



RAAD VAN STATE

afdeling Wetgeving

advies 73.934/3
van 26 september 2023

over

een voorontwerp van decreet ‘tot wijziging van het decreet van
27 maart 2009 betreffende radio-omroep en televisie tot
gedeeltelijke uitvoering van [de] digitaledienstenverordening’

Op 23 juni 2023 is de Raad van State, afdeling Wetgeving, door de Vlaamse minister van Brussel, Jeugd, Media en Armoedebestrijding verzocht binnen een termijn van dertig dagen een advies te verstrekken over een voorontwerp van decreet ‘tot wijziging van het decreet van 27 maart 2009 betreffende radio-omroep en televisie tot gedeeltelijke uitvoering van [de] digitaledienstenverordening’.

Het voorontwerp is door de derde kamer onderzocht op 19 september 2023. De kamer was samengesteld uit Jeroen VAN NIEUWENHOVE, kamervoorzitter, Koen MUYLLE en Toon MOONEN, staatsraden, Jan VELAERS en Bruno PEETERS, assessoren, en Johan PAS, griffier.

Het verslag is uitgebracht door Lise VANDENHENDE, adjunct-auditeur.

Het advies, waarvan de tekst hierna volgt, is gegeven op 26 september 2023.

*

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 rechtsgrond¹, alsmede van de vraag of aan de te vervullen vormvereisten is voldaan.

*

STREKKING VAN HET VOORONTWERP

2. Het voor advies voorgelegde voorontwerp van decreet van de Vlaamse Gemeenschap strekt tot wijziging van het decreet van 27 maart 2009 ‘betreffende radio-omroep en televisie’, dit ter (gedeeltelijke) uitvoering van verordening (EU) 2022/2065 van het Europees Parlement en de Raad van 19 oktober 2022 ‘betreffende een eengemaakte markt voor digitale diensten en tot wijziging van Richtlijn 2000/31/EG’ (hierna: digitaledienstenverordening) (artikel 2 van het voorontwerp).

Er wordt in een aantal bijkomende definities voorzien (artikel 3) en het opschrift van deel III/1 van het voornoemde decreet wordt vervangen om aan te geven dat dat deel niet enkel van toepassing is op videoplatformdiensten, maar ook op (andere) tussenhandeldiensten (artikel 4). Die tussenhandeldiensten worden geregeld in titel 1 van dat deel (artikel 5). Er wordt bepaald op welke tussenhandeldiensten die titel van toepassing is (artikel 6). Voor deze tussenhandeldiensten is de Vlaamse Regulator voor de Media (hierna: VRM) een bevoegde autoriteit als vermeld in artikel 49 van de digitaledienstenverordening. (artikel 7). De VRM wordt tevens belast met de toepassing, de uitvoering en het toezicht op de digitaledienstenverordening en verordening (EU) 2022/1925 van het Europees Parlement en de Raad van 14 september 2022 ‘over betwistbare en eerlijke markten in de digitale sector, en tot wijziging van Richtlijnen (EU) 2019/1937 en (EU) 2020/1828’ (hierna: digitalemarktenverordening) (artikel 10). In het verlengde hiervan wordt bepaald welke sancties van toepassing zijn bij overtredingen van de digitaledienstenverordening (artikel 13). Als dat noodzakelijk is, werkt de VRM samen met een aantal andere actoren (artikel 11) en hij neemt deel aan de bijeenkomsten van de Europese Raad voor Digitale Diensten (hierna: digitaledienstenraad) als de besproken onderwerpen binnen zijn bevoegdheid vallen (artikel 12).

De regeling van de videoplatformdiensten wordt ondergebracht in titel 2 van deel III/1 van het decreet van 27 maart 2009 (artikel 8).

In deel IV van hetzelfde decreet wordt artikel 183, dat de aansprakelijkheid van dienstenverdelers regelt, opgeheven (artikel 9).

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

BEVOEGDHEID

1. Uitvoering van de digitaledienstenverordening met betrekking tot tussenhandeldiensten

3.1. 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”.

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.² De term ‘audiovisuele mediadienst’ is ontleend aan de richtlijn audiovisuele mediadiensten (hierna: AVMD-richtlijn).³ Het was de bedoeling om de bestaande bevoegdheidsverdeling te bevestigen, niet om ze te wijzigen.⁴

3.2. 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.”⁵

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).

