

TELECOMMUNICATIERECHT

AAK20168077

N.A.N.M. van Eijk

Wet- en regelgeving

In het vorige *KwartaalSignaal* is de afronding van de ‘telecommunicatieverordening’ gesignaleerd (Verordening (EU) 2015/2120 d.d. 25 november 2015). Deze verordening treedt op 30 april in werking en bevat een nieuwe regeling van netneutraliteit. Omdat de regels in de verordening op onderdelen afwijken van de Nederlandse netneutraliteitsregels, moet de Telecommunicatiewet tijdig worden aangepast. Inmiddels is een wetsvoorstel naar de Tweede Kamer gezonden dat daarin voorziet en met name artikel 7.4a Tw wijzigt (*Kamerstukken II* 2015/16, 34379). In dit artikel vervallen de eerste vier leden. Dat is deels een logisch gevolg van de verordening omdat die inhoudelijk regelt wat onder netneutraliteit moet worden verstaan. Maar ook het omstreden derde lid komt te vervallen. Hierin was geregeld dat aanbieders van internettoegangsdiensten de hoogte van hun tarieven voor internettoegangsdiensten niet afhankelijk mogen stellen van de diensten en toepassingen die via deze diensten worden aangeboden of gebruikt. Op grond hiervan was het aanbieden van *zero-rating*-diensten/prijsdiscriminatie verboden, zoals het combineren van een mobiele internettoegangsdienst met een ‘gratis’ dienst. Er lopen diverse geschillen over boetes die door de ACM zijn opgelegd op basis van dit artikel (zie onder jurisprudentie). Uit de behandeling van het wetsvoorstel blijkt dat de nieuwe regels nog steeds op veel weerstand stuiten en men liever de oude bepaling had willen behouden. Ook de

Nederlandse regering was voor behoud van het verbod op prijsdiscriminatie en stemde daarom tegen de verordening. In de toelichting bij het wetsvoorstel beargumenteert de regering dat prijsdiscriminatie nog steeds kan worden tegengegaan op grond van de artikelen 3 en 5 van de verordening. Deze artikelen gaan primair over de technische aspecten van internettoegangsdiensten en niet zozeer over het gratis aanbieden van diensten in combinatie met internettoegang als zodanig. Als de Nederlandse regering in dezen gelijk heeft, had men ook niet tegen de verordening hoeven stemmen. Maar op basis van de redenering rond de artikelen 3 en 5 van de verordening wordt via een nota van wijziging het oorspronkelijke wetsvoorstel herzien en komt het derde lid opnieuw terug (*Kamerstukken II* 2015/16, 34379). Het is interessant om te constateren dat uit de Kamerstukken niet blijkt dat de Nederlandse regering over deze ‘interpretatievondst’ nader van gedachten heeft gewisseld met bijvoorbeeld de Europese Unie. Dat had voor de hand gelegen nu de heersende opvatting is dat de nieuwe verordening in beginsel *zero-rating* mogelijk maakt.

In *KwartaalSignaal* 137 is ingegaan op het fenomeen van de ‘gratis’ mobiele telefoon. Een uitspraak van de Hoge Raad uit 2014 maakt dat de Wet op het financieel toezicht (Wft) van toepassing is op abonnementen waar een ‘gratis’ mobiele telefoon onderdeel van uitmaakt. Aan de mobiele sector werd tot 1 januari ruimte gegeven om met een gedragscode te komen. De termijn is verlengd tot begin april (*Kamerstukken II* 2015/16, 32545, 47). De Hoge Raad heeft inmiddels een vervolguitspraak gedaan (zie onder jurisprudentie).

Jurisprudentie

De Rechtbank Rotterdam heeft voor de eerste maal geoordeeld over een van de boetes die door de ACM zijn opgelegd vanwege de overtreding van de regels over netneutraliteit. Het gaat om Vodafone, die abonnementen verkocht waarbij de gebruikers gedurende 90 dagen konden kijken naar programma’s van HBO zonder dat dit ten laste kwam van de databundel. Een en ander gebeurde met een speciale app (HBO-GO). De rechtbank volgt de ACM en oordeelt dat een en ander in strijd is met artikel 7.4a, lid 3 van de Telecommunicatiewet. Het betoog van Vodafone, dat zich onder meer beriep op onduidelijke regelgeving en het gelijkheidsbeginsel, wordt niet gevolgd. Wel maakt de rechtbank nog enige opmerkingen over de Europese kaders: er is geen specifieke norm van toepassing, maar lidstaten hebben in deze de vrijheid om eigen regelingen te treffen. Het oordeel heeft betrekking op de situatie van voor de nieuwe verordening (zie hiervoor).

Nadat de Hoge Raad eerder in 2014 had bepaald dat de regels inzake consumentenkrediet van toepassing zijn op ‘gratis’ mobiele telefoons (ECLI:NL:HR:2014:1385), heeft de Hoge Raad antwoord gegeven op een aantal prejudiciële vragen die verder richting geven (HR d.d. 12 februari

2016, ECLI:NL:HR:2016:236). Zo wordt geoordeeld dat bij een overeenkomst de prijs van het toestel apart moet worden vermeld omdat anders de consument niet in staat is om een weloverwogen beslissing te nemen. Het niet nakomen van deze voorwaarde kan leiden tot vernietiging van de overeenkomst. Bij nietigheid/vernietiging van de overeenkomst is de consument gehouden het toestel terug te geven. Eventuele waardevermindering komt in beginsel niet voor vergoeding in aanmerking. Bij niet-teruggave is een vorm van vergoeding aan de orde. Een vergoeding voor het genoten genot is onredelijk.

Literatuur

- A. Colenbrander, ‘Van Netneutraliteit naar Open-Internettoegang: verdeeldheid en rechtsonzekerheid in de EU?’, in: *Mediaforum* 2016, afl. 2, 30-37;
- H. Hijmans, *The European Union as a Constitutional Guardian of Internet Privacy and Data Protection: the Story of Article 16 TFEU* (proefschrift UvA/VUB), *dare.uva.nl/document/2/169421*;
- N.A.N.M. van Eijk, R.F. Fahy, H. van Til, P. Nooren, H. Stokking & H. Gelevert, *Digital platforms: an analytical framework for identifying and evaluating policy options* (bijlage bij *Kamerstukken II* 2015/16, 33009, 12);
- P. Bernhart & J.M. Slagter, *De koude kermis van KPN*, Amsterdam: Prometheus 2016.