

TELECOMMUNICATIERECHT

AAK20147442

N.A.N.M. van Eijk

Wet- en regelgeving

De 'NSA'-discussie zet zich onverminderd voort. Ministers kregen weer diverse Kamervragen voorgeschied. Kunnen de antennes op het dak van de Amerikaanse ambassade in Den Haag worden gebruikt om af te luisteren? (*Aanhangsel Handelingen II* 2013/14, nr. 728). Antwoord: technisch is het wellicht mogelijk, maar we weten niet of het gebeurt. Er is volgens de minister vooralsnog geen reden om te veronderstellen dat de Verenigde Staten zich niet aan de regels zouden houden met betrekking tot het doen van inlichtingenoperaties in Nederland. Maar er zal navraag worden gedaan bij de Amerikaanse ambassade. Deed de minister geen tegenstrijdige uitspraken over de vraag of er nu wel of niet besmette NSA-gegevens gebruikt zijn in het kader van informatie-uitwisseling met Nederlandse veiligheidsdiensten? (*Aanhangsel Handelingen II* 2013/14, nr. 804). Kort samengevat is het antwoord dat we dat niet weten aangezien bij het verstrekken van de betreffende informatie niet wordt aangegeven wat de bron is. Een derde vraag (*Aanhangsel Handelingen II* 2013/14, nr. 729) is extra interessant. Het gaat om een brief van Bits of Freedom waarin de vraag aan de orde is of internetbedrijven nu wel of niet kwantitatieve informatie mogen publiceren over ontvangen gegevensvorderingen. Diverse bedrijven hebben kenbaar gemaakt dat ze graag een dergelijke 'transparantie'-rapportage naar buiten zouden willen brengen. Dat heeft de minister dus liever niet: 'Het Openbaar Ministerie heeft mij evenwel laten weten nog steeds van oordeel te zijn dat ook de verstrekking van geaggregeerde informatie de belangen van opsporing en vervolging ernstig in de weg kan staan. Met inachtneming van de eigen verantwoordelijkheid van de aanbieders kan de overheid niet anders dan een dringend appel op de aanbieders doen om dit soort informatie niet te verstrekken'. Deze krampachtige reactie staat in schril contrast met het advies van een door de Amerikaanse president Obama ingestelde 'Review Group on Intelligence and Communications Technologies'. In het advies 'Liberty and Security in a Changing World' wordt benadrukt dat dit soort *transparency reports* juist wenselijk zijn. De commissie adviseert nog allerlei andere zaken die in schril contrast staan met de evaluatie door de Commissie-Desens van de Wet op de Inlichtingen en Veiligheidsdiensten. Dessens wil meer bevoegdheden (meer in het bijzonder de mogelijkheid om ongericht kabelcommunicatie te kunnen aftappen) en stelt slechts een marginale verbetering van het toezicht voor. Het VS-rapport gaat veel verder en is zeer kritisch over ongericht aftappen. Ook wordt bijvoorbeeld voorgesteld dat het bestaande systeem waarbij een geheime rechtbank oordeelt over een verzoek tot gegevensvordering wordt aangevuld met een 'Public Interest Advocate' die tegenargumenten kan inbrengen. Een

interessante optie, die ook in een Nederlandse context te overwegen is. Het is nu aan Obama om te beslissen wat hij van de aanbevelingen overneemt.

