

Het Nederlandse voorstel voor implementatie van de gewijzigde Europese regels voor elektronische communicatie

Mr. G.P. van Duijvenvoorde*

Op 26 november 2009 is het gewijzigde Europese kader voor elektronische communicatie in werking getreden. Met twee richtlijnen worden de richtlijnen die sinds 2002 het regelgevingskader vormden, gewijzigd om beter te zijn toegesneden op de technologische en marktontwikkelingen. Een voorbeeld van een technologische ontwikkeling is het snel toegenomen gebruik van mobiele data, als gevolg van bijvoorbeeld ‘internetten’ of films bekijken via de mobiele telefoon. Om tegemoet te komen aan deze ontwikkeling is nodig dat er voldoende frequentieruimte beschikbaar is, maar ook dat wordt gewaarborgd dat gebruikers zoveel mogelijk ongeacht de aard en omvang van hun gebruik internet kunnen (blijven) gebruiken (net-neutraliteit). Daarnaast betrof een van de discussiepunten bij de voorbereiding van het gewijzigde Europese kader de bescherming van gebruikers bij het afsluiten van het gebruik van internet en is het in het definitieve Europese kader op dit punt tot een compromis gekomen. Naast de wijzigingen in de richtlijnen is ook met een verordening een nieuw orgaan van Europese regelgevers onder de naam BEREC opgericht om te adviseren aan de Commissie en de nationale toezichthouders. Uiterlijk 25 mei 2011 moeten de richtlijnen zijn geïmplementeerd. De Nederlandse wetgever heeft dit voortvarend opgepakt en op 15 april 2010 een conceptwetsvoorstel tot implementatie ter consultatie voorgelegd. Daarmee krijgt de discussie over de uitwerking van belangrijke thema's, zoals frequentiebeheer, netneutraliteit, bescherming van persoonsgegevens (*cookies*) en consumentbescherming in Nederland een vervolg.

* Mr. G.P. van Duijvenvoorde is als advocaat werkzaam bij KPN Telecom te Den Haag en is gastdocent bij de afdeling E-law@leiden van de Universiteit Leiden.

Het nieuwe Europese regelgevende kader (NRF)

Het in 2002 in werking getreden Europees regelgevend kader voor elektronische communicatieregulering bestaat uit een ‘setje’ van vijf richtlijnen en een aantal aanbevelingen. In 2006 is de Commissie gestart met de evaluatie van deze vijf richtlijnen.¹ Dit heeft geresulteerd in twee richtlijnen tot wijziging van het Europees Regelgevend Kader: een zogenoemde Richtlijn betere regulering² en een Richtlijn burgerrechten.³ Met de Richtlijn betere regulering moet de doelmatigheid van de bestaande richtlijnen worden verbeterd. Tevens dient de toegang tot radiofrequenties (spectrum) eenvoudiger en efficiënter te worden. De richtlijn wijzigt de Kaderrichtlijn,⁴

295

1. Een samenvatting van deze herziening is te vinden in het overzichtsartikel door G.P. van Duijvenvoorde en M.A. Prinsen Geerligts, 'Next Generation Networks: Elektronische communicatieregulering uitgedaagd', *NTER* 2009, p. 237-245.
2. Richtlijn 2009/140/EG van het Europees Parlement en de Raad van 25 november 2009 tot wijziging van Richtlijn 2002/21/EG inzake een gemeenschappelijk regelgevingskader voor elektronische communicatienetwerken en -diensten, Richtlijn 2002/19/EG inzake de toegang tot en interconnectie van elektronische communicatienetwerken en bijbehorende faciliteiten, en Richtlijn 2002/20/EG betreffende de machtiging voor elektronische communicatienetwerken en -diensten, Pb. EU 2009, L 337/37 (Richtlijn betere regulering).
3. Richtlijn 2009/136/EG van het Europees Parlement en de Raad van 25 november 2009 tot wijziging van Richtlijn 2002/22/EG inzake de universele dienst en gebruikersrechten met betrekking tot elektronische communicatienetwerken en -diensten, Richtlijn 2002/58/EG betreffende de verwerking van persoonsgegevens en de bescherming van de persoonlijke levenssfeer in de sector elektronische communicatie en Verordening (EG) nr. 2006/2004 betreffende samenwerking met betrekking tot consumentenbescherming, Pb. EU 2009, L 337/11-37 (Richtlijn burgerrechten).
4. Richtlijn 2002/21/EG van het Europees Parlement en de Raad van 7 maart 2002 inzake een gemeenschappelijk regelgevingskader voor elektronische communicatienetwerken en -diensten (Kaderrichtlijn), Pb. EG 2002, L 108/33.

Machtigingsrichtlijn⁵ en de Toegangsrichtlijn.⁶ De Richtlijn burgerrechten zorgt voor een versterking van bepaalde consumentenrechten en het waarborgen van een hoog beschermingsniveau van persoonsgegevens. Deze richtlijn wijzigt de Universele dienstverleningsrichtlijn⁷ en de Privacyrichtlijn.⁸ De wijzigingen betreffen onderdelen van de richtlijnen. De situatie verschilt dan ook met die uit 2002 toen geheel nieuwe richtlijnen werden uitgevaardigd en ook de systematiek van het reguleren van partijen met aanmerkelijke marktmacht door de nationale toezichthouders werd gewijzigd (namelijk door het opleggen van specifieke verplichtingen aan dergelijke marktpartijen na uitvoerige marktanalyses).