² 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.

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)’.

⁴ *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.

⁵ GwH nr. 132/2004 van 14 juli 2004, B.10.1 en B.10.2. 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.

3.3. In advies 68.221/3 van 16 december 2020 is de Raad van State, afdeling Wetgeving, op grond van die criteria tot het besluit gekomen dat de regeling van videoplatformdiensten tot de bevoegdheid van de gemeenschappen behoort. De Raad oordeelde:

“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.

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,⁶ 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

⁶ Voetnoot 7 van het aangehaalde advies: 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 28bis van de AVMD-richtlijn).

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

3.4. Uit de ontworpen regeling kan worden opgemaakt dat videoplatformdiensten moeten worden beschouwd als tussenhandeldiensten in de zin van het ontworpen artikel 2, 56°, van het decreet van 27 maart 2009. De regeling van de videoplatformdiensten wordt immers ondergebracht in titel 2 van deel III/1 van dat decreet, dat betrekking heeft op de tussenhandeldiensten.

De gemachtigde bevestigde dat videoplatformdiensten inderdaad als tussenhandeldiensten moeten worden beschouwd:

“Het begrip ‘videoplatformdienst’ wordt als volgt gedefinieerd in artikel 2, 45°/1 van het Mediadecreet (zie ook artikel 1, lid 1, a bis) van de Richtlijn Audiovisuele Mediadiensten):

‘45°/1 videoplatformdienst: 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;’

Het begrip ‘tussenhandeldienst’ wordt als volgt gedefinieerd in artikel 3, g) van de digitale dienstenverordening:

‘g) ‘tussenhandeldienst’: een van de volgende diensten van de informatiemaatschappij:

i) een 'mere conduit'-dienst, die bestaat in de doorgifte in een communicatienetwerk van door een afnemer van de dienst verstrekte informatie, of in het verstrekken van toegang tot een communicatienetwerk;

ii) een 'caching'-dienst, die bestaat in de doorgifte in een communicatienetwerk van door een afnemer van de dienst verstrekte informatie, waarbij die informatie automatisch, tussentijds en tijdelijk wordt opgeslagen met als enige doel om de latere doorgifte van die informatie aan andere afnemers van de dienst op hun verzoek doeltreffender te maken;

iii) een 'hosting'-dienst, die bestaat in de opslag van de door een afnemer van de dienst verstrekte informatie, op diens verzoek;’

⁷ Adv.RvS 68.221/3 van 16 december 2020 over een voorontwerp dat heeft geleid tot het decreet van 19 maart 2021 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’, *Parl.St.* Vl.Parl. 2020-21, nr. 644/1, 159-160.

Uit de rechtspraak van het Hof van Justitie kan worden afgeleid dat een exploitant van een videoplatformdienst, zoals een sociaalnetwerksite als YouTube⁸, de door de gebruikers van die site verstrekte profielinformatie op zijn servers opslaat, en dat hij dus moet beschouwd worden als een hostingdienstverlener in de zin van artikel 14 van Richtlijn 2000/31/EG⁹ en bijgevolg ook van artikel 3, g) van de digitaledienstenverordening, te weten een dienst van de informatiemaatschappij die bestaat in de opslag van de door de afnemer van de dienst verstrekte informatie.

Ook overweging 44 van de Richtlijn (EU) 2018/1808 van 14 november 2018 bepaalt expliciet dat de aanbieders van videoplatforms op wie de Richtlijn Audiovisuele Mediadiensten betrekking heeft, diensten van de informatiemaatschappij in de zin van Richtlijn 2000/31/EG van het Europees Parlement en de Raad van 8 juni 2000 betreffende bepaalde juridische aspecten van de diensten van de informatiemaatschappij, met name de elektronische handel, in de interne markt (PB L 178 van 17.7.2000, blz. 1) leveren. Dit wordt ook bevestigd door de Europese Commissie in haar opmerkingen van 27 juni 2023 die overgemaakt werden krachtens artikel 5, lid 2, van Richtlijn (EU) 2015/1535 van 9 september 2015.¹⁰

Overweging 10 en artikel 2, lid 4, a) van de digitaledienstenverordening bevestigen in dat verband overigens opnieuw dat videoplatforms in de zin van de Richtlijn Audiovisuele Mediadiensten wel degelijk ook tussenhandeldiensten zijn in de zin van de digitaledienstenverordening.

