

- De meest courante platformen worden inderdaad gereguleerd in de lidstaten waar zij gevestigd zijn, onder meer Ierland."

Er kunnen niettemin gevallen zijn waarbij de VRM zich bevoegd kan achten wegens de aanwezigheid van een moeder- of dochteronderneming. De gemachtigde gaf daarover de volgende toelichting:

"- Het betreft hier wellicht artikel 176/3 §§ 3 en 4 Mediadecreet. Inderdaad, de bepaling uit artikel 28bis AVMD(2010) dient als dusdanig begrepen te worden. Overwegende (44) van de richtlijn AVMD(2018) geeft hierbij meer toelichting:

De aanbieders van videoplatforms op wie Richtlijn 2010/13/EU betrekking heeft, leveren diensten van de informatiemaatschappij in de zin van Richtlijn 2000/31/EG van het Europees Parlement en de Raad (1). Indien deze aanbieders in een lidstaat zijn gevestigd, moeten zij derhalve de bepalingen betreffende de interne markt van die richtlijn naleven. Het is passend ervoor te zorgen dat dezelfde voorschriften ook van toepassing zijn op aanbieders van videoplatforms die niet in een lidstaat zijn gevestigd, teneinde de doeltreffendheid van de in Richtlijn 2010/13/EU vastgestelde maatregelen ter bescherming van minderjarigen en het algemene publiek te waarborgen en zoveel mogelijk te zorgen voor een gelijk speelveld, voor zover dergelijke aanbieders een moederbedrijf of een dochteronderneming met vestiging in een lidstaat hebben of wanneer dergelijke aanbieders deel uitmaken van een groep en een andere onderneming van die groep in een lidstaat is gevestigd. (…)

- Bedoeling is ervoor te zorgen dat een onderneming zich niet aan de toepassing van richtlijn AVMD(2010) kan onttrekken door een groepsstructuur te creëren met verschillende lagen ondernemingen die binnen of buiten de Unie zijn gevestigd."

‡LW-BGMUSDAFB-GICCBSQ‡

Indien de moederonderneming en de dochterondernemingen allemaal buiten de Europese Unie zijn gevestigd voorziet het ontworpen artikel 176/3, § 5, van het Mediadecreet toch in een mogelijkheid om jurisdictie uit te oefenen over videoplatformen die een "duurzame en reële band met de economie van de Vlaamse Gemeenschap" hebben. Aan de gemachtigde is gevraagd om te verduidelijken hoe die voorwaarde moet worden begrepen. Die duurzaamheidsvereiste lijkt nieuwkomers uit te sluiten, maar het is onduidelijk of dat de bedoeling is. Bovendien rijst de vraag of het ontbreken van een vestiging in Vlaanderen er niet toe kan leiden dat de aanbieder door meerdere Belgische overheden geacht wordt tot hun bevoegdheid te behoren. De gemachtigde verstrekte daarover volgende uitgebreide toelichting:

"- Artikel 176/3 Mediadecreet is de omzetting van artikel 28bis van AVMD(2010), ingevoegd door artikel 1, lid 23, van AVMD(2018). De richtlijn AVMD(2010) is erop gericht dat slechts één enkele lidstaat de rechtsbevoegdheid heeft over een aanbieder van audiovisuele mediadiensten of over een aanbieder van een videoplatformdienst. Dit laat toe om het 'land-van-oorsprongbeginsel' toe te passen: het toezicht door de lidstaat van uitzending op de naleving van het nationale recht, zoals dit door de richtlijn is gecoördineerd, is voldoende om het vrije verkeer van uitzendingen te waarborgen, zonder tweede controle op dezelfde gronden in elke lidstaat van ontvangst.

- Het identificeren van de lidstaat die voor de betrokken videoplatformdienst bevoegd is, gebeurt aan de hand van een uitputtende procedure die gebruik maakt van een reeks praktische criteria (art. 28bis AVMD(2010)). Voor de vaststelling van de bevoegdheid dient een beoordeling van feitelijke situaties aan de hand van deze criteria te worden uitgevoerd. De 'duurzame en reële band met de economie van de lidstaat' is één van die criteria. Dit betekent dat de betrokken onderneming in de praktijk op basis van zijn activiteiten voor onbepaalde tijd daadwerkelijk betrokken is bij de economie van de Vlaamse Gemeenschap.

- Hetzelfde criterium wordt gebruikt voor het bepalen van de bevoegdheid van audiovisuele mediadiensten in de zin van AVMD(2010), en is opgenomen in artikel 150/1, §2, 5° van het Mediadecreet.

- Door toepassing van de criteria uit artikel 28bis AVMD(2010) is in principe één en slechts één lidstaat bevoegd voor een bepaald videoplatformdienst. Zelfs bij het ontbreken van een vestiging in Vlaanderen is de kans klein dat meerdere Belgische autoriteiten zich bevoegd achten voor eenzelfde aanbieder van een videoplatformdienst. Dat blijkt uit de toepassing van de criteria:

1. Ofwel is de aanbieder gevestigd in de Vlaamse, Franse of Duitstalige Gemeenschap => dan is de betrokken gemeenschap bevoegd;

2. Ofwel is de aanbieder buiten de EU gevestigd, maar heeft hij een moeder- of dochteronderneming, of een andere onderneming van dezelfde groep in de Vlaamse, Franse of Duitstalige Gemeenschap: => dan is de betrokken gemeenschap bevoegd;

3. Als de moeder-, dochter- of andere onderneming van dezelfde groep als de aanbieder in verschillende lidstaten zijn gevestigd, waaronder in één van de Gemeenschappen in België, dan is de lidstaat bevoegd waar de moederonderneming gevestigd is, of bij gebrek daaraan de lidstaat waar de dochteronderneming gevestigd is, of bij gebrek daaraan de lidstaat waar de andere onderneming gevestigd is => slechts één van de gemeenschappen in België kan bevoegd zijn;

4. Als er meerdere dochterondernemingen zijn die in de gemeenschappen van België en in andere lidstaten zijn gevestigd, dan is de lidstaat bevoegd waarin één van de dochterondernemingen voor het eerst met haar activiteiten is begonnen, mits die aanbieder

‡LW-BGMUSDAFB-GICCBSQ‡

een duurzame en reële band met de economie van de lidstaat onderhoudt => gesteld dat 2 dochterondernemingen gevestigd zouden zijn in de Vlaamse en Franse Gemeenschap, dan moet gekeken worden welke dochteronderneming het eerst met haar activiteiten is gestart.

5. Hetzelfde scenario geldt als er meerdere andere ondernemingen van dezelfde groep zijn gevestigd in verschillende lidstaten, waaronder de gemeenschappen van België.

- Artikel 28bis, 6° AVMD(2010) stelt dat de lidstaten een actuele lijst moeten opmaken en handhaven en aan de Commissie bezorgen met de aanbieders van videoplatforms die op hun grondgebied zijn gevestigd of worden geacht te zijn gevestigd. De lidstaten moeten in deze lijst vermelden op welke criteria hun bevoegdheid is gebaseerd. In geval van tegenstrijdigheden tussen deze lijsten, tracht de Commissie met de betrokken lidstaten om een oplossing te vinden.

- Wanneer de betrokken lidstaten geen overeenstemming bereiken over welke lidstaat bevoegd is, lichten zij de Commissie daarover in, waarna de Commissie hierover advies kan vragen aan ERGA.

- Het criterium 'duurzame en reële band met de economie van de Vlaamse Gemeenschap' is per definitie niet bedoeld voor nieuwkomers. Het wordt in de context van artikel 28bis AVMD(2010) niet op zich toegepast, maar telkens in combinatie met het criterium van de lidstaat waar één van de dochterondernemingen of andere ondernemingen het eerst met haar activiteiten is gestart. Dus als er meerdere dochterondernemingen actief zijn in meerdere lidstaten, zal de lidstaat van de recentst gestarte dochter (de nieuwkomer) niet bevoegd zijn."

De praktische toepassing van deze regels lijkt niet evident. Het betreft niettemin een correcte omzetting van de hiërarchie die in artikel 28*bis* van de AVMD-richtlijn is neergelegd.

13.1. Het gaat echter niet enkel om regels om te bepalen onder welke EU-lidstaat de aanbieder valt, maar tegelijk om regels om het bevoegdheidsrechtelijk aanknopingspunt binnen de Belgische context vast te stellen.

Dat de regels van de AVMD-richtlijn worden omgezet om te bepalen of een dienstenverdeler onder Belgische bevoegdheid valt, is de normale gang van zaken. De vraag rijst echter of deze regels, gelet op de geldende bevoegdheidsverdeling, ook dienstig kunnen zijn om de verdeling van de bevoegdheid binnen België te bepalen.

De bevoegdheidsverdeling tussen de federale Staat en de gemeenschappen berust op een stelsel van exclusieve bevoegdheden, wat impliceert dat iedere rechtssituatie in beginsel slechts door één wetgever kan worden geregeld: indien een regeling tot de bevoegdheid van meerdere gemeenschappen zou kunnen behoren, dient te worden uitgemaakt waar het zwaartepunt van de geregelde rechtsverhouding ligt.[11]

[11] Zie bijvoorbeeld: GwH 21 juni 2000, nr. 76/2000, B.4.1; GwH 11 december 2002, nr. 184/2002, B.7; GwH 28 juni 2006, nr. 109/2006, B.9.2.

‡LW-BGMUSDAFB-GICCBSQ‡

Voor zover de gehanteerde aanknopingspunten toelaten om te bepalen bij welke gemeenschap het zwaartepunt ligt en de verschillende gemeenschappen bovendien dezelfde aanknopingspunten hanteren, zal de regeling sluitend en in overeenstemming met de bevoegdheidsverdeling zijn.

13.2.1. Het basiscriterium opgenomen in het ontworpen artikel 176/3, § 2, van het Mediadecreet doet in dit opzicht geen probleem rijzen.

13.2.2. Ook de criteria voor aanbieders van videoplatformdiensten die gevestigd zijn buiten de Europese Unie (ontworpen artikel 176/3, §§ 3 en 4, van het Mediadecreet) lijken op het eerste gezicht voldoende aanknopingspunten in te houden met het territoriale toepassingsgebied zoals bepaald door artikel 127, § 2, van de Grondwet, omdat daar uiteindelijk een band wordt gevonden met ondernemingen gevestigd in het Nederlandse taalgebied alsmede ten aanzien van ondernemingen gevestigd in het tweetalige gebied Brussel-Hoofdstad.

Bij nader toezien rijzen evenwel toch een aantal problemen.