Vlak voor de zomer in 2009 was het nieuwe Regelgevende Kader (ook wel: NRF of New Regulatory Framework) vrijwel gereed. Een discussie over *three strikes out* aan de hand van het amendement nr. 138 zorgde voor vertraging van het aannemen van het nieuwe kader. *Three strikes out* verwijst naar een automatische afsluiting van gebruikers van, bijvoorbeeld, internet als zij reeds tweemaal auteursrechten hebben geschonden. Een van de discussiepunten was of gebruikers zonder rechterlijke tussenkomst door aanbieders zouden kunnen worden afgesloten. Het ging hierbij om het zoeken naar een balans tussen aan de ene kant een zo ruim mogelijke toegang tot internet – het uitgangspunt van het nieuwe kader – en de bescherming van intellectuele eigendomsrechten. Frankrijk heeft als eerste land gekozen voor een wet die blokkering na schending van intellectuele eigendomsrechten mogelijk maakt.⁹

Na de zomer van 2009 werd de discussie rond het amendement 138 voortgezet. Het Europees Parlement was van mening dat afsluiting van internet slechts na rechterlijke uitspraak zou mogen plaatsvinden in verband met het respecteren van de vrije toegang tot internet. De Raad van de Europese Unie vond dit standpunt te ver gaan en te weinig recht doen aan de bescherming van intellectuele eigendomsrechten.¹⁰ Het compromis is uiteindelijk terecht gekomen in een nieuw toegevoegde bepaling in de Kaderrichtlijn. Hierbij staat het uitgangspunt van vrije toegang voorop. Maatregelen die de toegang tot of het gebruik van diensten beperken mogen alleen worden opgelegd als zij passend, evenredig en noodzakelijk zijn

en worden uitgevoerd met in achtneming van, onder andere, een doelmatige rechtsbescherming en eerlijk rechtsbedeling.¹¹

Op 25 november is het NRF – na een voorbereiding van ongeveer twee jaar – aangenomen. Overigens is de inhoud van de andere voorgestelde wijzigingen ongewijzigd gebleven.¹²

Toezicht: De oprichting van BEREC

Naast de genoemde twee richtlijnen is eveneens op 25 november 2010 een verordening aangenomen tot oprichting van een nieuw Orgaan van Europese regelgevende instanties voor elektronische communicatie (*Body of European Regulators for Electronic Communications of BEREC*). BEREC fungeert als exclusief forum voor de samenwerking tussen de 27 nationale toezichthouders onderling en tussen de 27 nationale toezichthouders en de Commissie.¹³ BEREC is een onafhankelijke instantie – zonder rechtspersoonlijkheid – die als doelstelling heeft bij te dragen aan een ontwikkeling en betere werking van de interne markt voor elektronische communicatienetwerken en -diensten via, onder andere, een consistente toepassing van het EU-regelgevingskader voor elektronische communicatie. Door de ontwikkeling van optimale regelgevingpraktijken en het verstrekken van adviezen over bijvoorbeeld ontwerpbesluiten van nationale toezichthouders, zou een meer uniforme toepassing en uitvoering van het NRF moeten worden bereikt. BEREC wordt ondersteund door een Bureau – met rechtspersoonlijkheid – van ongeveer 15 tot 20 medewerkers.

Op 28 januari 2010 vond de eerste vergadering plaats van BEREC waarin, onder andere, de Nederlandse voorzitter van het college van OPTA voor het jaar 2011 als voorzitter werd benoemd. In korte tijd heeft BEREC werk gemaakt van haar opdracht en een aantal standpunten gepubliceerd via haar site (www.berec.europa.eu). In een rapport over marktdefinitie gaat BEREC in op de afbakening van vaste en mobiele markten voor breedbanddiensten gelet op de ontwikkeling dat in toenemende mate gebruik wordt gemaakt van snelle mobiele breedbandverbindingen.¹⁴ Een ander voorbeeld betreft de ontwikkeling van de zoge-

5. Richtlijn 2002/20/EG van het Europees Parlement en de Raad van 7 maart 2002 betreffende de machtiging voor elektronische communicatienetwerken -en diensten, Pb. EG 2002, L 108/21.

6. Richtlijn 2002/19/EG van het Europees Parlement en de Raad van 7 maart 2002 inzake de toegang tot en interconnectie van elektronische communicatienetwerken en -diensten (Toegangsrichtlijn), Pb. EG 2002, L 108/7.

7. Richtlijn 2002/22/EG van het Europees Parlement en de Raad van 7 maart 2002 betreffende de universele dienst en gebruikersrechten met betrekking tot elektronische communicatienetwerken en -diensten (Universele dienstrichtlijn), Pb. EG 2002, L 108/51.

8. Richtlijn 2002/58/EG van het Europees Parlement en de Raad van 12 juli 2002 betreffende de verwerking van persoonsgegevens en de bescherming van de persoonlijke levenssfeer in de sector elektronische communicatie (Privacyrichtlijn), Pb. EG 2002, L 201/37.

9. Zie Brigitte Spiegeler, 'Drie maal is scheepsrecht? De Franse "three-strikes"-wet nader beschouwd', *Tijdschrift voor Internetrecht* 2010-1, p. 13-18.

10. Zie www.europarl.europa.eu, onder andere, OD/2007/0247 van 13 november 2009 met een overzicht van de reconciliatieprocedure.

11. Zie art. 1 lid 1 sub b 3 bis Kaderrichtlijn.

12. Dit betekent dat het in noot 1 vermelde overzicht van onderwerpen uit de conceptrichtlijnen inmiddels in de definitieve richtlijnen terecht is gekomen.

13. Verordening (EG) nr. 1211/2009 van het Europees Parlement en de Raad van 25 november 2009 tot oprichting van het Orgaan van Europese regelgevende instanties voor elektronische communicatie (BEREC) en het Bureau, Pb. EU 2009, L 337/1.