Aldus kan geconcludeerd worden dat een videoplatformdienst in de zin van artikel 2, 45°/1 van het Mediadecreet (en artikel 1, lid 1 a bis) van de Richtlijn Audiovisuele Mediadiensten) een dienst van de informatiemaatschappij is die ook een ‘tussenhandeldienst’ is in de zin van de digitaledienstenverordening.”

3.5. In zoverre de ontworpen regeling van tussenhandeldiensten betrekking heeft op videoplatformdiensten geldt het besluit van advies 68.221/3 onverkort.

3.6. Er blijken evenwel ook tussenhandeldiensten te zijn die geen videoplatformdiensten zijn in de zin van artikel 2, 45°/1, van het decreet van 27 maart 2009. De gemachtigde verklaarde dienaangaande:

“Zoals aangegeven in de toelichting bij vraag 1, zijn videoplatformdiensten een specifieke categorie van tussenhandeldiensten in de zin van de digitaledienstenverordening.

⁸ Voetnoot van het aangehaalde antwoord: Overweging 4 Richtlijn (EU) 2018/1808 van 14 november 2018 bepaalt dat socialemediadiensten videoplatformdiensten uitmaken als aan de voorwaarden van definitie voldaan is. Een opsomming van alle aanbieders van videoplatformdiensten die geïdentificeerd zijn op grond van artikel 28bis, lid 6 van de Richtlijn Audiovisuele Mediadiensten, kan worden teruggevonden op <http://mavise.obs.coe.int/f/ondemand/advanced?typeofservice=4&page=1>. Het betreft de aanbieders van videoplatformdiensten die op het grondgebied van de lidstaten zijn gevestigd of geacht worden te zijn gevestigd. Zoals uit dit overzicht blijkt, zijn Facebook, YouTube, enz. socialemediadiensten die voldoen aan de voorwaarden van de definitie van videoplatformdienst.

⁹ Voetnoot van het aangehaalde antwoord: Vb. Hof van Justitie, Arrest van 16 februari 2012, SABAM t. Netlog (C-360/10), § 27; Hof van Justitie, Arrest van 3 oktober 2019, Eva Glawischnig-Piesczek t. Facebook Ireland (C-18/18), § 22.

¹⁰ Voetnoot van het aangehaalde antwoord: Europese Commissie, Kennisgeving 2023/136-137/B, 27 juni 2023, C(2023) 4416 final, opmerkingen met betrekking tot “Decreet tot wijziging van het decreet van 27 maart 2009 betreffende radio-omroep en televisie, wat betreft het stimuleren van de audiovisuele sector door financiële bijdragen aan de productie van audiovisuele werken” en “Besluit van de Vlaamse Regering over het stimuleren van de audiovisuele sector door financiële bijdragen aan de productie van audiovisuele werken”.

Tussenhandeldiensten in de zin van de digitaledienstenverordening omvatten daarnaast evenwel ook andere hostingdiensten dan alleen de videoplatformdiensten, evenals mere conduit-diensten en cachingdiensten.

De nieuwe Titel I van Deel III/1 bevat de algemene bepalingen die van toepassing zijn op alle tussenhandeldiensten die betrekking hebben op omroepactiviteiten, terwijl de nieuwe Titel II van Deel III/1 de bestaande regels omvat die van toepassing zijn op de videoplatformdiensten als specifieke categorie van tussenhandeldiensten.”

De vraag rijst of, en in welke mate, de gemeenschappen bevoegd zijn om ook die diensten te regelen.

3.7. In artikel 3, g), van de digitaledienstenverordening wordt het begrip “tussenhandeldienst” gedefinieerd als volgt:

““tussenhandeldienst”: een van de volgende diensten van de informatiemaatschappij:

i) een ‘mere conduit’-dienst, die bestaat in de doorgifte in een communicatienetwerk van door een afnemer van de dienst verstrekte informatie, of in het verstrekken van toegang tot een communicatienetwerk;

ii) een ‘caching’-dienst, die bestaat in de doorgifte in een communicatienetwerk van door een afnemer van de dienst verstrekte informatie, waarbij die informatie automatisch, tussentijds en tijdelijk wordt opgeslagen met als enige doel om de latere doorgifte van die informatie aan andere afnemers van de dienst op hun verzoek doeltreffender te maken;

iii) een ‘hosting’-dienst, die bestaat in de opslag van de door een afnemer van de dienst verstrekte informatie, op diens verzoek;”

3.8. Het is duidelijk dat niet elke tussenhandeldienst, waarbij toegang wordt gegeven tot een communicatienetwerk, of informatie wordt doorgegeven of opgeslagen, kan worden beschouwd als een audiovisuele of auditieve mediadienst in de zin van artikel 4, 6°, van de bijzondere wet van 8 augustus 1980.

