

TELECOMMUNICATIERECHT

AAK20157735

N.A.N.M. van Eijk

Wet- en regelgeving

Het heeft een lange tijd geduurd, maar de minister van Veiligheid en Justitie heeft eindelijk een reactie aan de Tweede Kamer gestuurd naar aanleiding van de uitspraak van het Europese Hof van Justitie over de zogenaamde dataretentierichtlijn. Het Hof maakte eerder korte metten met deze richtlijn door deze ongeldig te verklaren, met name omdat niet aan het proportionaliteitsvereiste is voldaan (*KwartaalSignaal* 131). De richtlijn schrijft voor dat verkeers- en locatiegegevens tot een maximale termijn van 24 maanden bewaard kunnen worden in het kader van de bestrijding van terrorisme en ernstige misdrijven. Nederland heeft de richtlijn geïmplementeerd in de Telecommunicatiewet (art. 13.2a Tw). In een advies concludeert de Raad van State dat op belangrijke onderdelen de huidige regelgeving niet in stand kan blijven (*Stert.* 2015, nr. 328). Zo is geen afweging gemaakt ten aanzien van de duur van de bewaartermijnen in relatie tot het nut voor het nagestreefde doel en naar gelang de betrokken personen. De Raad stelt verder vragen bij de toegang tot de verzamelde gegevens en wijst erop dat waarborgen ontbreken ten aanzien van de opslag en vernietiging van de gege-

vens. Ten slotte noemt de Raad nog dat de uitspraak ook consequenties kan hebben voor het verleden. Uit de reactie van de minister blijkt dat hij zich weliswaar realiseert dat de Nederlandse wetgeving moet worden aangepast, maar daarbij gaat hij niet zover als het advies van de Raad van State (*Kamerstukken II*, 33542, 16). Aanpassing van het Wetboek van Strafvordering wordt nodig geacht om te voorzien in een objectief criterium (de ernst van het misdrijf) voor de duur van het bewaren van de gegevens. Er zullen extra waarborgen komen om de toegang tot de gegevens te matigen door de introductie van een systeem van differentiatie in de toegang en door de introductie van voorafgaande rechterlijke toetsing. Gegevens die onder de bewaarplicht vallen worden mogelijk versleuteld opgeslagen, waarbij er de verplichting is om deze gegevens op Nederlands grondgebied te bewaren. Door het Agentschap Telecom zal toezicht worden uitgeoefend. Een ontwerp-wetsvoorstel maakt deel uit van de brief. Overigens moet worden opgemerkt dat het hier slechts gaat om de strafrechtelijke/strafvorderlijke aspecten van de bewaarplicht. Hoe de uitspraak van het Hof zich verhoudt tot activiteiten in het kader van de Nationale Veiligheid komt niet aan de orde. Doordat de minister zelf aangeeft dat de bestaande wettelijke kaders niet passend zijn, is de vraag aan de orde of de huidige regels nog wel gehandhaafd kunnen worden. Dit is een van de zaken die aan de orde komen in een kort geding dat een aantal belanghebbende partijen – waaronder het Nederlands Juristen Comité voor de Rechten van de Mens (NJCM) en de Nederlandse Vereniging van Journalisten (NVJ) – hebben aangespannen.