Indien de aanbieder van videoplatformdiensten geen moederonderneming of dochteronderneming heeft die gevestigd is in het Nederlandse taalgebied, of in het tweetalige gebied Brussel-Hoofdstad ingeval zijn activiteiten uitsluitend tot de Vlaamse Gemeenschap behoren, valt hij onder de bevoegdheid van de Vlaamse Gemeenschap “als hij deel uitmaakt van een groep en een andere onderneming van de groep gevestigd is in het Nederlandse taalgebied, of in het tweetalige gebied Brussel-Hoofdstad”. In dat laatste geval (de vestiging in het tweetalige gebied Brussel-Hoofdstad) wordt echter niet voorzien in een aanknopingspunt met de Vlaamse Gemeenschap. In het ontworpen artikel 176/3, § 3, ontbreekt aan het einde immers de toevoeging “en de activiteiten uitsluitend tot de Vlaamse Gemeenschap behoren”[12]. Hetzelfde geldt voor het ontworpen artikel 176/3, § 4, eerste en derde lid. Op deze punten is de ontworpen regeling derhalve in strijd met artikel 127, § 2, van de Grondwet.

Het is ook niet uitgesloten dat de aanbieder in België verschillende dochterondernemingen of andere ondernemingen heeft, die niet allemaal in het Nederlandse taalgebied of – voor zover de aanbieder wegens zijn activiteiten beschouwd kan worden uitsluitend te behoren tot de Vlaamse Gemeenschap – in het tweetalige gebied Brussel-Hoofdstad gevestigd zijn. Het is niet duidelijk welke gemeenschap in dat geval bevoegd geacht moet worden, zodat meerdere gemeenschappen bevoegd kunnen zijn. Dit spoort niet met het exclusiviteitsbeginsel dat als principe geldt binnen de Belgische staatsstructuur.

13.2.3. In het ontworpen artikel 176/3, § 5, worden situaties beoogd waarbij er geen moeder- of dochteronderneming is gevestigd in het Nederlandse taalgebied of in het tweetalige gebied Brussel-Hoofdstad. Toch valt de aanbieder van videoplatformdiensten in dat geval onder de bevoegdheid van de Vlaamse Gemeenschap “als een [dochteronderneming/andere onderneming van de groep] voor het eerst met haar activiteiten begon in het Nederlandse taalgebied, of in het tweetalige gebied Brussel-Hoofdstad (…) en de aanbieder van

[12] Dat zinsdeel slaat in het ontworpen artikel 176/3, § 2, op de aanbieder van videoplatformdiensten. Ook de erop volgende ontworpen bepalingen leest de Raad van State zo dat dat zinsdeel telkens betrekking heeft op de aanbieder van videoplatformdiensten.

‡LW-BGMUSDAFB-GICCBSQ‡

videoplatformdiensten een duurzame en reële band met de economie van de Vlaamse Gemeenschap heeft".

Aan de gemachtigde zijn daaromtrent een aantal vragen voorgelegd. De antwoorden luidden:

> "1. Uw eerste vraag luidde: in een scenario zoals in artikel 176/3, § 5 met verbonden ondernemingen in verschillende lidstaten, maar moeder en dochter buiten de EU - wat er gebeurt als er weliswaar een eerste activiteit in een lidstaat/gemeenschap wordt opgestart, maar die vervolgens in hoofdzaak verlegd is naar een andere lidstaat/gemeenschap waarmee later een duurzame band wordt opgebouwd?
>
> In dat verband houden wij de volgende redenering aan:
>
> ● Als een onderneming van een groep als eerste binnen de EU gestart is met activiteiten in lidstaat A, dan is lidstaat A bevoegd voor de aanbieder op voorwaarde dat de aanbieder een duurzame economische band heeft met de economie van lidstaat A
>
> ● Als deze onderneming gestart is in lidstaat A, maar later het zwaartepunt van zijn activiteiten verplaatst naar lidstaat B, dan blijft lidstaat A bevoegd voor de aanbieder op voorwaarde dat de aanbieder nog steeds een duurzame economische band heeft met de economie van lidstaat A
>
> ● Als deze onderneming gestart is in lidstaat A, maar later het zwaartepunt van zijn activiteiten verplaatst naar lidstaat B, en de aanbieder geen duurzame economische band meer heeft met de economie van lidstaat A, dan wordt de lidstaat bevoegd waar de tweede onderneming van de groep met activiteiten binnen de EU gestart is, op voorwaarde dat de aanbieder een duurzame economische band heeft met de economie van deze lidstaat
>
> ● Als een onderneming van een groep als eerste binnen de EU gestart is met activiteiten in de Vlaamse, Franse of Duitstalige Gemeenschap, dan is lidstaat België bevoegd voor de aanbieder op voorwaarde dat de aanbieder een duurzame economische band heeft met de economie van België. Vervolgens worden de bevoegdheidsverdelende regels binnen België toegepast: de Vlaamse Gemeenschap is bevoegd als de onderneming overeenkomstig artikel I.18, 4° van het Wetboek van economisch recht gevestigd is in het Nederlands taalgebied of in het tweetalige gebied Brussel-hoofdstad en de activiteiten uitsluitend tot de Vlaamse Gemeenschap behoren.
>
> ● Als de onderneming het zwaartepunt van zijn activiteiten verplaatst van de Vlaamse naar de Franse Gemeenschap, moeten opnieuw de interne bevoegdheidsverdelende regels binnen België worden toegepast.
>
> Conclusie: we zullen aan de Vlaamse Regering voorstellen om de passage 'en de aanbieder van videoplatformdiensten' te vervangen door 'mits de aanbieder van videoplatformdiensten' in art. 176/3, §5, lid 1 en 2.
>
> 2. Wanneer een videoplatformdienst wordt aangeboden zonder enige verbonden onderneming in de EU zal er inderdaad nergens jurisdictie zijn in de EU m.b.t. de aanbieder van het videoplatform op basis van de Audiovisuele Mediadiensten Richtlijn."

Het lijkt dus niet uitgesloten dat door de ontworpen regeling de Vlaamse Gemeenschap bevoegd is ook als de activiteiten van de dochteronderneming van de aanbieder niet langer in hoofdzaak op de Vlaamse Gemeenschap gericht zijn. Dat kan het geval zijn als de dochteronderneming met haar activiteiten voor het eerst begonnen is in het Nederlandse taalgebied, maar naderhand de focus vooral op een andere gemeenschap heeft gericht, zonder

‡LW-BGMUSDAFB-GICCBSQ‡

evenwel de band met de economie van de Vlaamse Gemeenschap helemaal los te laten. Niettegenstaande het zwaartepunt van de geregelde rechtsverhouding in dat geval bij die andere gemeenschap zal liggen, is het volgens de ontworpen regeling de Vlaamse Gemeenschap die bevoegd zal zijn.

Ook op dit punt lijkt het voorontwerp niet te sporen met de beginselen inzake de territoriale bevoegdheidsverdeling.

III. Regels inzake commerciële communicatie over tabaksproducten, geneesmiddelen en andere producten of diensten waarvoor de federale overheid bevoegd is

14. Het om advies voorgelegde voorontwerp van decreet bevat regels voor de commerciële communicatie inzake tabaksproducten (zie de artikelen 15, 17, 21 en 38 van het voorontwerp), geneesmiddelen en medische behandelingen (artikel 38), wapens (artikel 38), alcoholhoudende dranken (artikel 38), en suikerhoudend snoepgoed (artikel 38), alsook regels betreffende de bescherming van de consument (onder meer artikel 12, 5°).

14.1. Inzake het regelen van de commerciële communicatie over producten of diensten waarvoor de federale overheid bevoegd is en van de bescherming van de consument, heeft de Raad van State in het verleden een bevoegdheidsrechtelijk voorbehoud gemaakt. In advies 44.986/1/V bijvoorbeeld werd het volgende betoogd:

> "4.3. Verscheidene voorgelegde bepalingen regelen de commerciële communicatie i.v.m. tabak, geneesmiddelen en alcohol.
>
> Zo verbiedt artikel 62 van het ontwerp de commerciële communicatie voor sigaretten en andere tabaksproducten en verbiedt artikel 63 de commerciële communicatie voor geneesmiddelen voor menselijk gebruik en medische behandelingen voor menselijk gebruik die alleen op doktersvoorschrift verkrijgbaar zijn. Artikel 65 bepaalt op zijn beurt waaraan commerciële communicatie voor alcoholhoudende dranken moet voldoen.
>
> Volgens een vaste rechtspraak evenwel van het Grondwettelijk Hof vallen bepalingen die de reclame of sponsoring regelingen van dergelijke producten met het doel de volksgezondheid te beschermen onder de federale bevoegdheid inzake de regelgeving van de voedingswaren. Het Hof staat in zijn rechtspraak daarbij ook steeds strikt - afwijzend - tegenover de mogelijkheid voor de decreetgever om niettemin regelgevend op te treden op grond van artikel 10 BWHI[13]. De Raad van State beschikt niet over elementen

[13] *Voetnoot 17 van het aangehaalde advies*: Arresten van het Grondwettelijk Hof nr. 6/92 van 5 februari 1991, nr. 7/93 van 27 januari 1993, nr. 17/93 van 4 maart 1993, nr. 102/99 van 30 september 1999, nr. 109/2000 van 31 oktober 2000 en nr. 36/2001 van 13 maart 2001. In het arrest 36/2001 bijvoorbeeld oordeelde het Hof in de volgende bewoordingen afwijzend over de vraag of de aangelegenheid zich leent tot een gedifferentieerde regeling: "B.6.2. De gewesten die over de volheid van de bevoegdheid beschikken inzake de economische aangelegenheden, die in ieder geval het economisch expansiebeleid omvatten, dienen bij de uitoefening van die bevoegdheden rekening te houden met de aan de federale wetgever voorbehouden bevoegdheden. Indien elk gewest afzonderlijk maatregelen zou nemen waarvan het doel erin bestaat de aangelegenheid van zowel de sponsoring door tabak, producten op basis van tabak en soortgelijke producten, als de reclame in verband met die producten en met de producten van merken die met de genoemde producten zijn verbonden, te moduleren, zou daaruit voortvloeien dat het desbetreffende federale verbod verschillend zou worden toegepast in de onderscheiden gewesten, hetgeen zou indruisen tegen artikel 6, § 1, VI, derde lid, van de bijzondere wet van 8 augustus 1980. Immers, zoals blijkt uit de desbetreffende parlementaire voorbereiding, heeft de bijzondere wetgever 'omwille van de vrijwaring van de economische unie en de monetaire eenheid en de bescherming van de volksgezondheid' (*Parl. St.*, Senaat, 1992-1993, nr. 558-1, p. 23),

‡LW-BGMUSDAFB-GICCBSQ‡

in feite of in rechte die voor een nieuwe invalshoek kunnen zorgen en erop kunnen wijzen dat deze rechtspraak niet langer zou worden gevolgd.