Te dien aanzien moet evenwel worden vastgesteld dat luidens het ontworpen artikel 175/1 van het decreet 27 maart 2009 de ontworpen regeling enkel van toepassing is op tussenhandeldiensten *die betrekking hebben op omroepactiviteiten*. In artikel 2, 25°, van dat decreet wordt het begrip “omroepactiviteit” als volgt gedefinieerd:

“elke activiteit die bestaat in het ter beschikking stellen van bewegende beelden, al dan niet met geluid, of van een reeks van klanken of geluiden bestemd voor het algemene publiek of een deel ervan via elektronische communicatienetwerken. Omroepactiviteit wordt ook wel radio-omroep en televisie genoemd”.

De gemachtigde gaf dienaangaande de volgende toelichting:

“Er dient een onderscheid gemaakt te worden tussen tussenhandeldiensten die betrekking hebben op omroepactiviteiten (vb. YouTube) en tussenhandeldiensten die geen betrekking hebben op omroepactiviteiten (vb. Bol.com). Deze laatste categorie van tussenhandeldiensten valt niet onder de toepassing van de ontworpen titel I.

Instagram en X (het voormalige Twitter) zijn door de Europese Commissie aangeduid als tussenhandeldiensten, meer bepaald als zeer grote onlineplatforms in de zin van artikel 33 van de digitaledienstenverordening (https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/IP_23_2413).

Het betreft bovendien tussenhandeldiensten waarvan een gedeelte van de diensten erin bestaat om audiovisuele of auditieve openbare informatie (bv. video's, livestreams, podcasts, enz.) in bepaalde gevallen ter beschikking te stellen van het publiek in het algemeen.

Zulke gemengde tussenhandeldiensten waarvan een gedeelte van de diensten erin bestaat om audiovisuele of auditieve openbare informatie ter beschikking te stellen van het publiek in het algemeen, vallen voor dit gedeelte onder de toepassing van de ontworpen Titel I.”

3.9. Uit wat voorafgaat blijkt dat de ontworpen regeling van de tussenhandeldiensten enkel van toepassing is op die diensten in zoverre ze bewegende beelden of geluid doorgeven die bestemd zijn voor het publiek in het algemeen, of aan een deel ervan, en geen vertrouwelijk karakter hebben. Het gaat derhalve niet om diensten die geïndividualiseerde en door een vorm van vertrouwelijkheid gekenmerkte informatie leveren. Ze kunnen dan ook als audiovisuele en auditieve mediadiensten worden beschouwd in de zin van artikel 4, 6°, van de bijzondere wet van 8 augustus 1980.

Er kan bijgevolg worden besloten dat in die mate de regeling van tussenhandeldiensten tot de bevoegdheid van de Vlaamse Gemeenschap behoort.

2. De territoriale bevoegdheid van de Vlaamse Gemeenschap inzake tussenhandeldiensten

4.1. Tussenhandeldiensten zijn, net zoals videoplatformdiensten, bij uitstek grensoverschrijdende diensten. Bijgevolg laten ze zich ook niet gemakkelijk inpassen in de territoriale bevoegdheidsverdeling.¹¹

4.2. Artikel 2, 1, van de digitaledienstenverordening bepaalt dat ze van toepassing is

“op tussenhandeldiensten die worden aangeboden aan afnemers van de dienst die gevestigd zijn of zich bevinden in de Unie, ongeacht waar de aanbieders van die tussenhandeldiensten hun plaats van vestiging hebben”.

