

## TELECOMMUNICATIERECHT

📁 AAK20147517

N.A.N.M. van Eijk

### Wet- en regelgeving

In het vorige *KwartaalSignaal* werd onder ‘jurisprudentie’ de uitspraak van het Hof van Justitie besproken in de zaak *UPC/Gemeente Hilversum* (HvJ d.d. 7 november 2013 (*UPC/gemeente Hilversum*), nr. C-518/11) besproken. In deze zaak stelde het hof onder meer vast dat het aanbieden van programmapakketten gezien moet worden als een elektronische communicatiedienst. Daarmee zijn ook de Europese regels van toepassing over het kunnen opleggen van maatregelen, die beperkt zijn tot marktpartijen met een aanmerkelijke marktmacht. Het via de wet bij voorbaat vastleggen van maatregelen is daarmee in strijd. Dit geldt dus ook voor 6a.21a, lid Telecommunicatiewet en artikel 6.14a Mediawet, waarin een wederverkoopverplichting is geregeld voor het zogenaamde analoge kabelpakket (de programma’s die via de kabel vrij in analoge vorm ontvangen kunnen worden). De verplichting is in de wet gekomen via amendementen van de Tweede Kamer, die vindt dat aan exploitanten van kabeltelevisienetwerken beperkingen moeten worden opgelegd. De Europese Commissie startte hierop een infractieprocedure. De uitspraak van het hof in de *UPC/Hilversum*-zaak is de basis op grond waarvan vervolgens door de Nederlandse rechter beide bepalingen onverbindend zijn verklaard (ECLI:NL:RBDHA:2014:1004 d.d. 29 januari 2014. *Mediaforum* 2014-2, nr. 4 m.nt. P.J. Kreijger). Inmiddels heeft de minister van Economische Zaken aan de Tweede Kamer laten weten dat hij met een wetsvoorstel komt om de bepalingen over wederverkoop uit de Telecommunicatie- en Mediawet te halen (*Kamerstukken II* 2013/14, 32549, nr. 50). De minister gaat ervan uit dat de infractieprocedure die door de Europese Commissie is ingezet eenzelfde resultaat zal opleveren en

hetzelfde geldt voor een eventueel beroepsprocedure tegen de uitspraak van de Nederlandse rechter. Wel schrijft de minister in zijn brief dat hij evenals de Tweede Kamer voorstander is van een open kabel. Een markt met maar twee aanbieders (kabel en telecom) is zijns inziens onvoldoende om een voldoende stevige concurrentie te waarborgen. Het is wenselijk om in een dergelijke situatie voor beide netwerken toegangsverplichtingen te hebben. Hij erkent dat de bewijslast om aan te tonen dat er mogelijk sprake is van gezamenlijke marktmacht (*joint dominance*) erg hoog is. Daarom dat wordt ingezet op aanpassing van het Europese kader.

Ook in een ander dossier stuit het nationaal willen controleren van de kabelmarkt op weerstand. De twee grootste kabelexploitanten in Nederland, Ziggo en UPC, zijn voornemens te fuseren (*Kamerstukken II* 2013/14, 24095, nr. 362). Dit is natuurlijk onder voorbehoud van mededingingsrechtelijke goedkeuring. De Autoriteit Consument en Markt (ACM) heeft een uitgebreide brief gestuurd aan de Europese Commissie waarin zij motiveert waarom de ACM de voorgenomen fusie tussen de beide kabelexploitanten zou moeten toetsen voor wat betreft de verenigbaarheid met het mededingingsrecht (*www.acm.nl*, ‘ACM wil fusie UPC-Ziggo in Nederland behandelen’ d.d. 25 maart 2014). Volgens de ACM gaat het hier om een nationale aangelegenheid en is zij met name bekend met de Nederlandse markt. De Europese Commissie heeft haar verbazing uitgesproken over het verzoek. Eurocommissaris Almunia (mededinging) heeft mondeling laten weten de fusie vooral als een Europese aangelegenheid te zien. Begin mei neemt de Europese Commissie een besluit over wie zich aan de klus mag zetten.