In het licht van deze rechtspraak moet worden besloten dat de decreetgever niet bevoegd is voor de regeling zoals vastgelegd in de artikelen 62, 63, en 65 van het ontwerp. Bovendien lijkt de voorvermelde redenering van toepassing te zijn op de regeling van artikel 66 in verband met suikerhoudend snoepgoed, van artikel 73 die bepaalt dat commerciële communicatie voor kinderen en jongeren geen buitensporig verbruik mag aanmoedigen of vergoelijken van voedingsmiddelen en dranken die stoffen bevatten waarvan een overmatig gebruik niet aanbevolen is (zoals vetten, transvetzuren, zout of natrium en suikers), van artikel 79 (reclame voor alcoholhoudende dranken in kinderprogramma's), van artikel 80 (telewinkelen met betrekking tot geneesmiddelen), van artikel 85 (radioverbod reclame voor alcoholhoudende dranken in reclameblok voor of na kinderprogramma's), van de artikelen 87-90 (verbod van sponsoring ivm tabaksproducten, alcoholhoudende dranken en geneesmiddelen) en artikel 97 (verbod productplaatsing tabaksproducten, sigaretten en geneesmiddelen). Voor zover deze bepalingen de omzetting beogen van de richtlijn Audiovisuele Mediadiensten zal de federale overheid gelijkaardige bepalingen moeten uitvaardigen.

4.4. Artikel 58 bepaalt dat commerciële communicatie de consument niet mag misleiden omtrent een aantal opgesomde eigenschappen. Deze bepaling lijkt vooral de consument - kijker of luisteraar - te willen beschermen.

Overeenkomstig artikel 6, § 1, VI, vierde lid, BWHI is de federale overheid bevoegd om de algemene regels vast te stellen inzake de bescherming van de verbruiker. De gewesten kunnen dit regelgevend kader wel aanvullen (artikel 1 van het ontwerp stelt immers enkel dat het decreet een gemeenschapsaangelegenheid regelt). Een mogelijke toepassing van artikel 10 BWHI daargelaten, is de Vlaamse Gemeenschap niet bevoegd om regels vast te stellen betreffende de bescherming van de consument[14] „[15].

Er wordt opnieuw verwezen naar dat bevoegdheidsrechtelijk voorbehoud.

14.2. Men zou echter kunnen betogen, op grond van arrest nr. 70/2013 van het Grondwettelijk Hof, dat de gemeenschappen principieel bevoegd zijn voor de reclameregels in dit verband. In dat arrest heeft het Hof een van de federale wetgever uitgaand verbod op reclame in reality-tv-uitzendingen voor ingrepen van medische esthetiek aanvaard, op grond van de overweging dat "[r]ekening houdend met de zeer beperkte draagwijdte van het verbod, (…) de maatregel niet op onevenredige wijze afbreuk [doet] aan de bevoegdheid van de gemeenschappen om de radio-omroep en televisie te regelen".[16]

---

niet gewild dat de reglementering van de betrokken producten over verscheidene overheden zou worden gesplitst. De betrokken aangelegenheid leent zich bijgevolg niet tot een gedifferentieerde regeling, zodat niet is voldaan aan de voorwaarden van artikel 10 van de bijzondere wet van 8 augustus 1980".

[14] *Voetnoot 18 van het aangehaalde advies*: In ondergeschikte orde stelt de Raad van State overigens vast dat de definitie die in het ontwerp wordt opgenomen voor misleidende commerciële reclame, niet is afgestemd op de definitie in artikel 2, b), van de richtlijn 2006/114/EG inzake misleidende reclame en vergelijkende reclame. Vooral het feit dat in het ontwerp zekerheid wordt vereist omtrent de onjuiste voorstelling die gewekt zal worden ("een onjuiste voorstelling zal wekken") lijkt niet in overeenstemming met de richtlijn, die enkel vereist dat die kan misleiden, kan beïnvloeden of schade kan toebrengen. Ook op andere punten zijn er verschillen.

[15] Adv.RvS 44.986/1/V van 10 september 2008 over een voorontwerp dat heeft geleid tot het Mediadecreet, opmerkingen 4.3 en 4.4, *Parl.St.* Vl.Parl. 2008-09, nr. 2014/1, 159-161.

[16] GwH 22 mei 2013, nr. 70/2013, B.6.

‡LW-BGMUSDAFB-GICCBSQ‡

Voor zover uit dat arrest van het Grondwettelijk Hof zou kunnen worden afgeleid dat het Hof daarmee zijn traditionele standpunt dat de gemeenschappen ter zake niet bevoegd zijn,[17] heeft verlaten, zou het bevoegdheidsrechtelijke bezwaar dan niet meer opgaan. De Raad van State, afdeling Wetgeving, kan zich daarover door tijdsgebrek niet uitspreken binnen het bestek van deze adviesaanvraag.

VORMVEREISTEN

15. Aan de gemachtigde is gevraagd of het voorontwerp aan de Gegevensbeschermingsautoriteit is voorgelegd, gelet op de bepalingen die het verwerken van persoonsgegevens van minderjarigen verbieden (zie bijvoorbeeld het ontworpen artikel 42, laatste lid, van het Mediadecreet – artikel 7 van het voorontwerp).

De gemachtigde antwoordde ontkennend:

> "- Het advies van de Gegevensbeschermingsautoriteit werd niet gevraagd. Er wordt in voorliggend ontwerp van decreet geen verwerking van persoonsgegevens georganiseerd of toegestaan.
>
> - Integendeel, in artikel 42, laatste lid, artikel 176/4, §2, tweede lid, artikel 176/6 §1, tweede lid en artikel 183/1 Mediadecreet wordt gesteld dat persoonsgegevens van minderjarigen die televisieomroeporganisaties en aanbieders van videoplatformdiensten verzamelen met toepassing van die artikelen niet mogen worden verwerkt voor commerciële doeleinden."

Daarmee kan niet worden ingestemd. Uit artikel 36, lid 4, van verordening (EU) 2016/679 van het Europees Parlement en de Raad van 27 april 2016 'betreffende de bescherming van natuurlijke personen in verband met de verwerking van persoonsgegevens en betreffende het vrije verkeer van die gegevens en tot intrekking van Richtlijn 95/46/EG (algemene verordening gegevensbescherming)' volgt dat de lidstaat de toezichthoudende autoriteit moet raadplegen bij het opstellen van "een voorstel voor een door een nationaal parlement vast te stellen wetgevingsmaatregel (…) in verband met verwerking". Ook een verbod op de verwerking van persoonsgegevens is een maatregel "in verband met verwerking". In dit geval gaat het overigens slechts om een gedeeltelijk verbod, beperkt tot bepaalde categorieën.

Over het voorontwerp zal de Gegevensbeschermingsautoriteit dus nog moeten worden geraadpleegd.

Indien de aan de Raad van State voorgelegde tekst ten gevolge van het inwinnen van het voornoemde advies nog wijzigingen zou ondergaan, moeten de gewijzigde of toegevoegde bepalingen, ter inachtneming van het voorschrift van artikel 3, § 1, eerste lid, van de wetten op de Raad van State, aan de afdeling Wetgeving worden voorgelegd.

[17] Zie GwH 31 oktober 2000, nr. 109/2000, waarbij het Grondwettelijk Hof een reeks artikelen van het decreet van de Franse Gemeenschap van 4 januari 1999 'modifiant le décret du 17 juillet 1987 sur l'audiovisuel et assurant la transposition de la Directive 97/36/CE du 30 juin 1997 et de la Directive 95/47/CE du 24 octobre 1995' vernietigde "in zoverre zij bepalingen bevatten die betrekking hebben op de reclame voor tabak, alcohol, geneesmiddelen en medische behandelingen".

‡LW-BGMUSDAFB-GICCBSQ‡

ALGEMENE OPMERKINGEN

I. De notie ‘videoplatformdienst’ en de afbakening ervan

16.1. De term ‘videoplatformdienst’ wordt in het ontworpen artikel 2, 45°/1, van het Mediadecreet (artikel 3, 10°, van het voorontwerp) omschreven als “een dienst als vermeld in artikel 56 en 57 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie, waarbij het hoofddoel van de dienst, een daarvan losstaand gedeelte of een essentiële functie daarvan bestaat in het aanbieden van programma’s, door gebruikers gegenereerde inhoud, of beide, aan het algemene publiek, waarvoor de aanbieder van het videoplatform geen redactionele verantwoordelijkheid draagt, ter informatie, vermaak of educatie via elektronische communicatienetwerken en waarvan de organisatie wordt bepaald door de aanbieder van het videoplatform, onder meer met automatische middelen of algoritmen, namelijk door weergeven, taggen en rangschikken”.

16.2. Aan de gemachtigde is om nadere uitleg gevraagd over wat geacht kan worden daaronder te vallen.

Die omschrijving lijkt niet enkel betrekking te hebben op zuivere videoplatformen (voorbeelden daarvan zijn *TikTok* en *YouTube*), maar ook op sociale mediaplatformen (*Facebook* is daar een voorbeeld van). Hoewel de meeste van die diensten niet als dusdanig onder de bevoegdheid van de Vlaamse Regulator voor de Media zullen vallen, is die verduidelijking van belang omdat de regulator wel een rol kan spelen door het overmaken van eventuele klachten aan de regulerende instantie van een andere EU-lidstaat, zoals de gemachtigde verduidelijkte:

> “- Sociale mediadiensten vallen onder de toepassing van het Mediadecreet voor zover en in de mate dat zij voldoen aan de definitie van videoplatformdienst in het ontworpen artikel 2, 45°/1 van het Mediadecreet: *een dienst als vermeld in artikel 56 en 57 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie, waarbij het hoofddoel van de dienst, een daarvan losstaand gedeelte of een essentiële functie daarvan bestaat in het aanbieden van programma’s, door gebruikers gegenereerde inhoud, of beide, aan het algemene publiek, waarvoor de aanbieder van het videoplatform geen redactionele verantwoordelijkheid draagt, ter informatie, vermaak of educatie via elektronische communicatienetwerken en waarvan de organisatie wordt bepaald door de aanbieder van het videoplatform, onder meer met automatische middelen of algoritmen, namelijk door weergeven, taggen en rangschikken*
>
> - Een sociale mediadienst zal dus met toepassing van het Mediadecreet gekwalificeerd worden als videoplatformdienst indien de levering van programma’s en door gebruikers gegenereerde inhoud een essentiële functie van die dienst vormen. (supra)
>
> - In de praktijk vallen de meeste videoplatformdiensten niet onder bevoegdheid van de Vlaamse Gemeenschap omdat zij niet gevestigd zijn in het Nederlands taalgebied of in het tweetalige gebied Brussel-hoofdstad en de activiteiten uitsluitend tot de Vlaamse Gemeenschap behoren. In dat geval bezorgt de Vlaamse Regulator voor de Media eventuele klachten of opmerkingen aan de nationale regulerende instantie of het nationale regulerende orgaan van de bevoegde lidstaat (cfr. Ontworpen artikel 176/8).”