Luidens artikel 56, lid 1, van de digitaledienstenverordening is

“[d]e lidstaat waarin de hoofdvestiging van de aanbieder van tussenhandeldiensten is gevestigd, (...) exclusief bevoegd voor het toezicht op en de handhaving van deze verordening, met uitzondering van de in de leden 2, 3 en 4 bedoelde bevoegdheden.”

In subsidiaire orde wordt in het zesde en zevende lid van dat artikel bepaald dat indien een aanbieder van tussenhandeldiensten geen vestiging in de Europese Unie heeft, de lidstaat waar zijn wettelijke vertegenwoordiger verblijft of is gevestigd, dan wel de Commissie, bevoegd is voor het toezicht op en de handhaving van de desbetreffende uit deze verordening

¹¹ Zie eerder i.v.m. videoplatformdiensten: adv.RvS 68.221/3 van 16 december 2020, *Parl.St.* VI.Parl. 2020-21, nr. 644/1, 161, opmerking 10.

voortvloeiende verplichtingen en dat indien een aanbieder van tussenhandeldiensten geen wettelijke vertegenwoordiger aanduidt, alle lidstaten en, in het geval van een aanbieder van een zeer groot onlineplatform of van een zeer grote onlinezoekmachine, de Commissie, beschikken over de bevoegdheid tot toezicht en handhaving overeenkomstig dit artikel.

In het ontworpen artikelen 175/1 van het decreet van 27 maart 2009 (artikel 6 van het voorontwerp) worden die criteria hernomen om te bepalen of een tussenhandeldienst die betrekking heeft op omroepactiviteiten onder de territoriale bevoegdheid van de Vlaamse Gemeenschap valt. Die bepaling luidt immers:

“Deze titel is van toepassing op tussenhandeldiensten die betrekking hebben op omroepactiviteiten als:

“1° de hoofdvestiging van de aanbieder van tussenhandeldiensten is gevestigd in het Nederlandse taalgebied of in het tweetalige gebied Brussel-Hoofdstad en de activiteiten uitsluitend tot de Vlaamse Gemeenschap behoren;

2° de aanbieder van tussenhandeldiensten geen vestiging in de Europese Unie heeft, als zijn wettelijke vertegenwoordiger verblijft of 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 tussenhandeldiensten geen wettelijke vertegenwoordiger overeenkomstig artikel 13 van de digitaledienstenverordening aanduidt.”

Voor de in die bepaling vermelde tussenhandeldiensten is de VRM een bevoegde dienst als vermeld in artikel 49 van de digitaledienstenverordening (ontworpen artikel 175/2 van het decreet van 27 maart 2009; artikel 7 van het voorontwerp), die (mede) verantwoordelijk is voor het toezicht op aanbieders van tussenhandeldiensten en de uitvoering van deze verordening.

4.3. De vraag rijst of de in de digitaledienstenverordening vervatte regels om te bepalen welke lidstaat bevoegd is voor het toezicht op en de handhaving van deze verordening, 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.¹²

Enkel in zoverre 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.

¹² 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.

4.4. Hieromtrent om toelichting gevraagd, verklaarde de gemachtigde:

“Wanneer de tussenhandeldienst een audiovisuele of auditieve mediadienst in de zin van artikel 4, 6°, BWHI is, dient aldus een bevoegdheidsrechtelijk aanknopingspunt binnen de Belgische context vastgesteld te worden. Om de consistentie met de regels die gelden tussen de Europese lidstaten te behouden, worden de criteria van de digitaledienstenverordening doorgetrokken naar de interne situatie.

De gehanteerde criteria zijn ook in overeenstemming met artikel 127, §2 van de Grondwet volgens dewelke de decreten van de Vlaamse Gemeenschap kracht van wet hebben in het Nederlandse taalgebied, alsmede ten aanzien van de instellingen gevestigd in het tweetalige gebied Brussel-Hoofdstad die, wegens hun activiteiten moeten worden beschouwd uitsluitend te behoren tot de ene of de andere gemeenschap. Uit deze laatste bepaling volgt dus dat de Vlaamse Gemeenschap binnen voormelde grenzen ook bevoegd is in het tweetalige gebied Brussel-Hoofdstad, zodat het logisch is dat dit ook wordt voorzien in het ontwerp decreet.

In dat verband kan overigens ook verwezen worden naar het bestaande artikel 176/3, § 2, van het Mediadecreet dat een vergelijkbaar criterium hanteert ten aanzien van videoplatformdiensten. In het advies 68.221/3 van 16 december 2020 van de Raad van State werd het gebruik van dit criterium aanvaard (punt 13.2.1.).