Nederland is het eerste land in Europa dat kwam met een specifieke regeling voor netneutraliteit (art. 7.4a Telecommunicatiewet). Het belemmeren of vertragen van diensten of toepassingen op het internet is behoudens specifieke uitzonderingen verboden. Het toezicht op de naleving van deze regels ligt bij de ACM. Deze heeft voor de eerste maal zich in het openbaar gebogen over een concrete zaak (www.acm.nl, zoek op 'Afsluiten onderzoek "T-Mobiel HotSpot in de trein" d.d. 30/12/2013'). T-Mobile biedt draadloze internettoegang aan in de treinen van de NS. In de gebruiksvoorwaarden staat opgenomen dat peer-to-peer verkeer en streaming niet mogelijk zijn (geen YouTube dus). Bovendien worden de down- en uploadsnelheden beperkt. Op grond het gedane onderzoek constateert de ACM dat voor de internettoegang gebruik wordt gemaakt van het mobiele 2G/3G netwerk dat maar beperkte capaciteit heeft. De verplaatsingen van de treinen beïnvloeden bovendien de kwaliteit van het signaal. Diensten die grote capaciteit vragen worden daarom geblokkeerd of vertraagd. Al met al is de ACM van oordeel dat hier sprake is van maatregelen die de congestie op de verbindingen moeten beperken. Congestie is een van de uitzonderingen die binnen de wettelijke regeling is toegestaan, maar dan mag er niet gediscrimineerd worden tussen vergelijkbare diensten. Er is in dit geval geen sprake van ongelijke behandeling, aldus de ACM. Wat de ACM niet expliciet aan de orde stelt is de vraag of het in deze casus gaat om een openbaar elektronisch communicatienetwerk. Alleen voor openbare netwerken geldt de netneutraliteitsregeling. Gesteld had kunnen worden dat de dienstverlening in de trein geen openbare communicatie betreft. Wellicht komt dit in een volgende zaak meer expliciet aan de orde.

Jurisprudentie

Dit maal aandacht voor een uitspraak van het Hof van Justitie in de zaak UPC Nederland bv tegen de Gemeente Hilversum (d.d. 7 november 2013, zaak C-518/11). Toen de gemeente Hilversum in 1996 haar kabelnet verkocht aan UPC zijn daarbij afspraken gemaakt over de hoogte van de tarieven. Deze komen er op neer dat de gemeente eventuele tariefsverhogingen kan tegenhouden. Het Hof stelt evenwel dat hier de regels van het Europese telecomkader van toepassing zijn. Alleen zogenaamde nationale regelgevende instanties (NRI's) mogen eventueel tarieven vast stellen. De gemeente Hilversum is niet zo'n instantie. Interessant, maar nog meer van belang is dat het Hof dit alleen kan stellen om dat het tevens oordeelt dat 'een dienst bestaande in het verzorgen van een basispakket via de kabel (...)' valt onder het begrip 'elektronische communicatiedienst'. Daarmee valt deze dienst dus volledig binnen de Europese telco-regulering. Dit betekent vervolgens weer dat op te leggen beperkingen alleen mogelijk zijn door een NRI wanneer er sprake is van aanmerkelijke marktmacht. Bovendien moet de op te leggen maatregel proportioneel

zijn. De Nederlandse regering heeft altijd betoogd dat de regulering van kabelpakketten een media-aangelegenheid is en daarom juist niet onder de telco-regels valt. Er loopt momenteel een door de Europese Commissie opgestarte infractieprocedure, waarin juist dit vraagstuk speelt. Het gaat om bepalingen in de Telecommunicatiewet (6.21a) en Mediawet (6.14a) die verplichten tot wederverkoop van het analoge kabelpakket tegen een in de betreffende bepalingen ingekaderde prijs. Daarmee treedt de regering in de bevoegdheid van de NRI (in de Nederland de ACM) en wordt al vooraf bepaald wat een proportionele maatregel zou zijn. De kans lijkt groot dat Nederland de infractieprocedure verliest of op basis van deze zaak ervoor kiest om de wetsbepalingen in te trekken of buiten werking te stellen.

Literatuur

- Review Group on Intelligence and Communications Technologies, *Liberty and Security in a Changing World*, www.whitehouse.gov/blog/2013/12/18/liberty-and-security-changing-world
- Rapport Commissie-Dessens, *Evaluatie Wet op de inlichtingen- en veiligheidsdiensten 2002: Naar een nieuwe balans tussen bevoegdheden en waarborgen*, www.rijksoverheid.nl/nieuws/2013/12/02/commissie-dessens-wet-op-de-inlichtingen-en-veiligheidsdiensten-moet-words-aangepast.html
- M. Bolhuis, 'Cookieregulering revisited', in: *Mediaforum* 2013-11/12, p. 262-268.
- P. Waszink, 'Rechtsbescherming bij de verdeling van schaarse radiofrequenties: eerste deel van een tweeluik' in: *Mediaforum* 2013-10, p. 242-249.
- Ministerie van Economische Zaken, *Visie op telecommunicatie, media en internet: verdieping*, bijlage bij *Kamerstukken II* 2013/14, 26643, 300. Zie in dit verband tevens: *Kamerstukken II* 2013/14, 33750 XIII, 18