‡LW-BGMUSDAFB-GICCBSQ‡

16.3. Aan de gemachtigde is bovendien gevraagd of diensten als Netflix, Streamz, Disney+ of VRT Nu onder de definitie van videoplatformdienst vallen, maar de gemachtigde ontkende dat:

> "Netflix, Streamz, Disney+ en VRT Nu zijn geen aanbieders van videoplatformdiensten maar aanbieders van niet-lineaire televisiediensten (art. 2, 24° Mediadecreet). Zij bieden geen door gebruikers gegenereerde inhoud aan, maar wel een omroepdienst die de gebruiker de mogelijkheid biedt om audiovisuele programma's te bekijken op zijn individuele verzoek en op het door hem gekozen moment op basis van een door de omroeporganisatie geselecteerde programmacatalogus."

Dat legt een dubbelzinnigheid bloot in de definitie van videoplatformdienst met betrekking tot het verschil met niet-lineaire omroepdiensten. Volgens het ontworpen artikel 2, 45°/1, van het Mediadecreet kan een videoplatformdienst immers ook programma's aanbieden – de dienst bestaat uit het aanbieden van "programma's, door gebruikers gegenereerde inhoud, of beide" –, zodat zelfs een platform dat geen door gebruikers gegenereerde inhoud aanbiedt toch een videoplatformdienst zou kunnen zijn. Het onderscheidend criterium lijkt dan veeleer te zijn dat het gaat om inhoud "waarvoor de aanbieder van het videoplatform geen redactionele verantwoordelijkheid draagt", zoals de gemachtigde verduidelijkte:

> "- Televisiediensten en videoplatformdiensten zijn juridisch andere soorten diensten. Beiden zijn omroepactiviteiten in de zin van artikel 2, 25°, maar:
>
> o Een niet-lineaire televisiedienst is een audiovisuele omroepdienst (art. 2, 43° Mediadecreet), en dus gaat het om (ontworpen artikel 2, 26°) een *'a) dienst als vermeld in artikel 56 en 57 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie, die valt onder de redactionele verantwoordelijkheid van een omroeporganisatie, waarbij het hoofddoel van de dienst of een losstaand gedeelte daarvan bestaat uit audiovisuele of auditieve programma's leveren voor het algemene publiek ter informatie, vermaak, educatie of met culturele inslag, door middel van elektronische communicatienetwerken; Omroepdiensten zijn radiodiensten of televisiediensten; b) de commerciële communicatie'*.
>
> o Een videoplatformdienst is (ontworpen artikel 2, 45°/1) *'een dienst als vermeld in artikel 56 en 57 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie, waarbij het hoofddoel van de dienst, een daarvan losstaand gedeelte of een essentiële functie daarvan bestaat in het aanbieden van programma's, door gebruikers gegenereerde inhoud, of beide, aan het algemene publiek, waarvoor de aanbieder van het videoplatform geen redactionele verantwoordelijkheid draagt, ter informatie, vermaak of educatie via elektronische communicatienetwerken en waarvan de organisatie wordt bepaald door de aanbieder van het videoplatform, onder meer met automatische middelen of algoritmen, namelijk door weergeven, taggen en rangschikken'*.
>
> - Niet-lineaire televisiediensten zijn onderworpen aan de regels voor omroepactiviteiten, voor televisiediensten en voor particuliere niet-lineaire televisiediensten.
>
> - Videoplatformdiensten vallen onder de regels voor omroepactiviteiten en onder de specifieke regels voor videoplatformdiensten in deel III/1."

‡LW-BGMUSDAFB-GICCBSQ‡

Het is echter onduidelijk hoe het kan dat een videoplatform dat alleen programma's en geen door gebruikers gegenereerde inhoud aanbiedt, voor die programmatie geen redactionele verantwoordelijkheid zou dragen. In het ontworpen artikel 2, 31°, van het Mediadecreet (artikel 3, 7°, van het voorontwerp) wordt 'programma' omschreven als "een reeks bewegende beelden, al dan niet met geluid, of een reeks van klanken of geluiden, die ongeacht de duur ervan, een afzonderlijk element vormt van een schema opgesteld door een omroeporganisatie of een catalogus opgesteld door een omroeporganisatie, met inbegrip van bioscoopfilms, videoclips, sportevenementen, komische series, documentaires, kinderprogramma's en origineel drama".

De vraag blijft dus waar de grens getrokken moet worden. Het staat bijgevolg aan de stellers van het voorontwerp om te verduidelijken, minstens in de memorie van toelichting, wat niet-lineaire omroepdiensten en videoplatformdiensten van elkaar onderscheidt, inzonderheid ook in het geval dat het gaat om een videoplatformdienst die enkel programma's aanbiedt.

16.4. Op de vraag of ook de platforms van onderwijsinstellingen onder de definitie vallen, antwoordde de gemachtigde ontkennend:

> "Platformen van scholen en universiteiten om lessen aan te bieden vallen niet onder de definitie van videoplatformdiensten. Zij zijn immers niet gericht op 'het algemene publiek', enkel op scholieren of studenten die de lessen moeten volgen."

Bepaalde van die platforms stellen die opnames echter ook ter beschikking van gebruikers buiten de onderwijsinstelling, zodat zij dan wel onder de regeling zouden vallen.

Een en ander wordt het best verduidelijkt in de memorie van toelichting.

16.5. De gemachtigde verduidelijkte verder ook dat blogsites, ook als ze toelaten om videobeelden in te sluiten (*embedden*), in beginsel niet als videoplatformdiensten zullen worden aangemerkt:

> "Blogsites waar voornamelijk tekst wordt gepost maar die toelaten om video te embedden, zullen in principe niet worden gekwalificeerd als videoplatformdiensten. Het aanbieden van programma's (nl. een reeks bewegende beelden, al dan niet met geluid, of een reeks van klanken of geluiden) en/of door gebruikers gegenereerde inhoud (een reeks bewegende beelden, al dan niet met geluid, of een reeks van klanken of geluiden) is niet het hoofddoel van deze blogspots, en is ook niet het hoofddoel van een losstaand onderdeel van deze blogspot en is niet een essentiële functie van deze blogspot."

Ook die toelichting wordt het best verwerkt in de memorie van toelichting.

II. De verhouding tussen videoplatformdiensten en omroepactiviteiten

17. In de memorie van toelichting wordt het volgende gesteld:

> "Aangezien een videoplatformdienst een omroepactiviteit is, zoals bepaald in artikel 2, 25° van het Mediadecreet, zijn artikel 37 en artikel 38 van het Mediadecreet van toepassing op videoplatformdiensten."

‡LW-BGMUSDAFB-GICCBSQ‡

Dat is verrassend, nu het gaat om bepalingen die in deel III (“Radio-omroep en televisie”) van het Mediadecreet zijn opgenomen en niet in het nieuwe deel III/1 dat handelt over videoplatformdiensten. Bovendien bevat het ontworpen artikel 176/4, § 1, 2° en 3°, van het Mediadecreet (artikel 37 van het voorontwerp) een regeling die te vergelijken is met de regeling van het ontworpen artikel 38 van het Mediadecreet (artikel 4 van het voorontwerp).

Indien het de bedoeling is om de activiteiten van videoplatformdiensten als omroepactiviteiten te beschouwen in de zin van artikel 2, 25°, van het Mediadecreet, rijst de vraag of in de definitie van het begrip ‘omroepactiviteit’ de laatste zin (“Omroepactiviteit wordt ook wel radio-omroep en televisie genoemd”) niet moet worden weggelaten.

De gemachtigde antwoordde als volgt:

> “- Een videoplatformdienst is een omroepactiviteit in de zin van artikel 2, 25° Mediadecreet, net zoals een omroepdienst ook een omroepactiviteit is.
>
> - Het gaat om 2 verschillende soorten omroepactiviteiten, waarbij telkens sprake is van het ter beschikking stellen van bewegende beelden, al dan niet met geluid, of van een reeks van klanken of geluiden, bestemd voor het algemeen publiek of een deel ervan.”

Een actualisering van het begrip ‘omroepactiviteit’ dringt zich dan ook op. Niet enkel is het concept ‘radio-omroep en televisie’ als alternatief voor ‘omroepactiviteit’ te eng, maar het botst ook met de afbakening tussen deel III en het ontworpen deel III/1 van het Mediadecreet.

In dat verband is gevraagd om die verhouding te verduidelijken. De gemachtigde reageerde als volgt:

> “- Videoplatformdiensten zijn omroepactiviteiten, in de zin van artikel 2, 25° Mediadecreet (supra). De artikelen 37 en 38 Mediadecreet (Titel I. Bepalingen over omroepactiviteiten) zijn dus van toepassing op videoplatformdiensten.
>
> - Het hele deel III ‘Radio-omroep en televisie’ is niet van toepassing op videoplatformen, aangezien videoplatformen geen omroepdiensten zijn, noch radiodiensten noch televisiediensten.
>
> - Voor de duidelijkheid en om alle verwarring uit te sluiten, is het aangewezen om de regels voor videoplatformdiensten van deel III/1 onder te brengen in een titel V Videoplatformdiensten, onder deel III Radio-omroep en televisie. Op die manier is de toepasselijkheid van de artikelen 37 en 38 Mediadecreet op videoplatformdiensten ook meteen duidelijk. Een aanpassing in die zin zal aan de Vlaamse Regering worden voorgelegd.”

Die suggestie zou er inderdaad toe leiden dat videoplatformdiensten onder de artikelen 37 en 38 van het Mediadecreet vallen. Niettemin zijn daarmee niet alle problemen van de baan.

‡LW-BGMUSDAFB-GICCBSQ‡

In de eerste plaats zou het opschrift van deel III het best worden vervangen door de term ‘Omroepactiviteiten’. In de definitie van omroepactiviteiten in artikel 2, 25°, van het Mediadecreet zou bovendien de laatste zin het best worden weggelaten, in afwachting van een bredere terminologische schoonmaak in het Mediadecreet.[18]

In de tweede plaats moet worden opgemerkt dat er zo een gedeeltelijke overlapping dreigt te ontstaan tussen het ontworpen artikel 38 van het Mediadecreet en het ontworpen artikel 176/4, § 1, 2° en 3°, van het Mediadecreet. Om te vermijden dat er twee concurrerende regimes zouden ontstaan, wordt in die laatste bepalingen het best zoveel mogelijk verwezen naar artikel 38.