Bij een aanbieder van een tussenhandeldienst die gevestigd is in het tweetalige gebied Brussel-Hoofdstad hoeft het dus niet per definitie steeds om een biculturele aangelegenheid te gaan. Opdat een aanbieder wiens hoofdvestiging gevestigd is in het tweetalige gebied Brussel-Hoofdstad tot de bevoegdheid van de Vlaamse Gemeenschap behoort, is wel vereist dat diens activiteiten uitsluitend tot de Vlaamse Gemeenschap behoren. Een aanbieder van een tussenhandeldienst met hoofdvestiging in het tweetalige gebied Brussel-Hoofdstad die dergelijke activiteiten ontwikkelt, valt onder de bevoegdheid van de Vlaamse Gemeenschap. Net zoals de VRT of de Vlaams-Brusselse Media die gevestigd zijn in Brussel, onder de bevoegdheid van de Vlaamse Gemeenschap vallen, kan zich een situatie voordoen waarbij ook een aanbieder van een tussenhandeldienst wegens zijn activiteiten moet worden beschouwd uitsluitend te behoren tot de Vlaamse Gemeenschap.”

4.5. Er kan voor tussenhandeldiensten waarvan de aanbieder of diens vertegenwoordiger gevestigd is of, wat de vertegenwoordiger betreft, verblijft in het Nederlandse taalgebied, worden aangenomen dat ze voldoende aanknopingspunten vertonen met het territoriale toepassingsgebied zoals bepaald door artikel 127, § 2, van de Grondwet zodat ze behoren tot de territoriale bevoegdheid van de Vlaamse Gemeenschap.

Hetzelfde geldt voor tussenhandeldiensten waarvan de aanbieder of diens vertegenwoordiger gevestigd is of, wat de vertegenwoordiger betreft, verblijft in het tweetalige gebied Brussel-Hoofdstad. Om evenwel beter aan te sluiten bij de in artikel 127, § 2, van de Grondwet gebruikte terminologie, zou gewag moeten worden gemaakt van aanbieders (of vertegenwoordigers) die gevestigd zijn in het tweetalige gebied Brussel-Hoofdstad *en die, wegens hun activiteiten, moeten worden beschouwd uitsluitend te behoren tot de Vlaamse Gemeenschap.*

4.6. Het derde, subsidiaire, criterium om te bepalen of een tussenhandeldienst die betrekking heeft op omroepactiviteiten onder de territoriale bevoegdheid van de Vlaamse Gemeenschap valt, namelijk dat een aanbieder van tussenhandeldiensten geen wettelijke vertegenwoordiger aanduidt overeenkomstig artikel 13 van de digitaledienstenverordening, vertoont ogenschijnlijk geen aanknopingspunt met de Vlaamse Gemeenschap.

Gevraagd hoe in het licht hiervan de territoriale bevoegdheid van de Vlaamse Gemeenschap kan worden verantwoord, antwoordde de gemachtigde:

“Artikel 56, lid 7, van de digitaledienstenverordening luidt als volgt:

‘7. Indien een aanbieder van tussenhandeldiensten geen wettelijke vertegenwoordiger overeenkomstig artikel 13 aanduidt, beschikken alle lidstaten en, in het geval van een aanbieder van een zeer groot onlineplatform of van een zeer grote onlinezoekmachine, de Commissie, over de bevoegdheid tot toezicht en handhaving overeenkomstig dit artikel.’

Uit deze bepaling volgt aldus dat elke Europese lidstaat over de jurisdictie beschikt om op te treden ten aanzien van een aanbieder van tussenhandeldiensten die geen wettelijke vertegenwoordiger overeenkomstig artikel 13 van de digitaledienstenverordening aanduidt.

Het ontworpen artikel 175/1, 3°, Mediadecreet trekt die logica door naar de interne situatie binnen België. Net zoals binnen de Europese Unie elke lidstaat bevoegd is voor het toezicht en de handhaving van de verordening ten aanzien aanbieders van tussenhandeldiensten die geen vestiging in de Europese Unie hebben en geen wettelijke vertegenwoordiger hebben aangesteld, is ook binnen België in dat geval elke gemeenschap bevoegd.