14. Zie BEREC-RSPG report on market definitions, BoR (10) 28, June 2010. Hiervoor wordt de techniek HSPA gebruikt. HSPA staat voor *High Speed Packet Access* en is een snelle mobiele breedbandverbinding (bijvoorbeeld voor *laptop of smartphone*).

noemde afgiftemarkten in de toekomst.¹⁵ Het gaat hier om afspraken tussen operators onderling over het afleveren van vast of mobiel verkeer op het netwerk van een andere operator.¹⁶ In Europa is het huidige systeem zo vormgegeven dat een operator betaalt aan de ontvangende operator voor het kunnen afleveren van het verkeer. Met andere woorden: als een klant van operator A naar een klant bij operator B belt, dan is operator A een bedrag aan operator B verschuldigd voor het afleveren van het betreffende telefoongesprek bij B. In het rapport stelt BEREC de vraag of dit systeem (ook wel genoemd *Calling Party Network Pays*) op lange termijn zal evolueren naar een ander systeem, *Bill & Keep*, waarbij – in genoemd voorbeeld – operator A en B over een weer geen tarieven in rekening brengen voor deze afgifte.

De rapporten van BEREC zijn uitdrukkelijk geen juridische adviezen maar meer bedoeld om een discussie op gang te brengen of een ontwikkeling te signaleren. Van nationale toezichthouders wordt evenwel verlangd om bij de uitoefening van hun taken en bevoegdheden zoveel mogelijk rekening te houden met de gegeven adviezen en standpunten.¹⁷ Zij kunnen overigens ook BEREC om advies vragen bij de beslechting van grensoverschrijdende geschillen.¹⁸

Het Nederlandse implementatievoorstel

Al een aantal maanden na de vaststelling van het NRF publiceerde het ministerie van Economische Zaken een conceptvoorstel tot implementatie van dit nieuwe kader. Op 27 en 28 april 2010 vonden informatiebijeenkomsten plaats waarin door het ministerie van Economische Zaken een toelichting is gegeven op het voorstel. In totaal heeft het ministerie 142 reacties op de consultatie ontvangen.¹⁹ In een consultatieverslag geeft het ministerie aan op welke wijze de ingebrachte punten zijn verwerkt. Op 2 juli 2010 heeft de ministerraad ingestemd met de wijzigingen in de Telecommunicatiewet en is het voorstel aan de Raad van State toegezonden.

Het uitgangspunt van dit implementatievoorstel is om uitsluitend aanpassingen in de Telecommunicatiewet voor te stellen die noodzakelijk zijn om het NRF te implementeren en daarin geen aanvullende onderwerpen mee

te nemen. Een deel van de wijzigingen behoeft geen implementatie.²⁰ Een voorbeeld vormt de verordening over BEREC zoals hiervoor is beschreven en de wijzigingen die gericht zijn op de onafhankelijkheid van de toezichthouder die grotendeels niet behoeven te worden geïmplementeerd.²¹ Wel is in het gewijzigde artikel 1 lid 3 Tw een verwijzing opgenomen naar adviezen en gemeenschappelijke standpunten van BEREC en is de rol van BEREC bij de totstandkoming van marktanalysebesluiten van OPTA toegevoegd in hoofdstuk 6b.²²

Ook valt op dat voor twee belangrijke onderwerpen wordt aangegeven dat er (nog) geen of slechts zeer beperkte implementatie plaatsvindt mede omdat de discussies over de inrichting van het wenselijke kader nog (ook op Europees niveau) worden gevoerd. Het betreft hier allereerst de discussie rondom de nieuwe generatie glasvezel netwerken ofwel *Next Generation Networks*. Deze nieuwe netwerken zijn nodig om in de toekomst te voorzien in de behoeften aan bandbreedte als gevolg van, onder andere, het uitwisselen van video of ander beeldmateriaal via internet. In de inleiding op het wetsvoorstel wordt benadrukt dat het regelgevend kader en de Telecommunicatiewet van toepassing zijn op deze netwerken. Wel wordt daarbij benadrukt dat er grote investeringen nodig zullen zijn en wordt daartoe de ruimte voor gemeentes om bij te dragen in deze investeringen verruimd. Om de (snelle) aanleg van, onder andere, nieuwe glasvezelnetwerken te bevorderen wordt in het gewijzigde artikel 5.4 lid 1 en 2 bepaald dat instemmingsbesluiten van de gemeente voor de aanleg binnen maximaal zes maanden na aanvraag moeten zijn genomen. Via de doorwerking van de Aanbevelingen van de Commissie op basis van artikel 1.3 van de Telecommunicatiewet wordt bereikt dat de nationale toezichthouders rekening moeten houden met de aanbevelingen over dit onderwerp.²³

Netneutraliteit

Het tweede onderwerp waarvan het beleid nog niet vaststaat, is de zogenoemde netneutraliteit. Alhoewel er geen vastomlijnde definitie is van dit begrip, wordt hieronder doorgaans verstaan dat alle gegevens op het internet, ongeacht herkomst of bestemming, gelijk moeten worden behandeld.²⁴ Dit betekent dat de internetgebruiker in het algemeen toegang moet kunnen hebben tot de inhoud of

15. Zie BEREC Common Statement on Next Generation Network Future Charging Mechanisms/Long Term Termination Issues, BoR (10) 24 Rev 1, June 2010.

16. Deze tarieven voor afgifte zijn door de verschillende nationale toezichthouders gereguleerd en aan maximumtarieven gebonden. Zie bijvoorbeeld het Besluit van OPTA Marktanalyse vaste en mobiele gespreksafgifte, 7 juli 2010 (OPTA/AM/2010/201951 te raadplegen via www.opta.nl) waarin tariefplafonds zijn opgenomen voor de mobiele en vaste afgifftarieven.

17. Zie ook de toevoeging in het Nederlandse implementatievoorstel art. 1.3. lid 2 Tw.

18. Zie ook het gewijzigd art. 12.8 Tw.

19. Zie Consultatieverslag wetsvoorstel implementatie gewijzigd Europees regelgevend kader (NRF) in de Telecommunicatiewet, te raadplegen via www.internetconsultatie.nl/nrfimplementatie.