Ten slotte is de vraag of ook andere horizontale bepalingen dan niet moeten worden opgenomen in titel I van deel III. Te denken valt bijvoorbeeld aan de omzetting van artikel 6*bis* van richtlijn 2010/13/EU (bescherming van minderjarigen), waarvoor nu in het ontworpen artikel 42 (voor lineaire en niet-lineaire televisiediensten) en in het ontworpen artikel 176/4, § 1, 1° (voor videoplatformdiensten) van het Mediadecreet in verschillende regimes wordt voorzien, terwijl een regeling lijkt te ontbreken voor de radio-omroep, in strijd met de richtlijn.[19]

III. Voorwerp van de rechtspersoon

18.1. In de ontworpen artikelen 149, § 1, 1°, 150, § 1, 163, eerste lid, 174, eerste lid, en 176/1 van het Mediadecreet (artikelen 22, 23, 29, 30 en 34 van het voorontwerp) wordt respectievelijk vereist dat het “maatschappelijk doel” (lees: voorwerp) van de rechtspersoon bestaat in “het aanbieden van radiodiensten via een kabelomroepnetwerk, een etheromroepnetwerk, een satellietomroepnetwerk of via het internet”, “het verzorgen van niet-lineaire radiodiensten”, “het verzorgen van lineaire televisiediensten”, “het verzorgen van niet-lineaire televisiediensten, inzonderheid op digitale wijze”, of het “aanbieden van videoplatformdiensten”.

Aan de gemachtigde is gevraagd of dit gaat om een voorafgaande (*ex ante*) voorwaarde om dergelijke diensten te mogen aanbieden, hoe expliciet dit moet worden bepaald rekening houdend met het feit dat mediabedrijven mogelijk meerdere van die activiteiten willen ontplooien, en wat er gebeurt met instellingen – bijvoorbeeld universiteiten – die dergelijke diensten zouden aanbieden.

[18] In dat verband kan de decreetgever inspiratie vinden in het voorontwerp van decreet van de Duitstalige Gemeenschap ‘über die Mediendienste und die Kinovorstellungen’, waarover de afdeling Wetgeving op 16 december 2020 advies 68.213/3 heeft gegeven, dat een eenvormige terminologie beoogt in te voeren.

[19] Die bepaling gaat immers verder dan enkel beelden van pornografie of extreem geweld, maar omvat alle “audiovisuele mediadiensten die de lichamelijke, geestelijke of morele ontwikkeling van minderjarigen zouden kunnen aantasten” als ze die “te horen of te zien” zouden krijgen.

‡LW-BGMUSDAFB-GICCBSQ‡

Het antwoord van de gemachtigde luidde:

"- Een voorwaarde voor het aanbieden van videoplatformdiensten in Vlaanderen is inderdaad dat het maatschappelijk doel van de aanbieder bestaat in het aanbieden van videoplatformdiensten. Deze voorwaarde moet verzekeren dat de activiteit van de aanbieder een ernstige werking inhoudt op de lange termijn, en niet vrijblijvend is. Universiteiten zijn in principe geen aanbieders van videoplatformdiensten. Mochten zij deze activiteit toch willen uitoefenen, dan moeten zij dit opnemen in hun maatschappelijk doel.

- Het aanbieden van videoplatformdiensten moet niet letterlijk zijn opgenomen in het maatschappelijk doel. Andere formuleringen die ondubbelzinnig op deze activiteit wijzen zullen ook aanvaard worden, bijvoorbeeld 'het aanbieden van radio-, televisie en aanverwante diensten' of 'het verspreiden van audiovisuele content naar het algemeen publiek'. Bij betwisting zal de VRM oordelen of het maatschappelijk doel correct geformuleerd is."

Gelet op de vaagheid van de formuleringen die volgens de uitleg van de gemachtigde aanvaardbaar zullen worden geacht, is de meerwaarde van deze bepaling niet duidelijk. Uit het federale Wetboek van vennootschappen en verenigingen volgt immers reeds dat het voorwerp van de rechtspersoon in de statuten moet worden opgenomen.[20]

18.2. Behalve in het ontworpen artikel 149, § 1, 1°, van het Mediadecreet wordt daar telkens nog de volgende zin aan toegevoegd:

"De rechtspersoon kan alle activiteiten verrichten die rechtstreeks of onrechtstreeks aansluiten bij de verwezenlijking van zijn maatschappelijke doel."

Aan de gemachtigde is gevraagd de draagwijdte van die bepaling te verduidelijken en aan te geven of daarmee een verplichting wordt opgelegd die niet reeds voortvloeit uit het Wetboek van vennootschappen en verenigingen.

De gemachtigde antwoordde daar het volgende op:

"Het maatschappelijk doel van een vennootschap omvat alle activiteiten die een vennootschap kon verrichten, het omvat de specifieke bedrijvigheid zoals vermeld in de oprichtingsakte. Elke handeling die in redelijkheid kan worden geacht nodig of dienstig te zijn tot verwezenlijking van het doel van de vennootschap, kan worden beschouwd als te situeren binnen het doel van de vennootschap. Dit wordt nogmaals geëxpliciteerd in het Mediadecreet."

Daaruit lijkt te moeten worden afgeleid dat die bepaling geen meerwaarde heeft. Als dat effectief zo is, dient ze te worden weggelaten. In het andere geval moet ze worden verduidelijkt.

[20] Zie o.m. de artikelen 2:5, § 1, derde lid, en 2:8, § 2, 12°, van het Wetboek van vennootschappen en verenigingen.

‡LW-BGMUSDAFB-GICCBSQ‡

IV. Verbod op de verwerking van persoonsgegevens van minderjarigen

19.1. Een aantal bepalingen van het voorontwerp, namelijk de ontworpen artikelen 42, laatste lid, 176/4, § 2, tweede lid, 176/6, § 1, tweede lid, en 183/1 van het Mediadecreet (artikelen 7, 37, 39 en 43 van het voorontwerp) houden een verbod op het verwerken van persoonsgegevens van minderjarigen in. Aan de gemachtigde is gevraagd of daaruit *a contrario* mag worden afgeleid dat andere verwerkingen – en dus ook de verwerking van persoonsgegevens van volwassenen – toegestaan zijn.

Het antwoord van de gemachtigde luidde:

> "- In Verordening (EU) 2016/679 van het Europees Parlement en de Raad (GDPR) wordt onderkend dat kinderen specifieke bescherming behoeven in verband met de verwerking van hun persoonsgegevens. Het instellen van kinderbeschermingsmechanismen door aanbieders van mediadiensten of door aanbieders van videoplatformdiensten leidt onvermijdelijk tot de verwerking van de persoonsgegevens van minderjarigen. Aangezien die mechanismen zijn gericht op het beschermen van kinderen, mogen persoonsgegevens van minderjarigen die in het kader van technische kinderbeschermingsmaatregelen worden verwerkt, niet voor commerciële doeleinden worden gebruikt (zie overweging 21 AVMD 2018).
>
> - De verwerking van persoonsgegevens van volwassenen is onderworpen aan de GDPR en aan de wet van 30 juli 2018 betreffende de bescherming van natuurlijke personen met betrekking tot de verwerking van persoonsgegevens."

19.2. In het ontworpen artikel 183/1 van het Mediadecreet wordt het verbod niet beperkt tot de verwerking van persoonsgegevens van minderjarigen "voor commerciële doeleinden". Aldus houdt die bepaling een totaalverbod in voor de verwerking van persoonsgegevens van minderjarigen die de dienstenverleners verzamelen in het kader van de leeftijdscontrole.

Die gegevensverzameling heeft echter slechts zin als die gegevens vervolgens wel mogen worden verwerkt in het kader van die leeftijdscontrole. Ook in die ontworpen bepaling zou dus moeten worden toegevoegd dat het verbod slaat op de gegevensverwerking voor commerciële doeleinden. De gemachtigde is het daarmee eens:

> "- Art. 4.2 GDPR definieert de 'verwerking' van persoonsgegevens als: 'een bewerking of een geheel van bewerkingen met betrekking tot persoonsgegevens of een geheel van persoonsgegevens, al dan niet uitgevoerd via geautomatiseerde procedés, zoals het verzamelen, vastleggen, ordenen, structureren, opslaan, bijwerken of wijzigen, opvragen, raadplegen, gebruiken, verstrekken door middel van doorzending, verspreiden of op andere wijze ter beschikking stellen, aligneren of combineren, afschermen, wissen of vernietigen van gegevens'.
>
> - Door het uitrollen van instrumenten voor leeftijdscontrole of andere technische maatregelen die dienstenverdelers treffen om ervoor te zorgen dat minderjarigen bepaalde programma's niet kunnen horen of zien, doen dienstenverdelers inderdaad per definitie aan gegevensverwerking in de zin van de GDPR.
>
> - Het toevoegen van de passage 'voor andere doeleinden dan het implementeren van die leeftijdscontrole of andere technische maatregelen' kan verduidelijken dat de gegevensverwerking door de dienstenverdelers niet verder kan gaan dan dit.

‡LW-BGMUSDAFB-GICCBSQ‡

- Een aanpassing van de tekst in die zin zal voorgelegd worden aan de Vlaamse Regering."

Bijgevolg lijkt artikel 183/1 veeleer te moeten luiden als volgt:

"Dienstenverdelers zoals bepaald in artikel 177, eerste lid, van dit decreet mogen geen persoonsgegevens van minderjarigen verwerken die ze verzamelen in uitvoering van instrumenten voor leeftijdscontrole of andere technische maatregelen die zij treffen om ervoor te zorgen dat minderjarigen programma's die hun lichamelijke, geestelijke of morele ontwikkeling zouden kunnen aantasten normaliter niet te horen of te zien krijgen, *voor andere doeleinden dan de correcte toepassing van die instrumenten of andere technische maatregelen*."

ONDERZOEK VAN DE TEKST

Artikel 4

20. De opsomming in het ontworpen artikel 38 van het Mediadecreet is een getrouwe omzetting van artikel 6 van de AVMD-richtlijn. Niettemin moet worden opgemerkt dat, in tegenstelling tot wat wordt voorgehouden in de memorie van toelichting, dit geen uitbreiding maar veeleer een beperking is ten opzichte van het geldende artikel 38 van het Mediadecreet dat het aansporen tot haat en geweld in het algemeen verbiedt.

De gemachtigde gaf hierbij de volgende toelichting:

"- Omwille van de rechtszekerheid is ervoor gekozen om de gronden voor aanzetten tot geweld of haat te expliciteren, door deze uit artikel 21 van het Handvest te hernemen.

(…)

- Het gaat om een ruime opsomming, maar er kunnen inderdaad mogelijk gronden voor het aanzetten tot haat bestaan die hier niet zijn in opgenomen. Om die reden is het inderdaad aangewezen om in het ontworpen artikel 38, 1° de woorden 'in het bijzonder' in te voegen tussen 'personen' en 'op grond van'. Een aanpassing in die zin zal aan de Vlaamse Regering worden voorgelegd."

Daarmee kan worden ingestemd.