Daarbij moet ook voor ogen gehouden worden dat het om illegale tussenhandeldiensten gaat zodat het vanuit het oogpunt van een doeltreffende en efficiënte handhaving aangewezen is dat zo veel mogelijk instanties kunnen optreden.”

4.7. Aanbieders van tussenhandeldiensten die in een derde land zijn gevestigd en die diensten in de Europese Unie aanbieden, moeten een voldoende gemachtigde wettelijke vertegenwoordiger in de Unie aanwijzen en informatie over hun wettelijke vertegenwoordigers verstrekken aan de desbetreffende autoriteiten en deze openbaar maken.¹³ Omwille van de doeltreffende toepassing van de digitaledienstenverordening wordt in de bevoegdheid van *alle* lidstaten, of indien toepasselijk de Commissie, voorzien, ten aanzien van aanbieders van tussenhandeldiensten die geen vertegenwoordiger aanwijzen.¹⁴ Het Unierecht gaat er derhalve zelf van uit dat meerdere lidstaten toezicht kunnen uitoefenen op de aanbieders van tussenhandeldiensten die geen vertegenwoordiger aanwijzen.

Door de ontworpen regelgeving van toepassing te verklaren op aanbieders van tussenhandeldiensten die betrekking hebben op omroepactiviteiten, die geen wettelijke vertegenwoordiger hebben aangeduid, voorziet het voorontwerp in de uitvoering van de voormelde bepalingen van de digitaledienstenverordening.

¹³ Zie artikel 13 van de digitaledienstenverordening.

¹⁴ Overweging 123 van de digitaledienstenverordening.

4.8. Het voorgaande neemt niet weg dat er ook ten aanzien van die aanbieders een aanknopingspunt moet zijn met de Vlaamse Gemeenschap. Daartoe is vereist dat het moet gaan om tussenhandeldiensten aangeboden aan afnemers die gevestigd zijn of zich bevinden in het Nederlandse taalgebied of het tweetalige gebied Brussel-Hoofdstad. Ofschoon dit, gelet op het grensoverschrijdend karakter van tussenhandeldiensten meer dan waarschijnlijk is, zou dit het best in het ontworpen artikel 175/1, 3°, van het decreet van 27 maart 2009, of alleszins in de memorie van toelichting, moeten worden gepreciseerd.

VORMVEREISTEN

5. Gevraagd of omtrent het voorontwerp overleg werd gepleegd binnen het Interministerieel Comité voor Telecommunicatie en Radio-omroep en Televisie opgericht bij artikel 9, eerste lid, van het samenwerkingsakkoord van 17 november 2006 tussen de Federale Staat, de Vlaamse Gemeenschap, de Franstalige Gemeenschap en de Duitstalige Gemeenschap ‘betreffende het wederzijds consulteren bij het opstellen van regelgeving inzake elektronische communicatienetwerken, het uitwisselen van informatie en de uitoefening van de bevoegdheden met betrekking tot elektronische communicatienetwerken door de regulerende instanties bevoegd voor telecommunicatie of radio-omroep en televisie’, verklaarde de gemachtigde:

“Het voorliggende voorontwerp van decreet werd op 16 mei 2023 voorgelegd ter consultatie aan het Interministerieel Comité voor Telecommunicatie en Radio-Omroep en Televisie.”

ONDERZOEK VAN DE TEKST

Artikel 8

6. Artikel 8 van het voorontwerp strekt ertoe de bestaande regelgeving inzake de videoplatformdiensten¹⁵ onder te brengen in een titel 2 (‘Videoplatformdiensten’) van deel III/1 (‘Tussenhandeldiensten’) van het decreet van 27 maart 2009.

Ofschoon videoplatformdiensten als tussenhandeldiensten kunnen worden beschouwd (opmerking 3.4), zijn hun activiteiten ruimer dan dat en leveren zij ook andere diensten. Door de regeling van de videoplatformdiensten op te nemen in deel III/1 dat betrekking heeft op de tussenhandeldiensten, zou nochtans de indruk kunnen ontstaan dat dat de bepalingen van de ontworpen titel 2 van dat deel enkel betrekking hebben op de activiteiten van videoplatformdiensten waarvoor ze kunnen worden beschouwd als tussenhandeldiensten. Dat is echter niet het geval. Het verdient aanbeveling dit minstens in de memorie van toelichting te verduidelijken.