In het vorige KwartaalSignaal is aandacht besteed aan het wetsvoorstel tot aanpassing van de cookie-regels (*Kamerstukken II* 2014/15, 33902). Het leek erop dat het wetsvoorstel geen problemen zou opleveren in de Eerste Kamer, maar die heeft een nader voorlopig verslag toegestuurd (*Kamerstukken I*, 33902, D). In een brief aan de Eerste Kamer is gewezen op het feit dat de bestaande toezichtregels erop neerkomen dat de verleende toestemmingen voor het plaatsen van cookies voor een periode van vijf jaar bewaard zouden moeten worden. Dit volgt uit het feit dat de Algemene wet Bestuursrecht (AwB) tot vijf jaar na dato de mogelijkheid biedt om sancties op te leggen (art. 5.45 AwB). Bovendien heeft de toezichthouder, de ACM, dit ook met zoveel woorden neergelegd in een document met de titel 'Veelgestelde vragen over de cookiebepaling' (versie maart 2014, zie: www.acm.nl). Een en ander zou met zich meebrengen dat zeer grote hoeveelheden gevoelige persoonsgegevens moeten worden bewaard. De Eerste Kamer wil hierover opheldering van de minister. Op zich heeft men hier een punt, maar tegelijkertijd gaat het om een veel breder vraagstuk dat ook al eens aan de orde is geweest in het kader van advisering door Actal (het Adviescollege toetsing regeldruk). Heel veel wetten – bijvoorbeeld belastingwetgeving – kennen lange bewaar- en toezichtstermijnen en daarbij gaat het ook veel om persoonsgegevens.

Jurisprudentie

Jarenlang is er gestreden over de vraag of telecommunicatienetwerken roerende dan wel onroerende zaken zijn, over de eigendom van deze netwerken (horizontale of verticale natrekking) en over de bevoegdheid om de aanleg in openbare grond te belasten (zogenaamde precarioproblematiek). Via jurisprudentie van de Hoge Raad en aanvullende wettelijke maatregelen keerde de rust grotendeels weder. De gemeente Amersfoort trekt nu opnieuw ten strijde en dit heeft opnieuw geleid tot een zaak bij de Hoge Raad, waarin de A-G inmiddels conclusie heeft getrokken (ECLI:NL:PHR:2014:2238). Het gaat om vergoedingen die de gemeente vraagt voor instemmingsbesluiten met betrekking tot de aanleg van netwerken. Op zich kunnen vergoedingen worden gevraagd, de gemeente heeft een coördinatietaak uit hoofde van hoofdstuk 5 Tw. Echter de gevraagde legesvergoedingen zijn niet puur kostengeoriënteerd voor wat betreft iedere specifieke tussenkomst maar worden gemiddeld. De A-G gaat in op de vraag of dit in overeenstemming is met geldende Europese regels (meer in het bijzonder de zogenaamde Machtigingsrichtlijn en Dienstenrichtlijn). Hij adviseert de Hoge Raad om prejudiciële vragen voor te leggen aan het Hof in Luxemburg: wordt vervolgd!

Een andere langlopende zaak waarin ook prejudiciële vragen zijn gesteld, is inmiddels wel beslecht. Het Hof in Luxemburg oordeelde in 2013 dat gemeenten niet voor telecomtoezichthouder mogen spelen en de tarieven voor de toegang tot de kabel mogen reguleren. De gemeente Hilversum meende wel invloed te mogen uitoefenen op basis van een contract dat was afgesloten bij de verkoop van het kabelnet aan UPC. Het Hof Amsterdam heeft nu op basis van de antwoorden op de prejudiciële vragen geoordeeld dat de gemeente onrechtmatig heeft gehandeld (ECLI:NL:GHAMS:2014:4543). De gemeente zal de geleden schade moeten vergoeden.

Literatuur

- E.J. Dommering & N. van Eijk, 'Opstelten slaat onwettig onze data op' in: *NRC* 26 november 2014;
- Adviesraad Internationale Vraagstukken (AIV), 'Het internet: een wereldwijde vrije ruimte met begrensde staatsmacht', Advies nr. 92, november 2014, Den Haag: AIV 2014;
- M.-P. Granger & K. Irion. 'The Court of Justice and the Data Retention Directive in Digital Rights Ireland: telling off the EU legislator and teaching a lesson in privacy and data protection', *European Law Review* 39, 2014, afl. 4, p. 835-850;
- P. Waszink, 'Rechtsbescherming bij de verdeling van schaarse radiofrequenties, tweede deel van een tweeluik', in: *Mediaforum* 2014, afl. 11/12, p. 270-275.