Artikel 6

21. In de inleidende zin van artikel 6 van het voorontwerp dient de datum "19 juli 2019" vervangen te worden door de datum "8 mei 2020".

Deze opmerking geldt eveneens voor de artikelen 10, 18, 27, 33, 34, 35, 36, 37, 38, 39, 40, 41, 42, 43 en 48 van het voorontwerp.

‡LW-BGMUSDAFB-GICCBSQ‡

22. Het ontworpen artikel 40/1, § 1, eerste lid, van het Mediadecreet bevat als voorwaarde dat "al minstens twee keer een inbreuk [moet zijn] gepleegd op dezelfde bepalingen waarover de Vlaamse Regulator voor de Media zich uitspreekt". In het eerste geval (1°: "als dat een duidelijke, belangrijke en ernstige inbreuk vormt op de bepalingen vermeld in artikel 38, 1°, of artikel 42, eerste lid") is het duidelijk om welke inbreuken het gaat, maar dat is niet zo voor het tweede geval (2°: "als dat afbreuk doet aan de volksgezondheid of een belangrijk en ernstig risico daarop vormt"). Afbreuk doen aan de volksgezondheid is immers niet hetzelfde als "een inbreuk [plegen]". Hetzelfde geldt *mutatis mutandis* voor het ontworpen artikel 40/1, § 2, van het Mediadecreet.

De gemachtigde verduidelijkte de draagwijdte als volgt:

"- Het ontworpen artikel 40/1 §1 Mediadecreet is een letterlijke omzetting van artikel 3 van AVMD (2010), zoals gewijzigd door artikel 1.4 AVMD (2018). Daarin wordt een uitzonderingsregime omschreven waarin de lidstaten kunnen afwijken van het vrij verkeer van diensten.

- De aparte uitzonderingsregimes voor lineaire en niet-lineaire diensten in AVMD(2010) zijn in AVMD (2018) vervangen door één regime voor alle audiovisuele mediadiensten.

- De verwijzing in artikel 1.4 AVMD (2018) en in het ontworpen artikel 40/1 §1 Mediadecreet naar het geval waarin de aanbieder van een mediadienst (of een televisieomroeporganisatie) afbreuk doet aan de volksgezondheid of een belangrijk en ernstig risico daarop vormt, bestond reeds voor het uitzonderingsregime dat van toepassing was op de niet-lineaire diensten (zie artikel 3.4.a) van de richtlijn AVMD (2010) voor wijziging door AVMD (2018) en het huidig artikel 176 Mediadecreet.

- Dit artikel 176 werd in het Mediadecreet ingevoegd bij decreet van 27 maart 2009. Over dit artikel werd door de Raad van State geen opmerking gemaakt in zijn advies nr. 44.986/1/V.

- Het ontworpen artikel 40/1 §2 Mediadecreet is een letterlijke omzetting van het nieuwe artikel 3.3 AVMD (2010). Ook de verwijzing naar het afbreuk doen aan de openbare veiligheid, met inbegrip van de bescherming van de nationale veiligheid en defensie, bestond reeds voor de niet-lineaire diensten in oude artikel 3.4.a van AVMD (2010) en in het huidige artikel 176 Mediadecreet."

De vergelijking met het geldende artikel 176 van het Mediadecreet gaat niet op, want die bepaling is anders geformuleerd.

Het is evident dat de stellers met de ontworpen bepaling proberen correct uitvoering te geven aan artikel 3, lid 2 en lid 3, van de AVMD-richtlijn, maar het probleem ontstaat net doordat het – in tegenstelling tot wat de gemachtigde voorhoudt – geen letterlijke omzetting betreft. De verwarrende zinsnede "al minstens twee keer een inbreuk gepleegd op dezelfde bepalingen waarover de Vlaamse Regulator voor de Media zich uitspreekt" stamt niet uit de richtlijn, maar lijkt het ongelukkige resultaat van een poging in het ontworpen artikel 40/1, § 1, eerste lid, van het Mediadecreet om de eerste en tweede alinea van artikel 3, lid 2, van de AVMD-richtlijn in een enkele zin en in omgekeerde volgorde om te zetten, waardoor de verwijzing in die zinsnede in het ijle blijft hangen. Op dezelfde wijze probeert men in het

‡LW-BGMUSDAFB-GICCBSQ‡

ontworpen artikel 40/1, § 2, eerste lid, van het Mediadecreet twee alinea's van artikel 3, lid 3, van de richtlijn in één zin en in omgekeerde volgorde om te zetten.

Die bepalingen zullen dus moeten worden geherformuleerd.

Artikel 7

23. Aan de gemachtigde is gevraagd om te verduidelijken wat bedoeld wordt met de zinsnede "al dan niet op individueel verzoek" in het ontworpen artikel 42, eerste lid, van het Mediadecreet. Individueel verzoek doet immers denken aan *video-on-demand*, maar dat lijkt net een van de manieren om te vermijden dat kinderen onverhoeds worden blootgesteld aan programma's die hun lichamelijke, geestelijke of morele ontwikkeling zouden kunnen aantasten.

De gemachtigde reageerde hierop als volgt:

"- 'Al dan niet op individueel verzoek' verwijst zowel naar de lineaire als naar de [niet-]lineaire televisiediensten. Lineaire televisiediensten zijn diensten die gelijktijdig naar de kijker gestuurd worden (*push*-diensten/'niet op individueel verzoek'). De omroeporganisatie beslist over het ogenblik waarop een specifiek programma wordt uitgezonden en over het uitzendschema waardoor de kijker geen invloed heeft noch op het tijdstip noch op de inhoud van de uitzending. Niet-lineaire televisiediensten zijn diensten die *on demand* worden aangeboden waarbij de kijker zelf beslist op welk tijdstip een specifiek programma moet worden uitgezonden op basis van een programmacatalogus samengesteld door de omroeporganisatie (*pull*-diensten/'op individueel verzoek').

- Het huidige mediadecreet bevat afzonderlijke regels ter bescherming van minderjarigen voor lineaire televisiediensten (art. 42) en voor niet-lineaire omroeporganisaties (art. 45). Met toepassing van het nieuwe artikel 6bis AVMD(2010), ingevoegd door artikel 1.10 AVMD(2018) geldt er voortaan een eengemaakt regime voor de bescherming van minderjarigen, opgenomen in het nieuwe artikel 42 Mediadecreet. Artikel 45 wordt geschrapt. Voor lineaire en niet-lineaire televisiediensten gelden voortaan dezelfde regels.

- Ook voor niet-lineaire televisieomroepdiensten zijn regels ter bescherming van minderjarigen noodzakelijk. Minderjarigen kunnen immers eenvoudig zelf programma's opvragen die niet-lineair worden aangeboden. Daarom mogen programma's die de lichamelijke, geestelijke of morele ontwikkeling van minderjarigen zouden kunnen aantasten ook op aanvraag alleen worden worden aangeboden op een manier waarop minderjarigen die normaal niet te horen of te zien krijgen. Dat kan de televisieomroeporganisatie realiseren door zulke programma's af te schermen met een systeem voor leeftijdscontrole (gebruiker moet leeftijd of code ingeven om te kunnen kijken)."

Aangezien het onderwerp van de zin ("televisieomroeporganisaties"), gelet op de definitie ervan in artikel 2, 44°, van het Mediadecreet, zowel lineaire als niet-lineaire televisieomroepdiensten omvat, lijken de woorden "al dan niet op individueel verzoek" overbodig, en worden ze beter weggelaten.

‡LW-BGMUSDAFB-GICCBSQ‡

Artikel 24

24. In het ontworpen artikel 150/1, § 4/3, van het Mediadecreet wordt bepaald dat de VRM de Europese Commissie er onmiddellijk van op de hoogte moet brengen als "tussen de Vlaamse Regulator voor de Media en de nationale regulerende instantie of het nationale regulerende orgaan van een andere lidstaat van de Europese Unie geen overeenstemming wordt bereikt over wie bevoegd is voor een televisieomroeporganisatie".

Voor zover het de niet-overeenstemming tussen de VRM en het nationale regulerende orgaan van een andere EU-lidstaat betreft, gaat het om de omzetting en de toepassing van artikel 2, lid 5*quater*, van de AVMD-richtlijn, dat die verplichting inhoudt "[w]anneer de betrokken lidstaten bij de toepassing van artikel 3 of artikel 4 geen overeenstemming bereiken over welke lidstaat bevoegd is".

Volgens de ontworpen bepaling geldt die regel echter ook indien het gaat om de niet-overeenstemming tussen de VRM en "het nationale regulerende orgaan". Met die laatste omschrijving wordt allicht een andere nationale regulerende instantie dan de VRM bedoeld, dus een regulerende instantie van een van de andere gemeenschappen of van de federale overheid.

Het is echter niet duidelijk op welke grond de Vlaamse Gemeenschap de Europese Commissie zou kunnen betrekken ingeval geen overeenstemming wordt bereikt tussen de VRM en de andere Belgische regulerende instanties. De relevante bepaling van de AVMD-richtlijn handelt in elk geval slechts over het niet overeenstemmen van de betrokken "lidstaten".

Bij een dergelijk conflict binnen de Belgische context staat het aan de betrokken regulerende instanties om, met inachtneming van de federale loyauteit, in overleg een oplossing te zoeken.

Deze opmerking is van overeenkomstige toepassing voor het ontworpen artikel 176/3, § 8, van het Mediadecreet (artikel 36 van het voorontwerp).

Artikel 27

25. Artikel 27 strekt tot de omzetting van het lapidaire artikel 7*bis* van de AVMD-richtlijn op basis waarvan lidstaten "maatregelen [kunnen] nemen om passende aandacht voor audiovisuele mediadiensten van algemeen belang te waarborgen". Het gaat om een mogelijkheid die de lidstaten wordt gelaten.

De gemachtigde gaf de volgende toelichting bij de draagwijdte van die bepaling en de beoogde maatregelen:

> "- Artikel 155/1 omvat de omzetting van het nieuwe artikel 7*bis* van AVMD (2010) en betreft de 'due prominence' of passende aandacht voor televisiediensten van algemeen belang.

‡LW-BGMUSDAFB-GICCBSQ‡

- Televisieomroeporganisaties kunnen een belangrijke rol vervullen in de samenleving doordat zij zorgen voor een publieke meerwaarde (zoals kennis brengen over bepaalde zaken d.m.v. documentaires, cultuur- en duidingsprogramma's), een sociale meerwaarde (door het samenbrengen van de bevolking d.m.v. gedeelde ervaringen) en ondersteuning van geïnformeerde democratische debatten (door het aanbieden van nieuws en actualiteit).

- De manieren om audiovisuele content te vinden, zijn echter geëvolueerd: nieuwe user interfaces van de dienstenverdelers evolueren naar een on-demand homepagina en presenteren en promoten content aan de hand van gepersonaliseerde push-, suggestie- en zoekfunctionaliteiten gestuurd door algoritmes en/of eigen editoriale teams.