20. Zie ook de bij het conceptwetsvoorstel gevoegde transponeringstabel.

21. Wel is, bijvoorbeeld, art. 23a aan de Wet Onafhankelijke post-en telecommunicatie autoriteit toegevoegd om tot uiting te brengen dat de minister van Economische Zaken zich onthoudt van instructies die op een individuele zaak betrekking hebben.

22. Zie de wijzigingen in art. 6b.2 en 6b.3 Tw.

23. Bijvoorbeeld de conceptaanbeveling van de Commissie over geregleerde toegang tot Next Generation Access Networks, 12 juni 2009. Het onderwerp maakt ook deel uit van de zogenoemde Digitale Agenda voor Europa, COM(2010) 245 final van 19 mei 2010.

24. Zie ook A.R. Lodder, 'Netneutraliteit: belangrijk en ingewikkeld', *Tijdschrift voor Internetrecht* 2010-3, p. 77.

de toepassing van zijn keuze.²⁵ Netneutraliteit betreft de vraag of een aanbieder van internettoegang gerechtigd is de toegang tot bepaalde diensten op het internet af te sluiten dan wel bepaalde diensten gunstiger te behandelen dan andere (gelijksoortige) diensten. Met andere woorden: mag hij afwijken van het uitgangspunt dat hij hetzelfde type verkeer op een gelijke wijze behandelt en bepaalde typen verkeer niet neutraal behandelt? Mag hij bijvoorbeeld televisiediensten via internet (IP TV) die hij zelf levert voorrang verlenen boven dezelfde diensten die via zijn netwerk door derden worden geleverd? Mogen telecommunicatieaanbieders bijvoorbeeld SKYPE via mobiel internet verbieden?²⁶ Alhoewel dit een discussiepunt was in de voorbereiding van het NRF, is geen antwoord gegeven op deze vraag.

In een door de Commissie bij de Richtlijn betere regelgeving gevoegde verklaring geeft de Commissie aan groot belang te hechten aan het handhaven van het open en neutrale karakter van het internet. Het onderwerp netneutraliteit is niet expliciet opgenomen in het NRF maar het uitgangspunt en enkele randvoorwaarden zijn daarin wel opgenomen. In de Kaderrichtlijn is het uitgangspunt opgenomen dat de nationale toezichhouders 'bevorderen het vermogen van de eindgebruikers om toegang te krijgen tot informatie en deze te verspreiden of om gebruik te maken van toepassingen van diensten van hun keuze'.²⁷ Daarnaast zijn in de Universele Dienstrichtlijn bepalingen toegevoegd om te waarborgen dat in de contracten met eindgebruikers wordt opgenomen of er eventuele beperkingen zijn inzake toegang en/of het gebruik van diensten en tevens dat aanbieders hun abonnees informeren over eventuele wijzigingen in deze toegang en/of het gebruik.²⁸ Ook geldt een informatieplicht wanneer de aanbieder het verkeer meet om te voorkomen dat een netwerk aansluiting vol- of overloopt en over de wijze waarop een dergelijk meting gevolgen kan hebben voor de kwaliteit van de dienstverlening.²⁹ In de verklaring stelt de Commissie dat zij de implementatie van deze voor netneutraliteit relevante bepalingen nauwlettend zal volgen alsmede zal nagaan welke effecten van markt en technologische ontwikkelingen op dit onderwerp hebben. Vóór eind 2010 zal hierover een verslag worden uitgebracht.³⁰ Het is – mede gelet op de onduidelijke situatie op Europees niveau – dan ook niet verwonderlijk dat in het Nederlandse implementatievoorstel slechts zeer beperkt aandacht wordt gegeven aan netneutraliteit (zie ook hierna, waar we stil staan bij die implementatie). In antwoord op de vele reacties op dit onderwerp in het wetsvoorstel – waarin, onder andere, is aangegeven dat het ontbreken van een materiële bepaling over netneutraliteit een gemis-

te kans is om internet te regelen – bevestigt de minister dat de discussie op Europees niveau een belangrijke reden is voor het nog niet opstellen van regels op dit terrein.³¹ Eind juni 2010 is de Commissie gestart met een consultatie over netneutraliteit.³² Alhoewel het definitieve implementatievoorstel nog niet bekend is, is het interessant om op een aantal onderwerpen uit het voorstel nader in te gaan. Hierna zal een aantal belangrijke thema's uit het nieuwe kader en het wetsvoorstel worden besproken.³³

Frequenties

In april 2010 heeft in Nederland een internetveiling plaatsgevonden van het spectrum in de 2.6 Ghz frequentieband.³⁴ Naast KPN, T-Mobile en Vodafone hebben nieuwkomers als Tele2 en Ziggo 4 frequentieruimte via deze veiling verworven. Het geveilde spectrum is van belang voor telecommunicatiebedrijven om te kunnen inspringen op de vraag van gebruikers naar snelle mobiele breedbanddiensten. In de toekomst zal meer frequentieruimte nodig zijn om te kunnen meegroeien met de vraag naar deze diensten en om innovatieve diensten te kunnen ontwikkelen. Een doelmatig en gecoördineerd spectrumbeheer is dan ook als een van de doelstellingen in de 'Richtlijn betere regelgevingrichtlijn' geformuleerd.³⁵ 'Digitaal dividend' is de benaming van het beschikbaar komende spectrum na de omschakeling van analoge naar digitale aardse etherdistributie van televisie. Als dit spectrum wordt vrijgemaakt van het huidige gebruik van zenders dan kan dat banddeel in het spectrum worden opengesteld voor elektronische communicatie, met name gericht op mobiel breedbandgebruik.³⁶ In het verleden zijn al frequenties vrij gekomen na, bijvoorbeeld toen in Nederland eind 2006 de uitzending van analoge televisie uitzendingen via de ether is beëindigd.