¹⁵ Artikelen 176/1 tot 176/8 van het decreet van 27 maart 2009.

Artikel 10

7. Gelet op de definitie in het ontworpen artikel 2, 55°, van het decreet van 27 maart 2009, moet in het ontworpen artikel 217/1, 1°, van dat decreet worden verwezen naar de “digitaledienstenverordening”.

In het opschrift van de digitalementmarktenverordening in het ontworpen punt 2° van die bepaling moet de zinsnede “(wet inzake digitale markten)” worden weggelaten.

Artikel 12

8.1. Luidens het ontworpen artikel 227/1 van het decreet van 27 maart 2009 neemt de VRM deel aan de bijeenkomsten van de digitaledienstenraad als de besproken onderwerpen binnen zijn bevoegdheid vallen.

Artikel 62, lid 1, van de digitaledienstenverordening luidt:

“De digitaledienstenraad is samengesteld uit de digitaledienstencoördinatoren, die worden vertegenwoordigd door hoge ambtenaren. Indien een of meer lidstaten geen digitaledienstencoördinator hebben aangesteld, is dit geen reden voor de digitaledienstenraad om zijn taken uit hoofde van deze verordening niet te kunnen uitvoeren. Indien het nationale recht hierin voorziet, kunnen andere bevoegde autoriteiten die naast de digitaledienstencoördinator met specifieke operationele verantwoordelijkheden voor de toepassing en handhaving van deze verordening zijn belast, deelnemen aan de raad. Andere nationale autoriteiten kunnen voor de bijeenkomsten worden uitgenodigd wanneer de besproken onderwerpen relevant zijn voor hen.”

Die bepaling voorziet derhalve uitdrukkelijk in de mogelijkheid dat “andere bevoegde autoriteiten” die met specifieke verantwoordelijkheden voor de toepassing en handhaving van deze verordening zijn belast, deelnemen aan de digitaledienstenraad “[i]ndien het nationale recht hierin voorziet”. Gelet op de bevoegdheid van de gemeenschappen inzake tussenhandeldiensten die betrekking hebben op omroepactiviteiten, vermag de decreetgever, die de VRM als bevoegde autoriteit aanwijst,¹⁶ tevens te voorzien in de deelname van de VRM aan de digitaledienstenraad.

8.2. Luidens artikel 62, lid 3, van de digitaledienstenverordening heeft elke lidstaat één stem in de digitaledienstenraad.

Bijgevolg zal in de nodige procedures moeten worden voorzien om de Belgische standpuntbepaling in die raad te organiseren met respect voor de Belgische bevoegdheidsverdelende regels.

¹⁶ Ontworpen artikel 175/2 van het decreet van 27 maart 2009 (artikel 7 van het voorontwerp).

De vertegenwoordiging en de standpuntbepaling namens België 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 1994¹⁷ bieden echter geen voldoende juridische basis voor deze vertegenwoordiging en standpuntbepaling aangezien ze enkel betrekking hebben op de vertegenwoordiging in de Raad van de Europese Unie.

Het ontbreken van een regeling ter zake overeenkomstig artikel 92*bis*, § 4*bis*, tweede lid, van de bijzondere wet van 8 augustus 1980 ‘tot hervorming der instellingen’ kan dan ook tot problemen aanleiding geven. Indien er een consensus zou bestaan tussen de bevoegde overheden om het samenwerkingsakkoord van 8 maart 1994 tussen de federale overheid, de gemeenschappen en de gewesten ‘met betrekking tot de vertegenwoordiging van het Koninkrijk België in de Ministerraad van de Europese Unie’ in deze aangelegenheden naar analogie toe te passen, dan wordt dit samenwerkingsakkoord het best aangepast om het toepassingsgebied ervan in die zin uit te breiden. Er zou ook in een analoge regeling kunnen worden voorzien in het samenwerkingsakkoord dat in de memorie van toelichting bij het thans voorliggende voorontwerp in het vooruitzicht wordt gesteld omtrent de samenwerking met de unieke digitale dienstencoördinator.

DE GRIFFIER

DE VOORZITTER

Johan PAS

Jeroen VAN NIEUWENHOVE

¹⁷ 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’.