

TELECOMMUNICATIERECHT

AAK20147657

N.A.N.M. van Eijk

Wet- en regelgeving

De besluitvorming over de aanpassing van de zogenaamde cookiebepaling is bijna afgerond nu de Tweede Kamer unaniem heeft ingestemd met het wetsvoorstel dat een verruiming van de bepaling in de Telecommunicatiewet beoogd (*Kamerstukken II* 2014/15, 33902). Het is aan de Eerste Kamer om met het compromis akkoord te gaan (*Kamerstukken I* 2014/15, 33902, A). Het wetsvoorstel wil met name regelen dat geen toestemming is vereist voor het verkrijgen van informatie over de kwaliteit of effectiviteit van een geleverde dienst van de informatiemaatschappij (bijvoorbeeld het kopen in een webshop). Daaraan is dan wel als voorwaarde verbonden dat een en ander geen of slechts geringe gevolgen heeft voor de persoonlijke levenssfeer van de betrokken abonnee of gebruiker. Pogingen om juist de bepaling aan te scherpen en het plaatsen van cookies afhankelijk te maken van ‘ondubbelzinnige toestemming’, een vereiste dat aan het privacyrecht is ontleend, faalden (*Kamerstukken II* 2014/15, 33902, 9). Wel ging de Kamer akkoord met een amendement waarbij een nieuw lid aan het artikel 11.7a Telecommunicatiewet wordt toegevoegd (*Kamerstukken II* 2014/15, 33902, 8). Dit bepaalt dat de toegang van de gebruiker tot een dienst van de informatiemaatschappij die wordt geleverd door of namens een krachtens publiekrecht ingestelde rechtspersoon niet afhankelijk wordt gemaakt van het verlenen van toestemming. De bedoeling van de bepaling is te voorkomen dat publieke instellingen gebruik maken van zogenaamde cookiemuren. Wat nu precies wordt bedoeld met ‘publieke instellingen’ is onduidelijk. Door de Kamer is gewezen op de NPO en de NS, de minister spreekt over instellingen die uit publieke middelen worden betaald. Dit zal nog wel een issue worden bij het toepassen van de wet, maar misschien dat tijdens de behandeling in de Eerste Kamer meer duidelijkheid wordt verkregen.

Van een geheel andere orde is de toestemming die door de Europese Commissie is verleend aan de voorgenomen overname van kabelexploitant Ziggo door Liberty Global (IP/14/1123). De aandeelhouders moeten er nog definitief mee instemmen, maar dan is de vorming van een landelijke kabelexploitant een feit. De nieuwe onderneming dekt 90% van Nederland en gaat over 70% van de betaaltelevisie-abonnementen. De overname is onder meer toegestaan omdat beide partijen verschillende regio's bedienen en derhalve niet in elkaars markten actief zijn. Desalniettemin zijn er verschillende voorwaarden aan de overname verbonden. Liberty Global zal haar premium betaalzender Film 1 verkopen, terwijl tegelijkertijd het kanaal nog ten minste drie jaar zal worden doorgegeven. Een tweede toezegging betreft de doorgifte van OTT-diensten. Clausules in bestaande contracten die televisiezenders beperkingen opleggen ten aanzien van OTT-aanbod zullen worden stopgezet en voor de komende

acht jaar zullen dergelijke clausules niet worden opgenomen. Teneinde te voorkomen dat congestie ontstaat voor de verspreiding van dergelijke OTT-diensten, zal ZIGGO/UPC ervoor zorgen dat voldoende internetconnectiecapaciteit blijft behouden via ten minste drie routes op het Nederlandse internetnetwerk, waarvan ten minste één bij een grote transitprovider.

Ongeveer tegelijkertijd besloot de Europese Commissie het onderzoek te beëindigen dat in 2013 was gestart bij bedrijven die internetinterconnectiviteit verzorgen (IP/14/1089). Het onderzoek richtte zich met name op ondernemingen die internettoegang bieden tot eindgebruikers. Er werd vermoed dat zij zich schuldig zouden hebben gemaakt aan mededingingsbeperkende gedragingen (MEMO/13/681). Men is namelijk in de positie om vergoedingen te vragen voor interconnectiecapaciteit. Het niet bereiken van overeenstemming kan tot gevolg hebben dat er congestie ontstaat op bepaalde routes, die leidt tot een vermindering van de kwaliteit. In de onderzochte gevallen kon geen gedrag worden vastgesteld dat erop was gericht om bepaalde partijen uit te sluiten of eigen aanbod te bevoordelen. Ofschoon dus overtreding van de regels kon worden vastgesteld, geeft de Commissie aan dat men de ontwikkelingen nauwgezet zal blijven volgen. Een en ander sluit aan bij ontwikkelingen in de Verenigde Staten waar internetinterconnectiviteit meer en meer in de belangstelling staat. Zo sloot onlangs Netflix een overeenkomst met een van de grote kabelexploitanten, Comcast, om zeker te stellen dat de kwaliteit van haar dienst op niveau blijft en geen last heeft van congestie.

Jurisprudentie

Maatregelen opgelegd door de ACM voor het overtreden van spamregels – als neergelegd in artikel 11.7 Telecommunicatiewet – blijven een dankbare bron voor rechtspraak. De jurisprudentie heeft vaak betrekking op het feit dat geen toestemming is verkregen van gebruikers of hen geen gelegenheid tot verzet is geboden. Maar sommige zaken voegen ook weer nieuwe elementen toe. Zo legde de ACM een boete op aan het bedrijf Daisycom, dat een zogenaamd ‘affiliate netwerk’ beheerde. De ACM omschrijft de activiteiten van een dergelijk netwerk als volgt:

‘een affiliate netwerk vormt dé schakel tussen enerzijds adverteerders, die promotiemateriaal willen verspreiden, en anderzijds publishers, die over adressenbestanden beschikken en voor de feitelijke verzending van de berichten zorgen. Door tussenkomst van het netwerk kunnen zij elkaar vinden en kan promotiemateriaal van adverteerders op een snelle manier worden verspreid onder een grote groep consumenten. Er zijn tussen de tien en vijftien van deze affiliate netwerken actief in Nederland. Naast de adverteerders en publishers kunnen ook affiliate netwerken ervoor verantwoordelijk zijn dat op een juiste manier toestemming is verkregen voor het versturen van ongevraagde commerciële e-mailberichten.’

Daisycom zou volgens de ACM ruim twee miljard ongevraagde e-mails hebben gestuurd zonder dat aangetoond kon worden dat daarvoor toestemming was verleend; evenmin was gelegenheid gegeven tot verzet. De ACM legde een boete op van in het totaal € 810.000. Het is de eerste keer dat tegen dergelijke activiteiten een

maatregel wordt genomen. Daisycom meldde zich bij de voorzieningenrechter in Rotterdam om te voorkomen dat het besluit bekend zou worden gemaakt. Dit is een stap die meer bedrijven ondernemen in de hoop nog onder de radar te kunnen blijven. Echter, de rechter stelde zich op het standpunt dat niet te verwachten is dat het besluit van de ACM niet in stand zal blijven (ECLI:NL:RBROT:2014:7808). De ACM kondigde meteen aan dat het ook andere affiliate netwerken op hun verantwoordelijkheid zal aanspreken.

Literatuur

- N. van der Laan & B.W. Newitt, ‘Tap secret? De strijd tussen transparantie en geheimhouding’, *Computerrecht* 2014/151, p. 284-287;
- B. van der Sloot, ‘De NSA-affaire en de grenzen van de macht: Naar een wederkerig begrip van privacy’, *Filosofie & Praktijk* 2014, afl. 2, p. 49-66.