Op het gebied van de frequentieregeling benadrukt het wetsvoorstel dat frequentieruimte zoveel mogelijk tech-

25. Zie o.a. in 'De Digitale Agenda: Commissie start met raadpleging over netneutraliteit', IP/10/860 en Questionnaire voor de consultatie over open internet en net neutraliteit van 30 juni 2010.

26. Zie hierover ook Kamervraag 2766 over Europese stappen tegen telecommunicatieaanbieders en fabrikanten van smartphones om gebruik van VOIP toe te staan op de mobiel, *Kamerstukken II* 2008/09, Aanhangsel 5811-5812.

27. Zie het nieuwe art. 8 lid 4 sub g Kaderrichtlijn.

28. Zie art. 20 lid 1 onder b en art. 21 lid 3 sub c Universele Dienstrichtlijn.

29. Zie art. 21 lid 3 sub d Universele Dienstrichtlijn.

30. Zie de Verklaring van de Commissie inzake Netneutraliteit, gevoegd als bijlage bij de Richtlijn betere regelgeving.

31. Zie Consultatieverslag wetsvoorstel implementatie gewijzigd Europees regelgevend kader (NRF) in de Telecommunicatiewet, te raadplegen via www.internetconsultatie.nl/nrfimplementatie.

32. Zie De Digitale Agenda: Commissie start met raadpleging over netneutraliteit, IP/10/860, Brussel, 30 juni 2010 alsmede de *Questionnaire for the Public Consultation on the Open Internet and Net Neutrality in Europe*, te raadplegen via http://ec.europa.eu/information_society/policy/ecomm/library/public_consult/index_en.htm.

33. Hierbij zal worden aangesloten bij de onderwerpen die in het overzichtsartikel uit 2009 zijn behandeld. Zie eveneens over de implementatie tevens Fejo Sickinge en Marjolein Geus, 'Implementatie van de herziene Europese telecomrichtlijnen (deel I). De vrijheid van de nationale wetgever in het nieuwe woud van regulering', *Mediaforum* 2010-7/8, p. 222-231.

34. Zie het persbericht van 26 april 2010 op de website van het Agentschap Telecom www.agentschap-telecom.nl/actueel/nieuws/frequentieveiling-mobiel-breedband-aferond.

35. Zie r.o. 3.

36. Zie ook brief van de minister van Economische Zaken aan de Tweede Kamer, 28 juli 2010, *Kamerstukken II* 2009/10, 21 501-33, nr. 286. Zie tevens de Mededeling van de Commissie, Het digitale dividend omzetten in sociale voordelen en economische groei, COM (2009) 586 def. van 28 oktober 2009 en Aanbeveling van de Commissie van 28 oktober 2009 tot het vrijgeven van het digitale dividend in de Europese Unie vergemakkelijken, Pb. EU 2009, L 308/24.

niekonafhankelijk moet worden uitgegeven. Bij wijzigingen in het gebruiksrecht van frequenties krijgen niet alleen de telecommunicatieondernemingen die de frequenties gebruiken het recht om een zienswijze naar voren te brengen maar ook gebruikers en consumenten.³⁷ De gebruikers moeten in beginsel zelf in staat zijn te bepalen welke technologieën zij gebruiken. Er mogen geen onnodige beperkingen worden opgelegd. Toegelaten beperkingen betreffen, onder andere, de beperkingen die nodig zijn om schadelijke interventie te vermijden of in het kader van de volksgezondheid.³⁸ Ook voor noodsituaties en het waarborgen van communicatie tussen hulpdiensten en overheidsinterventies kunnen regels met betrekking tot de verlening en wijziging van vergunningen worden opgesteld.³⁹ Bij het bepalen van de duur van de vergunning tot gebruik van de frequenties moet rekening worden gehouden met het doel en de periode waarin de benodigde investeringen worden afgeschreven.⁴⁰

Nieuw in het wetsvoorstel is de mogelijkheid om een vergunninghouder te dwingen tot een gedwongen verkoop van vergunningen of een deel ervan.⁴¹ Deze mogelijkheid komt te bestaan naast de huidige mogelijkheid om vergunningen in te trekken. Als voordeel hiervan wordt genoemd dat bij een gedwongen verkoop de vergunning blijft bestaan zoals deze oorspronkelijk is verleend waardoor de op de markt bestaande concurrentiemogelijkheden zo min mogelijk veranderen. De bestaande vergunningvoorschriften blijven onverkort gelden. Een geïnteresseerde koper zal aan de minister van Economische Zaken toestemming moeten vragen om de vergunning te mogen kopen. Zo kan de minister toetsen of een partij voldoet aan de vereisten van de maximale hoeveelheid te verwerven frequentieruimte. De overdracht zal binnen acht weken moeten plaatsvinden. Overigens zal de vergunninghouder in de gelegenheid worden gesteld om zijn vergunning vrijwillig in te leveren door om intrekking van de vergunning te verzoeken. Er zullen in lagere regelgeving regels worden opgesteld voor, bijvoorbeeld, de situatie waarin een vergunninghouder niet bereid is aan een van de gegadigden te verkopen terwijl deze gekwalificeerd is om de vergunning over te nemen.

