

De ontwerpverordening voor een Connected Continent Kroes' control?

Rechtspraak

Feyo Sickinghe en
Bart-Jan van Dijk*

Deze bijdrage bevat een overzicht van de voorstellen van Eurocommissaris Kroes voor een Connected Continent met één vrije Europese markt voor elektronische communicatie, een single authorisation, spectrumbeleid, hoge kwaliteit van grensoverschrijdende dienstverlening, waarborgen voor netneutraliteit en eindgebruikersbescherming. De auteurs bespreken de stand van zaken in Brussel op hoofdlijnen en de impact van de voorstellen voor de regelgeving in Nederland.

Inleiding

Op 11 september 2013 presenteerde Eurocommissaris Kroes een voorstel voor herziening van de Europese telecomrichtlijnen en een verordening met maatregelen inzake de Europese markt voor elektronische communicatie, oftewel voorstellen voor een *Connected Continent*.¹ Het betreft een pakket met vergaande maatregelen tot bevordering van één Europese markt, dat tot doel heeft burgers en bedrijven toegang te geven tot elektronische communicatiediensten zonder beperkingen van grenzen en ongerechtvaardigde additionele kosten en waarin bedrijven deze diensten kunnen aanbieden ongeacht hun vestigingsplaats of waar hun klanten zich in de Europese Unie bevinden. De ontwerpverordening omvat een ingrijpende herziening van het Europese regelgevend kader met versterkte bevoegdheden voor de Europese Commissie. Met de wijzigingen van de huidige telecomrichtlijnen worden de relevante artikelen in lijn gebracht met de bepalingen van de ontwerpverordening. Het voorstel roept veel discussie op bij de industrie en de politiek. Het Comité voor Industry, Research and Energy van het Europees Parlement (ITRE) dat de ontwerpverordening behandelt heeft medio november 153 amendementen voorgesteld ten aanzien van de regels voor roaming, spectrumbeleid, de vrijheid om elektronische communicatiediensten in

de EU aan te bieden, het voorzitterschap van het instituut van Europese toezichthouders BEREC, wholesale toegangsdiensten, kwaliteit van dienstverlening en vaste en mobiele internationale gesprekken.² In deze bijdrage worden de belangrijkste artikelen van de ontwerpverordening en de voorgestelde wijzigingen op hoofdlijnen besproken.

Delegate en implementing acts

Op grond van artikel 32 van de ontwerpverordening krijgt de Commissie de bevoegdheid om zonder betrokkenheid van de lidstaten door middel van een *delegate act* voor een onbeperkte periode kwaliteitsparameters voor te schrijven voor *European virtual broadband access products* en *assured service quality (ASQ) connectivity products* als omschreven in resp. artikel 17 en 19 en Annex I en II van de ontwerpverordening. De *delegate act* wordt van kracht, mits het Europees Parlement en de Raad binnen twee maanden geen bezwaren indienen.³ Op diverse plaatsen in de ontwerpverordening wordt daarnaast een bevoegdheid voor de Commissie in het leven geroepen om zogenoemde *implementing acts* voor te schrijven volgens de herziene comitologieprocedures.⁴ Met deze *implementing acts* kan de Commissie uniforme implementatiemaatregelen

* Mr. J.B. van Dijk is Manager, Regulatory & Government Affairs Benelux bij Verizon Enterprise Solutions te Amsterdam, en heeft – op persoonlijke titel – de artikelen 1 t/m 16 voor zijn rekening genomen. Voor het overige komt dit artikel van de hand van mr. F.P. Sickinghe, Senior European Consultant bij Bird en Bird te Den Haag.

1 Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council laying down measures concerning the European single market for electronic communications and to achieve a Connected Continent, and amending Directives 2002/20/EC, 2002/21/EC and 2002/22/EC and Regulations (EC) No 1211/2009 and (EU) No 531/2012, 11 september 2013 COM(2013) 627 final.

2 Draft report committee on Industry, Research and Energy PR/1007625EN.doc, 15 november 2013. Het betreft concept amendementen waarover in februari 2014 door het comité zal worden gestemd. Het draft report geeft de indicatieve stellingname van de leden van het comité weer, <http://bit.ly/19mbwrx>. De *draft opinions* die zijn afgegeven door de IMCO en CULT Comités worden besproken

voor zover relevant. In het onderhandelingsproces zullen amendementen van IMCO en CULT worden ingevoegd in het rapport van ITRE. Tijdens de afsluiting van deze tekst was de uitkomst van het onderhandelingsproces nog niet bekend. Op 23 januari 2014 vindt de stemming plaats in IMCO. Stemming in ITRE vindt plaats op 27 februari 2014, waarbij het comité de input van IMCO zal betrekken.