Ten slotte kan nog gemeld worden dat er twee (concept) voorstellen liggen tot wijziging van de Telecommunicatiewet. In een wetsvoorstel wordt voorgesteld om de cookie-regels aan te passen (*Kamerstukken II* 2013/14, 33902). Het wetsvoorstel wil de uitzonderingen voor het verkrijgen van toestemming voor het plaatsen van cookies verruimen. Geen toestemming is nodig wanneer het gaat om cookies die bestemd zijn om informatie te krijgen over de kwaliteit of effectiviteit van een geleverde dienst, voor zover dit ‘geen of geringe gevolgen heeft voor de persoonlijke levenssfeer van de betrokken abonnee of gebruiker’. Zogenaamde analytische cookies zijn daarmee geoorloofd indien zij zich alleen richten op het verzamelen van gegevens over het gebruik van de dienst/website. ‘Tracking cookies’ die met name de gebruiker in kaart brengen en hem/haar volgen op het internet vallen erbuiten. Een ander voorstel betreft een voorontwerp van wet waarin verschillende wijzigingen tot aanpassing van de Telecommunicatiewet zijn opgenomen. Aan de orde komen onder meer: een compensatieregeling bij de uitval als gevolg van storingen; kleinzakelijke gebruikers komen onder dezelfde regels voor het beëindigen van contracten als gewone consumenten; misbruik van nummerherkenning wordt aangepakt en er is een regeling die ervoor moet zorgen dat bij het uitvallen van zendmasten voor omroepdoeleinden één partij aanspreekbaar is.

### Jurisprudentie

De problematiek rond nationale veiligheid (*Snowden / NSA-affaire*) heeft een nieuwe wending gekregen met het baanbrekende arrest van het Hof van Justitie over de Dataretentie-richtlijn. Deze richtlijn verplicht de lidstaten om ervoor te zorgen dat allerlei metadata (zoals wie belt er met wie) wordt verzameld in het kader van de bestrijding van zware misdrijven/terrorisme. Sinds het verschijnen van de richtlijn is er veel discussie geweest over de rechtmatigheid ervan. Twee organisaties uit Ierland en Oostenrijk kregen het voor elkaar dat het Europese Hof in Luxemburg zich over de zaak moest buigen. In zijn advies stelde de advocaat-generaal al dat de richtlijn onrechtmatig was, maar dat de gevolgen in stand zouden moeten blijven om de Europese Commissie/Raad de gelegenheid te geven om de richtlijn te repareren. Het Hof heeft daar geen boodschap aan en verklaart de richtlijn gewoon ongeldig (Hof van Justitie, 8 april 2014, zaken C-293/12 en C-594/12). De argumenten van het hof zijn buitengewoon helder. Het verzamelen en opslaan van gegevens kan geen afbreuk doen aan de grondrechten met betrekking tot privacy en bescherming van persoonsgegevens, zoals neergelegd in het Charter van de Europese Unie. Als zodanig kunnen gegevens worden vergaard in het belang van de nationale veiligheid, maar daarbij moet wel het proportionaliteitsvereiste in acht worden genomen. En daar gaat het met de richtlijn op alle fronten fout: het verzamelen is onvoldoende ingeperkt om te garanderen dat de inmenging daadwerkelijk beperkt blijft tot het strikt noodzakelijke. Gegevens worden

zonder enige onderscheid verzameld, niet is verzekerd dat de toegang beperkt is, de bewaringstermijnen zijn niet onderbouwd, het risico van misbruik is onvoldoende ondervangen en evenmin is verzekerd dat de gegevens op het grondgebied van de Europese Unie worden bewaard. Ofschoon het hof een specifieke richtlijn heeft getoetst, wordt er een normatief kader neergezet dat een veel verstrekkender karakter heeft en in feite van toepassing is op iedere vorm van gegevensvergaring in het kader van opsporing of nationale veiligheid. Velen buigen zich momenteel dan ook over de vraag wat de bredere impact van deze beslissing van het hof is.

### Literatuur

- M. Canoy & Nicolai van Gorp, 'Ziggo en UPC in ondertrouw', in: *Mediaforum* 2014-3, p. 49;
  - C.J. Wolswinkel, *De verdeling van schaarse publiek-rechtelijke rechten, op zoek naar algemene regels van verdelingsrecht* (dissertatie VU); Den Haag: BJu 2013, 855 p. (tevens digitaal beschikbaar als proefschrift: <http://dare.uvu.vu.nl/handle/1871/48096>);
  - CTIVD, *Toezietsrapport inzake gegevensverwerking op het gebied van telecommunicatie door de AIVD en de MIVD* (CTIVD-rapport nr. 38), februari 2014 ([www.ctivd.nl](http://www.ctivd.nl));
  - Ministerie van Economische Zaken, *Visie op Telecommunicatie, Media en Internet: verdieping* (Kamerstukken II 2013/14, 26643, nr. 300).
-