In de toelichting wordt aangegeven dat geen nadere implementatie nodig is om het 'hamsteren' van frequentieruimte tegen te gaan. De in een ander wetsvoorstel opgenomen artikelen 3.11, 3.14 en 3.15 Tw zullen al voldoende middelen geven om dit tegen te gaan, onder andere, via opname in de vergunning van een verplichting tot ingebruikname van de frequenties.⁴²

Nieuwe verplichting: functionele scheiding

Het gewijzigde kader verandert niet de systematiek van regulering van ondernemingen met aanmerkelijke marktmacht. De nationale toezichthouder dient voorafgaand aan het opleggen van verplichtingen aan deze ondernemingen eerst de markt onderzoeken,⁴³ vast te stellen of er ondernemingen zijn met aanmerkelijke marktmacht en vervolgens te bepalen of er verplichtingen moeten worden opgelegd aan deze ondernemingen met aanmerkelijke marktmacht omdat de markt niet daadwerkelijk concurrerend is. In de afgelopen jaren is – conform de aanbeveling van de Commissie⁴⁴ – een trend in de Europese lidstaten waarneembaar dat steeds minder verplichtingen op eindgebruikersmarkten (*retail*-verplichtingen) worden opgelegd maar wordt volstaan met toegangsverplichtingen op groothandelniveau (*wholesale*-verplichtingen). Via deze toegang wordt gewaarborgd dat meerdere bedrijven in voldoende mate concurrerende diensten aan eindgebruikers kunnen bieden.⁴⁵

Ook de institutionele inbedding van het opleggen van deze *ex ante* verplichtingen is nauwelijks gewijzigd. Conceptmarktanalysebesluiten van de nationale toezichthouder moeten aan de Commissie worden voorgelegd. De Commissie kan een conceptbesluit blokkeren door middel van een veto op het onderdeel van de marktafbakening of de aanwijzing van een onderneming met aanmerkelijke marktmacht. De Commissie kan dit vetorecht niet gebruiken ten aanzien van de voorgestelde opgelegde verplichtingen. Ondanks de discussie in het kader van de voorbereiding van het NRF over de uitbreiding van het vetorecht over de opgelegde verplichtingen, is dit niet aangepast. Wel kan de Commissie een aanbeveling opstellen om het ontwerpbesluit aan te passen of in te trekken en zal BERECH hierover advies uitbrengen. De betrokken lidstaat zal daarop gemotiveerd moeten reageren. De Commissie kan ook bindende harmonisatiebesluiten nemen over de toepassing van marktregulering in het algemeen (dus niet over individuele besluiten) waarover BERECH eveneens zal adviseren.⁴⁶ Nederland heeft bij het aannemen van het NRF aangegeven grote moeite te hebben met de centrale rol van de Commissie bij de regulering van telecommunicatiemarkten.⁴⁷ Dit heeft evenwel niet geresulteerd in het terugbrengen van de bevoegdheden van de Commissie.

Een belangrijke wijziging in de materiële verplichtingen die kunnen worden opgelegd, betreft de mogelijkheid tot

37. Zie het gewijzigde art. 3.3 lid 1.

38. Zie de gewijzigde leden 3 tot en met 5 van art. 3.1 en art. 3.14.

39. Zie het gewijzigde art. 3.16 Tw.

40. Zie het gewijzigde art. 3.17 Tw.

41. Zie het gewijzigde art. 3.19 Tw en de toelichting.

42. Zie de toelichting bij het wetsvoorstel onder art. 3.14. Het wetsvoorstel loopt hierbij vooruit op het nog in behandeling zijnde wetsvoorstel tot Wijziging van de Telecommunicatiewet in verband met de Nota frequentiebeleid 2005, 31 412 dat hoofdstuk 3 van de Telecommunicatiewet zal wijzigen.

43. De Commissie stelt hiertoe volgens art. 15 Kaderrichtlijn een aanbeveling op basis waarvan nationale toezichthouders binnen twee jaar de markt moeten onderzoeken, zie ook het gewijzigde art. 6a.1 Tw met toevoeging van de termijn van twee jaar.

44. Aanbeveling van de Commissie over relevante markten, Pb. EU 2007, L 344/44.

45. Zie ook de toelichting bij het wetsvoorstel, onder 1.5.

46. Zie ook de nieuw toegevoegde art. 7bis en 7 ter van de Kaderrichtlijn. De wijzigingen in het institutionele kader zijn verwerkt in het gewijzigde hoofdstuk 6b Tw.

47. Zie *Kamerstukken II 2009/10*, 21 501-33, nr. 250, p. 2.

het opleggen van een verplichting tot functionele scheiding aan verticaal geïntegreerde ondernemingen met aanmerkelijke marktmacht waarbij de oplegging van andere verplichtingen (zoals genoemd in art. 6a.6 tot en met 6a.10 Tw) niet voldoende effectief zijn om concurrentieproblemen aan te pakken. Een nationale toezichthouder kan dit alleen na voorafgaande toestemming van de Commissie opleggen. Bij een functionele scheiding zullen, bijvoorbeeld, de *wholesale*-activiteiten van een onderneming in een aparte functionele bedrijfseenheid worden ondergebracht die operationeel zelfstandig functioneert maar wel onderdeel uit kan maken van de moedermaatschappij waaronder ook andere eenheden vallen.⁴⁸ Een onderneming kan ook vrijwillig besluiten over te gaan tot een functionele of structurele scheiding: in dat geval moet na deze scheiding door de toezichthouder worden nagegaan of toegangsverplichtingen moeten worden opgelegd, gehandhaafd, gewijzigd of ingetrokken.⁴⁹

Tot slot is een generieke verplichting tot het verlenen van carrierkeuze of carriervoorkeuze niet langer opgenomen in de Tw; deze verplichting kan nog wel als toegangsverplichting in het kader van artikel 6a.6 tot en met 6a.10 Tw worden opgelegd. Ook zijn – in lijn met de hiervoor beschreven trend – de verplichtingen op het terrein van *retail*-huurlijnen vervallen.⁵⁰