- Indien de (lokale) content van de omroepen niet toegankelijk en vindbaar wordt gemaakt in deze nieuwe omgeving, bestaat het risico dat deze programma's niet meer gevonden en bekeken zullen worden door de mediagebruiker waardoor de omroepen hun rol van algemeen belang niet meer kunnen vervullen.

- Het nieuwe artikel 7bis AVMD (2010), ingevoerd door artikel 1.12 AVMD (2018), dat wordt omgezet in het ontworpen artikel 155/1 Mediadecreet, biedt de lidstaten de mogelijkheid om regels rond *due prominence* op te stellen, teneinde passende aandacht voor audiovisuele mediadiensten van algemeen belang te waarborgen. In een aantal EU lidstaten zoals VK, Duitsland en Nederland werden er ondertussen regelgevende initiatieven opgestart, die als voorbeeld kunnen dienen voor de maatregelen die de Vlaamse Regering zal nemen.

- De *due prominence* regelgeving moet verzekeren dat kijkers bepaalde programma's en diensten makkelijk terugvinden. Dit kan eveneens gelden voor vind- en zichtbaarheid binnen de aanbevelingsmechanismen- en zoekresultaten.

- De regels rond *due prominence* worden niet opgelegd aan de omroeporganisaties, maar kunnen worden opgelegd aan dienstenverdelers, maar ook operatoren van smart-tv's zullen eraan moeten voldoen.

-Voor het uitwerken van gepaste maatregelen rond *due prominence* zal gekeken worden of en op welke manier hiervoor kan afgestemd worden met stakeholders uit de sector."

Met het ontworpen artikel 155/1 wordt het uitwerken van een regeling volledig gedelegeerd aan de Vlaamse Regering en wordt de delegatie verpakt in niet zo duidelijke bewoordingen ("de criteria en de maatregelen vastleggen om ervoor te zorgen dat er passende aandacht wordt voorzien, en zichtbaarheid en vindbaarheid wordt gegarandeerd voor televisiediensten van algemeen belang").

Twee aspecten zouden echter met het oog op de duidelijkheid van de delegatie en de rechtszekerheid in de ontworpen bepaling een basis moeten krijgen.

Enerzijds volgt uit overweging 25 van richtlijn (EU) 2018/1808 dat de doelstellingen van algemeen belang die worden nagestreefd met de maatregelen vooraf duidelijk moeten worden bepaald, waarbij *due prominence* zelf uiteraard niet de doelstelling is. Welke doelstellingen de Vlaamse Regering met de maatregelen kan nastreven, is dus te verduidelijken. Volgens die overweging gaat het onder meer om "pluralisme in de media, vrijheid van meningsuiting en culturele diversiteit". De afdeling Wetgeving begrijpt de ontworpen delegatiebepaling zo dat de Vlaamse Regering louter ondersteunende maatregelen kan

‡LW-BGMUSDAFB-GICCBSQ‡

vaststellen. Indien het echter ook om beperkingen van de vrijheid van meningsuiting voor de omroepen zou kunnen gaan, zal dat in het Mediadecreet moeten worden gepreciseerd.

Anderzijds moet worden verduidelijkt aan welke actoren de verplichtingen kunnen worden opgelegd: enkel aan de aanbieders van de in titel IV van deel II van het Mediadecreet (waar de ontworpen bepaling wordt ingevoegd) bedoelde lineaire en niet-lineaire televisiediensten, of ook aan de dienstenverdelers en derden. Indien meer wordt beoogd dan enkel de aanbieders van televisiediensten – en dat lijken de antwoorden van de gemachtigde toch te suggereren – moet dit worden geëxpliciteerd.

Artikel 34

26. In de inleidende zin van artikel 34 van het voorontwerp dient de vermelding "artikel 45" vervangen te worden door "artikel 33".

Artikel 35

27. Met het ontworpen artikel 176/2 van het Mediadecreet wordt een voorafgaande meldingsplicht voor videoplatformdiensten ingevoerd. Die verplichting kan niet meer worden nagekomen door aanbieders van videoplatformdiensten die reeds actief zijn. Voor hen zal bijgevolg moeten worden voorzien in een overgangsregeling waarbij ze na de inwerkingtreding van de regeling een bepaalde termijn krijgen om de aanmelding te doen. De gemachtigde stemde daarmee in:

> "- Artikel 176/2 betreft de kennisgeving die aanbieders van videoplatformdiensten moeten doen bij de Vlaamse Regulator voor de Media, 14 kalenderdagen voor het starten van de dienst. De gegevens die de kennisgeving moet bevatten, zullen worden bepaald door de Vlaamse Regering.
>
> - De verplichting wordt pas uitvoerbaar nadat dit besluit van de Vlaamse Regering in het Belgisch Staatsblad is verschenen. Voor bestaande aanbieders zal een overgangsbepaling worden opgenomen."

Artikel 42

28. Het ontworpen artikel 180, §§ 1 en 2, van het Mediadecreet beoogt mee uitvoering te geven aan artikel 7*ter* van de AVMD-richtlijn met betrekking tot de signaalintegriteit. Die bepaling luidt als volgt:

> "De lidstaten nemen passende en evenredige maatregelen om ervoor te zorgen dat de door aanbieders van mediadiensten aangeboden audiovisuele mediadiensten geen overlay krijgen voor commerciële doeleinden of worden gewijzigd zonder de uitdrukkelijke toestemming van die aanbieders.

‡LW-BGMUSDAFB-GICCBSQ‡

Voor de toepassing van dit artikel specificeren de lidstaten in dit verband de nadere regelgeving, waaronder de uitzonderingen, met name wat betreft het beschermen van de gerechtvaardigde belangen van de gebruikers, rekening houdend met de gerechtvaardigde belangen van de aanbieders van mediadiensten die de audiovisuele mediadiensten oorspronkelijk hebben geleverd.”

Er moet worden vastgesteld dat in de ontworpen bepalingen niet uitdrukkelijk melding wordt gemaakt van de overlays voor commerciële doeleinden. Evenmin is er voorzien in een regime voor uitzonderingen. Dergelijke uitzonderingen lijken nochtans van belang, zowel met betrekking tot de gebruikersinterfaces van de decoders – die vaak een interactie via overlays inhouden, waarbij er al dan niet ook commerciële boodschappen van de dienstenverdeler te zien zijn – als voor legitieme boodschappen, zoals bijvoorbeeld waarschuwingen bij rampen.

In dat verband wordt in overweging 26 van richtlijn (EU) 2018/1808 het volgende bepaald:

“Om de redactionele verantwoordelijkheid van aanbieders van mediadiensten en de audiovisuele waardeketen te beschermen, is het van essentieel belang in staat te zijn de integriteit van de programma’s en audiovisuele mediadiensten, geleverd door aanbieders van mediadiensten, te kunnen waarborgen. Programma's en audiovisuele mediadiensten mogen niet ingekort, gewijzigd of onderbroken of met een overlay voor commerciële doeleinden, worden uitgezonden, tenzij de aanbieders van mediadiensten daarvoor uitdrukkelijk toestemming verlenen. De lidstaten dienen ervoor te zorgen dat voor overlays waartoe de ontvanger van de dienst voor privégebruik het initiatief heeft genomen of de toestemming heeft verleend, zoals overlays die voortvloeien uit diensten voor individuele communicatie, geen toestemming van de aanbieder van mediadiensten nodig is. Besturingselementen van gebruikersinterfaces die nodig zijn om het apparaat te bedienen of tussen de programma's te navigeren, zoals volumebalkjes, zoekfuncties, navigatiemenu's of lijsten van kanalen, mogen hier niet onder te vallen. Ook legitieme overlays zoals waarschuwingen, informatie van algemeen belang, ondertiteling of commerciële communicatie die door de aanbieder van mediadiensten wordt aangeboden, mogen niet onder de bepaling vallen. Onverminderd artikel 3, lid3, van Verordening (EU) 2015/2120 van het Europees Parlement en de Raad[21] mogen datacompressietechnieken die de omvang van een gegevensbestand verkleinen en andere technieken die een dienst aan de distributiewijze aanpassen (zoals resolutie en codering), zonder de inhoud te wijzigen, niet onder de bepaling te vallen.

Maatregelen ter bescherming van de integriteit van programma’s en audiovisuele mediadiensten dienen te worden opgelegd voor zover deze noodzakelijk zijn om te voldoen aan door de lidstaten overeenkomstig het Unierecht duidelijk gedefinieerde doelstellingen van algemeen belang. Met zulke maatregelen dienen evenredige verplichtingen aan ondernemingen te worden opgelegd die het belang van gerechtvaardigde overwegingen van openbaar beleid dienen.”

[21] *Voetnoot 10 uit de aangehaalde richtlijn:* Verordening (EU) 2015/2120 van het Europees Parlement en de Raad van 25 november 2015 tot vaststelling van maatregelen betreffende open-internettoegang en tot wijziging van Richtlijn 2002/22/EG inzake de universele dienst en gebruikersrechten met betrekking tot elektronische-communicatienetwerken en -diensten en Verordening (EU) nr. 531/2012 betreffende roaming op openbare mobielecommunicatienetwerken binnen de Unie (PB L 310 van 26.11.2015, blz. 1).

‡LW-BGMUSDAFB-GICCBSQ‡

Bijgevolg is aan de gemachtigde gevraagd of het voorontwerp op die punten niet moet worden aangevuld. De gemachtigde antwoordde als volgt:

"- Artikel 42 vormt de omzetting van artikel 7ter AVMD(2010), ingevoerd door artikel 1.12 AVMD(2018).

- Het huidige Mediadecreet bevat reeds een regeling van signaalintegriteit in artikel 180. Als gevolg van AVMD(2018) wordt de bestaande regeling in artikel 180 Mediadecreet uitgebreid naar niet-lineaire diensten.

- De huidige regeling is ontworpen met het oog op de nodige evenwichten in de markt, en heeft als gevolg gehad dat de omroeporganisaties meer op gelijke voet konden onderhandelen met de dienstenverdelers. Dit is trouwens ook de bedoeling van de regeling in AVMD(2018): de redactionele verantwoordelijkheid van aanbieders van mediadiensten en de audiovisuele waardeketen beschermen (overwegende 26).

- Eerder dan een aantal uitzonderingen op de toestemmingsvereiste expliciet op te nemen in de tekst van het Mediadecreet, wordt het principe gehanteerd dat toestemming enkel nodig is in de gevallen die uitdrukkelijk in het decreet zijn vernoemd (nl. voor het aanbieden van een functionaliteit aan eindgebruikers die het mogelijk maakt om de bedoelde lineaire televisieomroepprogramma's op een uitgestelde, verkorte of gewijzigde wijze te bekijken, of om de bedoelde niet-lineaire televisiediensten en de daarin vervatte programma's, op een verkorte of gewijzigde manier te bekijken*). A contrario* is er in alle andere gevallen geen voorafgaande toestemming nodig.