3 Zie artikel 32 vijfde lid.

4 Artikel 12 lid 2 t/m lid 6, artikel 13 lid 7, artikel 15 lid 2, artikel 16 lid 3 (geschrapt door ITRE), artikel 20 lid 1 en 2 (geschrapt door ITRE), artikel 24 lid 3 (vervangen door BEREC richtsnoeren), artikel 25 lid 2, artikel 26 lid 4 met verwijzing naar artikel 33 lid 2. Het betreft *implementing acts* als bedoeld in artikel 291 TFEU van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie op grond waarvan lidstaten de Commissie de bevoegdheid kunnen geven uniforme implementatiemaatregelen voor te schrijven. Deze bevoegdheid is uitgewerkt in de *Implementing Acts* verordening (EU) 182/2011.

voorschrijven, die in beginsel bindend zijn voor de lidstaten.⁵ Hoewel de lidstaten bij de totstandkoming van de implementing acts betrokken zijn doordat zij vertegenwoordigd zijn in de *Communications Committee* (die moet instemmen met de implementing acts), geven deze implementing acts de Commissie in de praktijk verregaande bevoegdheden, aangezien de beslissingen binnen de *Communications Committee* doorgaans als hamerstuk worden afgedaan. Een implementing act gaat daarmee verder dan een aanbeveling of een delegate act. Op verschillende plekken zet ITRE een streep door het gebruik van de implementing acts en geeft in plaats daarvan BEREC de bevoegdheid om richtsnoeren op te stellen. Deze richtsnoeren hebben geen bindend karakter en geven aanzienlijk meer ruimte voor nationale inkleuring.

Artikel 1 t/m 2: General provisions

Op het eerste gezicht lijken de artikelen 1 (doel en reikwijdte) en 2 (definities) een algemene inleiding te vormen op de overige artikelen, dat geen uitgebreide bespreking behoeft. Echter, artikel 1 lid 3 sub (b) vermeldt dat de ontwerpverordening regels bevat inzake de *'further convergence of regulatory conditions as regards the necessity of remedies imposed by national regulatory authorities'*. Wat de Commissie hiermee bedoelt wordt duidelijk helemaal aan het einde van de ontwerpverordening; in artikel 35 wordt voor de Commissie (opnieuw) een vetorecht ten aanzien van remedies voorgesteld, door aanpassingen van het huidige artikel 7bis van richtlijn 2002/21/EC (Kaderrichtlijn).⁶

Het zal geen verrassing zijn dat BEREC hiervan niet is gediend. Feitelijk vreest BEREC de (verdere) aftakeling van de macht van haar leden, de nationale toezichthouders. Het Parlement is al even kritisch en schrappt deze bevoegdheden integraal in de amendementen 120-122.⁷

Artikel 3 t/m 7: Single authorisation

Het eerste onderwerp dat in de ontwerpverordening wordt behandeld betreft de *single authorisation*. In de overwegingen 9 t/m 16 licht de Commissie toe dat het nog altijd ingewikkelder is om *cross-border*-diensten te verlenen, dan om dit in individuele lidstaten te doen. In het bijzonder geldt dat aanbieders die in meerdere landen diensten willen aanbieden, zich in meerdere lidstaten moeten notificeren en in meerdere landen vergoedingen dienen te betalen. Hier moet wat betreft de Commissie een eind aan komen.

In artikel 4 stelt zij daarom voor dat Europese elektronische communicatie aanbieders slechts één notificatie (*single authorisation*) hoeven in te dienen bij de toezichthouder in hun *home Member State*. Zij dienen deze notificatie echter wel te doen in de taal van zowel deze *home Member State* als in de talen van alle andere lidstaten waar zij diensten willen gaan aanbieden. De reden hiervoor is dat de *home Member State* de andere lidsta-

ten zal informeren over de notificatie. Hoewel één notificatie volstaat, blijft de betreffende aanbieder uiteraard wel gebonden aan de (mogelijk afwijkende) regelgeving in de lidstaten waar zij actief is (artikel 3 lid 2). Voor wat betreft de bijdrage aan de kosten van de toezichthouder en de universele dienst, heeft deze Europese aanbieder slechts te maken met de *home Member State*.

Uit artikel 5 volgt dat iedere lidstaat controleert of een aanbieder zich aan de (nationale) wet houdt (lid 1) en de *home Member State* ervan op de hoogte stelt als dit niet het geval is (lid 2). Artikel 6 stelt dat alleen de *home Member State* het recht van een aanbieder om diensten aan te bieden kan opschorten of stopzetten (lid 1), al dan niet op verzoek van een andere lidstaat waar zulke gedragingen zich hebben voorgedaan (lid 2).