Versterking van de positie van de consument

Via wijzigingen in hoofdstuk 7 van de Telecommunicatiewet wordt de positie van de consument op een aantal punten verbeterd. Het gaat hierbij om voorschriften ter bevordering van het gemakkelijker overstappen naar een andere aanbieder (zoals een maximumduur van 24 maanden bij een overeenkomst voor bepaalde duur), de transparantie en vergelijkbaarheid van producten en diensten, de informatieplicht voor of bij het sluiten van een overeenkomst, het verstrekken van informatie aan eindgebruikers en de mogelijkheid om extra faciliteiten voor te schrijven (zoals gebruiksprofielen van consumenten die gebruikmaken van een bundel diensten of een tariefadvies). De transparantie-eisen hebben betrekking op, onder andere, de wachttijd voor een eerste aansluiting, toegang tot noodhulpdiensten, minimumkwaliteitsniveaus en soorten onderhoudsdiensten. Ook moet de aanbieder aangeven welke maatregelen hij treft bij beveiligings-, integriteitsincidenten of bedreigingen en kwetsbaarheden. Men kan hierbij denken aan de *service* die de aanbieder aan de abonnee biedt wanneer er een *hacker* actief is geweest. Naast consumenten kunnen ook het midden- en kleinbedrijf deze informatie ontvangen als zij daarom verzoeken. In veel van de in hoofdstuk 7 Tw opgenomen (gewijzigde)

48. Zie het nieuwe art.13 bis Toegangsrichtlijn en het nieuwe art. .6a.4a Tw.

49. Zie het nieuwe art. 13 ter Toegangsrichtlijn en het nieuwe art. 6a.4b Tw.

50. Door deze wijzigingen – die zijn gerelateerd aan wijzigingen in art. 18 en 19 van de Universele Dienstrichtlijn – vervallen de paragrafen 6a.4 en 6a.5.

artikelen is opgenomen dat via lagere regelgeving voorschriften kunnen worden gesteld zodat nog onduidelijk is of en op welke wijze deze verplichtingen nader zullen worden ingevuld.

Specifieke transparantie-eisen zijn opgenomen in het kader van de netneutraliteit. Zoals hiervoor is beschreven, zijn om enigszins tegemoet te komen aan het uitgangspunt van netneutraliteit in de Universele dienstrichtlijn nieuwe voorschriften opgenomen om ervoor te zorgen dat aanbieders hun abonnees informeren over beperkingen van de toegang tot diensten, met name bij dreigende overbelasting van het netwerk.⁵¹ Deze zijn ook overgenomen in het wetsvoorstel. Het gaat hierbij om wijzigingen in de voorwaarden voor beperking van de toegang tot of het gebruik van diensten (art. 7.3, lid b Tw) of de door de aanbieder ingestelde maatregelen bij congestie en de gevolgen daarvan voor de kwaliteit van de dienstverlening (art. 7.3, lid c Tw). Bij deze laatste vorm van transparantie kan bijvoorbeeld worden gedacht aan transparantie ten aanzien van het netwerkmanagement zodat gebruikers weten welke diensten (internetbestemmingen) zullen worden beperkt bij een te grote belasting. Op basis van artikel 7.4.a Tw bestaat de mogelijkheid om via lagere regelgeving minimumvoorschriften ten aanzien van de kwaliteit op te nemen, bijvoorbeeld in de vorm van een minimumsnelheid voor bepaald verkeer of toegang tot een bepaalde website of dienst.

Ter bescherming van de consument is verder is een groot aantal bepalingen opgenomen voor specifieke groepen van consumenten, namelijk consumenten met een fysieke beperking, bijvoorbeeld ten aanzien van de toegang tot noodhulpdiensten dan wel tekst- of beeldbemiddelingsdiensten voor doven en slechthorenden. Ook kunnen regels worden gesteld om te bereiken dat consumenten met een fysieke beperking gelijkwaardige toegang tot diensten hebben als de meerderheid van de eindgebruikers.⁵²

Veiligheid en privacy

Nieuw in de Kaderrichtlijn en het toe te voegen hoofdstuk 11a in de Telecommunicatiewet is een regeling waarbij aanbieders passende technische en organisatorische maatregelen nemen om de risico's en veiligheid en integriteit van hun netwerken en diensten te beheersen. Ook hiervoor geldt dat veel nog kan worden uitgewerkt in lagere regelgeving. Een verplichting van aanbieders van openbare elektronische communicatienetwerken en -diensten tot melding van inbreuken van veiligheid en verlies van integriteit is wel in het voorstel opgenomen. Deze melding bij de minister van Economische Zaken moet onverwijld plaatsvinden als de continuïteit van de netwerken of de diensten in belangrijke mate werd onderbroken.⁵³

51. Zie de gewijzigde art. 21 en 22 Universele Dienstrichtlijn alsmede de toelichting bij het wetsvoorstel onder 1.6.1.3 Tw en bij art. 7.3 lid 4 Tw.

52. Zie onder andere art. 7.8 Tw in aanvulling op art. 9.1 Tw.

53. Zie het toegevoegde art. 11a.2 Tw.

Een andere meldingsplicht betreft de verplichting om veiligheidsinbreuken met betrekking tot persoonsgegevens onverwijld te melden bij OPTA.⁵⁴ Internet service providers die toegang verschaffen tot het internet zullen inbreuken moeten melden op de beveiliging van persoonsgegevens die zijn verstuurd, opgeslagen of anderszins verwerkt in verband met de levering van een openbare elektronische communicatiedienst. Ook geldt dat degene wiens persoonsgegevens het betreft, onverwijld op de hoogte moet worden gesteld van een dergelijke inbreuk indien de inbreuk naar verwachting nadelige gevolgen heeft of kan hebben voor diens persoonlijke levenssfeer. Deze laatste melding hoeft niet plaats te vinden als door (preventief) genomen technische beschermingsmaatregelen de persoonsgegevens onbegrijpelijk voor derden zijn geworden (zoals na encryptie).⁵⁵

