

TELECOMMUNICATIERECHT

AAK20168152

N.A.N.M. van Eijk

Wet- en regelgeving

In de vorige twee *KwartaalSignalen* werd bericht over de nieuwe Europese verordening voor de telecomsector (*PbEU* 2015, L 310) en de daarin opgenomen regels voor netneutraliteit (*Kamerstukken II* 2015/16, 24095, 393). Omdat Nederland al een nadere uitwerking van netneutraliteit in de Telecommunicatiewet (art. 7.4a Tw) kent, is een wetsvoorstel in behandeling genomen om de wet in lijn te brengen met de Europese verordening (*Kamerstukken II* 2015/16, 34379). De voorgestelde wijzigingen komen er in de eerste plaats op neer dat de wet een verwijzing kent naar de ‘netneutraliteitverordening’. Dat is op zich vreemd aangezien de verordening officieel getiteld is ‘betreffende roaming op openbare mobiele communicatienetwerken binnen de Unie’. In het oorspronkelijke wetsvoorstel (*Kamerstukken II*, 34379, 2) worden een aantal technische aanpassingen in artikel 7.4a Tw aangebracht, maar komt ook het derde lid te vervallen waarin wordt gesteld: ‘Aanbieders van internettoegangsdiensten stellen de hoogte van tarieven voor internettoegangsdiensten niet afhankelijk van de diensten en toepassingen die via deze diensten worden aangeboden of gebruikt’. Dit is de bepaling die de combinatie van internettoegang met diensten verbiedt en op grond waarvan Vodafone en KPN boetes kregen opgelegd door de ACM. Dit soort aanbod wordt ook wel *zero rating* genoemd. De verordening sluit *zero rating* niet uit zo was de algemene opvatting en ook de strekking van de toelichting bij het wetsvoorstel (*Kamerstukken II*, 34379, 3). Echter, gaandeweg het wetgevingsproces is de regering tot het ‘voortschrijdend inzicht’ gekomen dat een verbod op *zero rating* toch mogelijk is. Een en ander resulteert in de herintroductie van de oorspronkelijke tekst van lid 3 (*Kamerstukken II*, 34379, 7). Volgens de toelichting zou de verordening op grond van artikel 3 zowel negatieve als positieve prijsdiscriminatie verbieden omdat aanbieders van internettoegangsdiensten alle verkeer op gelijke wijze, zonder discriminatie moeten behandelen. De Tweede Kamer heeft met deze wijziging ingestemd. In de Eerste Kamer is opnieuw aan de orde gekomen of

de bepaling verordeningconform is. De regering houdt echter vast aan haar standpunt en wil niet afwachten tot er richtsnoeren zijn van BEREC, het Europese samenwerkingsverband van telecommoezichthouders. En ja, het is bekend dat BEREC waarschijnlijk bepaalde vormen van *zero rating* zal toestaan, maar dit is een foute interpretatie van de verordening dan wel is de ruimte die de Nederlandse bepaling claimt niet in strijd met de verordening (*Kamerstukken II*, 34379, C). Eventueel zal in het AMVB dat nadere invulling moet geven aan de regels mogelijk met de BEREC-richtsnoeren rekening worden gehouden. De Eerste Kamer heeft in een nader verslag aanvullende vragen gesteld, die bij het afronden van dit bericht nog niet beantwoord waren (*Kamerstukken II*, 34379, D). Het valt te bezien of het Nederlandse standpunt overeenkomt blijft. De verordening kan ook zo worden gelezen dat het discriminatieverbod zich uitsluitend richt op de toegang tot het internet als zodanig, maar niet op de wijze waarop diensten over het internet in combinatie met databundels worden aangeboden. To be continued!

Overigens is de NIS-richtlijn (*Network and Information Security*) die in KwartaalSignaal 138 wordt besproken op 6 juli aangenomen door het Europese Parlement. De concrete implementatie zal plaats vinden in de periode 2017-2021. Lidstaten moeten een nationale cyberstrategie vaststellen, een autoriteit benoemen, zorgen voor *response teams* (CSIRT) en samenwerken met andere lidstaten. Aanbieders van vitale infrastructuur (zoals transport, financiële sector, energie, internet exchanges) en bepaalde digitale diensten aanbieders (inclusief zoekmachines) moeten gepaste technische en organisatorische maatregelen nemen. Ook moeten veiligheidsincidenten worden gemeld.

Jurisprudentie

In april 2014 veroorzaakte het Europese Hof van Justitie een schokgolf met haar oordeel in de *Digital Rights Ireland*-zaak (ECLI:EU:C:2014:238). De zogenaamde Dataretentie-richtlijn werd ongeldig verklaard. Niet langer konden telecombedrijven worden verplicht om allerlei data voor lange tijd te verzamelen. Ook de Nederlandse implementatie ging in maart 2015 onderuit (ECLI:NL:RBDHA:2015:2498). Binnenkort zal het Hof zich opnieuw

over dataretentie moeten uitlaten in twee gevoegde zaken (C-203/15 (*Tele2 Sverige AB v. Post-och telestyrelsen*) en C-698/15 (*Secretary of State for Home Department v. Tom Watson and Others*)). Het gaat de vraag of nationale wetgeving inzake dataretentie als zodanig (dus zonder het bestaan van een specifiek Europees instrument zoals een Dataretentie-richtlijn) in overeenstemming is met het Europese recht. In een conclusie heeft de advocaat-generaal alvast zijn standpunt neergelegd (Conclusie van advocaat-generaal H. Saugmandsgaard Øe d.d. 19 juli 2016). Een algemene verplichting tot het verzamelen van data wordt niet in strijd geacht met het Europese recht. Echter, er moet wel worden voldaan aan strikte voorwaarden. Een en ander moet worden neergelegd 'by legislative or regulatory measures possessing the characteristics of accessibility, foreseeability and adequate protection against arbitrary interference'. De advocaat-generaal stelt verder dat verplichtingen in lijn moeten zijn met de fundamentele rechten van het Europese Charter, dataverzameling alleen geoorloofd is wanneer het gaat om ernstige misdrijven, en proportionaliteitstoetsing (bv. ten aanzien van toegang tot de verzamelde data, duur van het bewaren, beveiliging) onverminderd van belang is om de inbreuken op fundamentele rechten te beperken tot wat strikt noodzakelijk is. Het uiteindelijke oordeel van het Hof zal ook van belang zijn voor het nog komende wetsvoorstel voor een nieuwe bewaarplicht waarover eerder een internetconsultatie plaats vond (www.internetconsultatie.nl/daretentie).

Literatuur

- 'Big Data' (themanummer), *Computerrecht* 2016/3.
- E.M.H. Hirsch Ballin, 'Big data in een vrije en veilige samenleving' (opinie), *Mediaforum* 2016, afl. 4, p. 101.
- Preadviezen NJV 216 (*Homo Digitalis*, Preadviezen van E.M.L. Moerel & J.E.J. Prins, M. Hildebrandt, T.F.E. Tjong Tjin Tai, en G.-J. Zwenne & A.H.J. Schmidt), <http://njb.nl/wp-content/uploads/2011/04/Preadviezen-NJV-2016.pdf>. Voor commentaren, zie *NJB* 22/2016.
- Agentschap Telecom, *Staat van de ether*, Groningen, <http://magazines.agentschaptelecom.nl/staatvandeether>.