- Het feit dat commerciële overlays de toestemming vereisen van de televisieomroeporganisaties is in artikel 180 reeds vervat, aangezien er in dat geval geen sprake is van een ongewijzigde doorgifte en de kijkers een gewijzigde manier van kijken wordt aangeboden.

- Het expliciet opnemen van uitzonderingen in art 180 Mediadecreet heeft tenslotte als nadeel dat wanneer er zich in de toekomst nieuwe toepassingen zouden aandienen daarvoor steeds - op basis van een *a contrario* redenering - een voorafgaande toestemming van de televisieomroeporganisatie zou moeten gevraagd worden, ook wanneer dit weinig zinvol zou zijn.

- In de memorie van toelichting bij artikel 42 wordt wel de volledige overwegende (26), inclusief de oplijsting van uitzonderingen, hernomen. Zo wordt verduidelijkt binnen welke contouren de betrokken televisieomroeporganisaties en dienstenverdelers te goeder trouw moeten onderhandelen en hun toestemmingswijze op een redelijke en proportionele wijze moeten uitoefenen, zoals vereist in artikel 180 §2 van het Mediadecreet.

- Een aantal van de in overweging (26) genoemde uitzonderingen kunnen verwarrend zijn in de Vlaamse context, in die zin dat het geen echte uitzonderingen op de toestemmingsvereiste betreft die moeten worden opgenomen in het Mediadecreet:

1. Legitieme overlays zoals waarschuwingen, informatie van algemeen belang en ondertiteling worden veelal opgelegd door de overheid. Op dat moment zijn deze overlays verplicht en is geen toestemming van de omroeporganisaties nodig.

2. Het spreekt voor zich dat voor een overlay voor commerciële communicatie aangeboden door de omroeporganisatie zelf, de dienstenverdeler geen toestemming moet vragen aan deze omroeporganisatie."

‡LW-BGMUSDAFB-GICCBSQ‡

Tegen die achtergrond kan worden aanvaard dat het geïnverteerde systeem waarbij functionaliteiten in beginsel zijn toegestaan, kan voldoen aan de voorwaarde dat maatregelen ter bescherming van de integriteit van programma's en audiovisuele mediadiensten slechts dienen te worden opgelegd voor zover ze noodzakelijk zijn om te voldoen aan door de lidstaten overeenkomstig het Unierecht duidelijk gedefinieerde doelstellingen van algemeen belang.

Niettemin is het zinvol om uitdrukkelijk melding te maken van commerciële overlays. Het is immers niet evident dat die ook vallen onder het vereiste van het ontworpen artikel 180, § 1, eerste lid, dat de televisieomroepprogramma's "onverkort, ongewijzigd en in hun geheel" worden doorgegeven, nu het veeleer gaat om een laag bovenop het integraal doorgegeven signaal.

Wat het ontworpen artikel 180, § 2, betreft kan ten slotte worden opgemerkt dat die regeling in essentie overeenstemt met de regeling die het Grondwettelijk Hof verenigbaar heeft geacht met het gelijkheidsbeginsel.[22]

Artikel 50

29. In het ontworpen artikel 222 van het Mediadecreet wordt verwezen naar "de regels van algemeen belang".

Aan de gemachtigde is gevraagd wat daaronder verstaan moet worden. Het antwoord luidde:

> "- Artikel 222 Mediadecreet is de omzetting van het nieuwe artikel 4 AVMD (2010), ingevoegd door artikel 1.5 AVMD (2018). Dit artikel laat de lidstaten toe om meer gedetailleerde of strengere regels van algemeen belang op te leggen op de gebieden die door de richtlijn worden gecoördineerd.
>
> - De procedure vermeld in artikel 222 Mediadecreet, is van toepassing wanneer een onder de bevoegdheid van de Vlaamse Gemeenschap vallende televisieomroeporganisatie een televisiedienst aanbiedt die volledig of hoofdzakelijk gericht is op het grondgebied van een andere lidstaat, en die andere lidstaat van oordeel is dat de betrokken televisieomroeporganisatie zich in de Vlaamse Gemeenschap heeft gevestigd om de strengere voorschriften van die lidstaat te omzeilen. Die strengere voorschriften zouden wel op die televisieomroeporganisatie van toepassing zijn indien hij in de lidstaat waarop hij zijn diensten richt, zou zijn gevestigd.
>
> - Het begrip 'regels van algemeen belang' is door het Hof van Justitie ontwikkeld in zijn rechtspraak betreffende de artikelen 43 en 49 van het Verdrag [tot oprichting van de Europese Gemeenschap – zie thans de artikelen 49 en 56 van Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie –], en omvat onder meer regels inzake consumentenbescherming, bescherming van minderjarigen en cultuurbeleid. De Vlaamse Regulator voor de Media moet ervoor zorgen dat de specifieke regels ter zake objectief noodzakelijk zijn, op niet-discriminerende wijze worden toegepast, geschikt zijn om de beoogde doelstellingen te verwezenlijken en zich beperken tot hetgeen noodzakelijk is om deze te verwezenlijken."

[22] GwH 12 februari 2015, nr. 18/2015.

‡LW-BGMUSDAFB-GICCBSQ‡

Aangezien het dus gaat om regels vastgesteld door een andere lidstaat, die bovendien niet noodzakelijk een equivalent hebben in de Vlaamse regelgeving, kan worden aanvaard dat er op generieke wijze naar wordt verwezen.

Artikel 52

30. In het ontworpen artikel 227/1 van het Mediadecreet wordt bepaald dat de VRM deelneemt aan de werking van de ERGA. Aan de gemachtigde is gevraagd of de VRM zelfstandig deelneemt aan de werkzaamheden van de ERGA, dan wel of dit moet worden afgestemd met de andere Belgische mediaregulatoren. De gemachtigde lichtte dit punt als volgt toe:

> "- Met toepassing van artikel 1.4 van de Rules of Procedure van ERGA heeft elke lidstaat één stem in deze groep.
>
> - Indien er namens België een standpunt moet worden ingenomen in ERGA, wordt dit vooraf tussen de Belgische mediaregulatoren overlegd. De VRM moet dus steeds afstemmen met de andere mediaregulatoren.
>
> - Het woordvoerderschap namens België in ERGA verloopt volgens een beurtrol waarbij elk van de 3 gemeenschapsregulatoren om de beurt het woord voert, te vergelijken met het systeem dat is uitgewerkt in het Samenwerkingsakkoord van 8 maart 1994 tussen de Federale Staat, de Gemeenschappen en de Gewesten, met betrekking tot de vertegenwoordiging van het Koninkrijk België in de Ministerraad van de Europese Unie."

Aangezien die beurtrol niet formeel valt onder het samenwerkingsakkoord van 8 maart 1994 tussen de federale Staat, de gemeenschappen en de gewesten 'met betrekking tot de vertegenwoordiging van het Koninkrijk België in de Ministerraad van de Europese Unie' moet daarvoor in een nieuwe formele grondslag worden voorzien. Het voormelde samenwerkingsakkoord kan niet zomaar bij analogie worden toegepast, nu het niet gaat om een orgaan van de Raad. Geconfronteerd met een gelijkaardige lacune met betrekking tot de vertegenwoordiging en de standpuntbepaling namens België inzake door de Europese Commissie aan te nemen gedelegeerde en uitvoeringshandelingen, merkte de afdeling Wetgeving het volgende op:

> "De vertegenwoordiging en de standpuntbepaling namens België inzake door de Commissie aan te nemen gedelegeerde en uitvoeringshandelingen dienen overeenkomstig artikel 92*bis*, § 4*bis*, eerste lid, van de bijzondere wet van 8 augustus 1980 in een samenwerkingsakkoord te worden geregeld. De huidige samenwerkingsakkoorden van 8 maart 1994[23] bieden geen voldoende juridische basis voor dergelijke vertegenwoordiging en standpuntbepaling. Wel kan worden overwogen om de voornoemde samenwerkingsakkoorden met het oog daarop aan te passen.

[23] *Voetnoot 7 uit het aangehaalde advies*: Samenwerkingsakkoord van 8 maart 1994 tussen de federale Staat, de gemeenschappen en de gewesten 'met betrekking tot de vertegenwoordiging van het Koninkrijk België in de Ministerraad van de Europese Unie', en samenwerkingsakkoord van 8 maart 1994 tussen de federale Staat, de gemeenschappen en de gewesten en het Verenigd College van de Gemeenschappelijke Gemeenschapscommissie, 'met betrekking tot de vertegenwoordiging van het Koninkrijk België in de Ministerraad van de Europese Unie'.

‡LW-BGMUSDAFB-GICCBSQ‡

Zolang ervoor niet in een voldoende juridische basis bij samenwerkingsakkoord is voorzien, dienen de vertegenwoordiging en de standpuntbepaling inzake door de Commissie aan te nemen gedelegeerde en uitvoeringshandelingen overeenkomstig het bepaalde in artikel 92*bis*, § 4*bis*, tweede lid, van de bijzondere wet van 8 augustus 1980 het voorwerp uit te maken van een overleg tussen de betrokken regeringen."[24]

Hetzelfde geldt ook in dit geval.

DE GRIFFIER DE VOORZITTER

Annemie GOOSSENS Jo BAERT

[24] Adv.RvS 52.810/1 van 5 maart 2013 over een voorontwerp dat heeft geleid tot de wet van 21 december 2013 'tot uitvoering van de Verordening (EU) Nr. 305/2011 van het Europees Parlement en de Raad van 9 maart 2011 tot vaststelling van geharmoniseerde voorwaarden voor het verhandelen van bouwproducten en tot intrekking van Richtlijn 89/106/EEG van de Raad, en tot opheffing van diverse bepalingen', opmerking 6, *Parl.St.* Kamer 2012-13, nr. 53-2988, 29. Zie bovendien, met betrekking tot het gelijkaardige probleem inzake de vertegenwoordiging in organen opgericht bij internationale (handels)akkoorden gesloten door de Europese Unie: adv.RvS 53.600/VR/V van 8 augustus 2013 over een voorontwerp dat heeft geleid tot het decreet van de Duitstalige Gemeenschap van 23 september 2013 'zur Zustimmung zu dem Handelsübereinkommen zwischen der Europäischen Union und ihren Mitgliedstaaten einerseits sowie Kolumbien und Peru andererseits, geschehen zu Brüssel am 26. Juni 2012', opmerking 3.1, *Parl.St.* D.Parl. 2012-13, nr. 189/1, 9.

‡LW-BGMUSDAFB-GICCBSQ‡