Daarnaast is het hoofdstuk over de bescherming van persoonsgegevens (hoofdstuk 11) op andere punten aangepast. Het plaatsen van informatie op de eindapparatuur van de eindgebruiker valt onder een *opt-in* regime (in plaats van het bestaande *opt-out* regime): voor het plaatsen van zogenoemde *cookies* op bijvoorbeeld een computer moet de gebruiker geïnformeerd worden en dient vooraf toestemming aan de eindgebruiker te worden gevraagd. *Cookies* kunnen de dienstverlening via een website beter op de eindgebruiker afstemmen. Zij kunnen echter ook worden gebruikt om het surfgedrag of de interesses van de eindgebruikers te registreren en commercieel te verhandelen. Met andere woorden: *cookies* kunnen legitiem en nuttig zijn maar ook schadelijk. Omdat nog onduidelijk is hoe het toestemmingsvereiste praktisch kan worden vormgegeven zal hierover nog nader overleg plaatsvinden met OPTA, consumentenorganisaties en het bedrijfsleven.⁵⁶ Naar aanleiding van de tijdens de consultatie geuite bezwaren tegen het voorgestelde vereiste van ondubbelzinnige toestemming is wel besloten om de toevoeging ‘ondubbelzinnig’ te laten vervallen.⁵⁷ Verder behoeft gedurende een internetsessie niet telkens opnieuw de informatie te worden verstrekt en de toestemming te worden gevraagd. De vereisten gelden niet als de technische opslag of toegang van de gegevens inherent is aan de toegepaste techniek voor communicatie, zoals bijvoorbeeld het voor een internetsessie (tijdelijk) toegewezen IP-adres.⁵⁸

Ondernemingen moeten ook voorzien in een intern veiligheidsbeleid, waarin bijvoorbeeld slechts daartoe gemachtigd personeel voor wettelijk toegestane doeleinden toegang heeft tot persoonsgegevens.⁵⁹

Het zogenoemde *spam*-verbod uit artikel 11.7 Tw is gewijzigd zodat niet alleen abonnees maar ook gebruikers

beschermd worden tegen ongevroegde communicatie ten behoeve van direct marketing doeleinden.

Andere wijzigingen

In het voorstel wordt artikel 4.10 Tw over nummerportabiliteit gewijzigd. Nummerportabiliteit houdt in dat een abonnee wanneer hij overstapt naar een andere aanbieder voor de levering van een elektronische communicatiedienst (bijvoorbeeld een mobiel abonnement) zijn nummer kan behouden bij deze andere aanbieder. Met de wijziging in dit artikel wordt geborgd dat de levering van de dienst via het nummer niet later aanvangt dan de werkdag volgend op de beëindiging van de diensten van zijn vorige aanbieder.

Op het punt van de bereikbaarheid van nummers (in Nederland en daarbuiten) bepaalt het gewijzigde artikel 6.5 Tw dat via lagere regelgeving nadere voorschriften kunnen worden gegeven aan aanbieders zodat eindgebruikers deze nummers kunnen bereiken.

Voor wat betreft de universele dienstverlening, namelijk de diensten en voorzieningen die voor iedere gebruiker tegen betaalbare prijs en met een bepaalde kwaliteit beschikbaar zijn, is hoofdstuk 9 Tw aangepast. Er is een soort aanbestedingsprocedure uitgewerkt om veilig te stellen dat dergelijke universele diensten – die niet door het normale functioneren van de markt worden gegarandeerd – door aanbieders worden aangeboden. Aanbieders kunnen een bod uitbrengen voor het uitvoeren van de opdracht waarbij met de wijzigingen wordt geborgd dat ook kleinere aanbieders kunnen meedingen naar een opdracht. Alhoewel de huidige Telecommunicatiewet thans ook al een soort aanbestedingsprocedure voor universele dienstverlening omvat, is daarvan tot nu toe nog geen gebruik van gemaakt. Via het overgangsrecht voert KPN namelijk de universele diensten uit (behalve de diensten en voorzieningen voor eindgebruikers met een fysieke beperking die in het wetsvoorstel aan art. 9.1 Tw worden toegevoegd). Dit betekent dat zolang KPN deze universele diensten nog blijft uitvoeren, de wijzigingen in hoofdstuk 9 nog geen praktische gevolgen zullen hebben voor de huidige universele diensten. Voor het aanbieden van specifieke diensten ten behoeve van eindgebruikers met een fysieke beperking zou de procedure wel kunnen worden toegepast als bijvoorbeeld blijkt dat deze diensten niet onder normale commerciële voorwaarden kunnen worden aangeboden.

Tot slot

De implementatie van het NRF op het gebied van elektronische communicatie is in Nederland met het consulteren van een conceptversie voortvarend opgepakt. De wijzigingen zullen op bepaalde onderwerpen, zoals de invoering van meldingsplichten en het frequentiebeleid, gevolgen hebben voor ondernemingen die elektronische

54. Zie art. 11.3b Tw en voor de definitie van inbreuk in verband met persoonsgegevens het nieuwe art. 11.1 sub j Tw. Zie tevens het gewijzigde art. 4 Privacyrichtlijn.

55. Zie art. 11.3b lid 5 Tw.

56. Zie toelichting bij het wetsvoorstel onder 1.8.

57. Zie art. 11.3a Tw en de reactie van de minister van Economische Zaken op de inbreng tijdens de consultatieronde.

58. Zie art. 11.3a lid 3 Tw en de toelichting bij dit artikel.

59. Zie het gewijzigde art. 11.3 lid 2 Tw.

communicatienetwerken of -diensten aanbieden. Consumenten krijgen meer bescherming en zullen vanwege de uitbreiding van transparantieverplichtingen ook meer inzicht kunnen krijgen in aanbiedingen van telecommunicatieaanbieders. Belangrijke thema's zoals netneutraliteit en de ontwikkeling van glasvezelnetwerken zullen nog verder – op Europees en Nederlands niveau – moeten worden uitgewerkt.