BEREC voelt weinig voor de *single authorisation*. Zij meent dat aanbieders er weinig mee opschieten (aangezien de notificatie alsnog in alle talen moet geschieden) en dat de introductie van *home* en *host* toezichthouders mogelijk ertoe zal leiden dat aanbieders een speciale band zullen opbouwen met hun *home* toezichthouder. Daarnaast zal het voorstel leiden tot gedifferentieerde regulering voor aanbieders die slechts in één land actief zijn ten opzichte van pan-Europese aanbieders. ITRE is ook niet overtuigd, en schrapt het grootste gedeelte van artikel 3 alsmede de gehele artikelen 4 t/m 7.⁸

Artikel 8 t/m 16: Spectrumbeleid

Het tweede onderdeel van de plannen van Kroes heeft betrekking op het spectrumbeleid. Tot op heden is dit vooral een nationale aangelegenheid geweest. Echter, zelfs daar waar harmonisatie op dit gebied al van de grond is gekomen, is deze volgens de Commissie weinig effectief. Als voorbeeld hiervan verwijst zij naar *'the piecemeal process of authorising and making available the 800 MHz band for wireless broadband communications'*, waarbij de helft van de lidstaten ofwel probeert onder de regeling uit te komen, ofwel er anderszins niet in slaagt de deadline uit de *Radio Spectrum Policy Program* te halen.⁹ Dit terwijl spectrum een publiek goed is en een essentiële voorwaarde voor de totstandkoming van een interne markt voor mobiel breedband in de Unie. De ontwikkeling van deze markt moet op zijn beurt weer bijdragen aan de doelstelling uit de *Digitale Agenda* die inhoudt dat in 2020 alle EU-burgers toegang moeten hebben tot een 30 MB internetverbinding. Het is volgens de Commissie tijd dat harmonisatie plaatsvindt van onder meer de voorwaarden, de procedures, de kosten en de looptijden van frequentievergunningen. Alleen op deze wijze wordt het ontstaan van de schaalgrootte gefaciliteerd die onder meer nodig is voor de kostenefficiënte uitrol van netwerkapparatuur en mobiele randapparatuur. Het gaat de Commissie hierbij overigens ook om vergunningvrij spectrum, zoals toegepast voor *radio local access networks* (RLAN, beter bekend als WiFi) en *low-power small size cellular access points* (bekend van bijvoorbeeld de femto-cel-technieken).¹⁰

⁵ Tenzij de *Appeal Committee* een negatief advies afgeeft; zie artikel 6 lid 3 Verordening (EU) 182/2011.

⁶ In de aanloop naar het huidige artikel 7a, dat bij Richtlijn 2009/140/EG werd toegevoegd aan de Kaderrichtlijn (2002/21/EG), heeft de Commissie dit plan ook geopperd.

⁷ ITRE report, p. 79-81.

⁸ ITRE report, p. 49 e.v.

⁹ Besluit 243/2012 van het Europees Parlement en de Raad van 14 maart 2012 tot vaststelling van een meerjarenprogramma voor het spectrumbeleid.

¹⁰ Deze onderwerpen worden besproken in de artikelen 14 en 15. Samengevat komt de regeling erop neer dat (i) de NRI's geen beperkingen mogen stellen aan operators die de WiFi-routers van hun klanten (deels) willen openstellen voor andere klanten, maar dat klanten dan ook het recht moeten hebben om zelf te kiezen van wie zij deze diensten afnemen en (ii) dat NRI's de ontwikkeling van *small-area wireless access points* niet zullen tegenwerken, door bijvoorbeeld bouwvergunningen. Hoewel hier veel over valt te zeggen, zullen wij op deze artikelen thans niet verder ingaan.

Uit artikel 8 volgt dat de reikwijdte van de ontwerpverordening is beperkt tot geharmoniseerd spectrum en dat de ontwerpverordening niets afdoet aan (i) het recht van lidstaten om te profiteren van door operators te betalen vergoedingen voor het gebruik van spectrum en (ii) eigen bevoegdheden van de lidstaten in het kader van publieke belangen, veiligheid en defensie. In artikel 9 worden vervolgens de onderliggende principes uiteengezet, zoals het doel van de ontwerpverordening (lid 1), de toepassing van het minst bezwarende autorisatieregime (lid 2), non-discriminatie (lid 3) en zaken als eindgebruikersbelangen, efficiënt gebruik, voorspelbare en vergelijkbare voorwaarden, noodzakelijkheid en proportionaliteit (lid 4). Tot slot van de meer algemene bepalingen worden in de artikelen 10 en 11 de relevante criteria toegelicht waarmee rekening moet worden gehouden bij het gebruik van spectrum. De crux van het voorstel zit echter in de artikelen 12 en 13. In deze artikelen worden concrete voorstellen gedaan, die we hierna in meer detail zullen bespreken.

Artikel 12 beoogt de *'harmonisation of certain authorisation conditions relative to wireless broadband communications'*. Het eerste lid van dit artikel bepaalt dat de lidstaten, althans de toezichthouders, tijdschema's dienen op te stellen, waarin wordt toegelicht welke frequenties wanneer op de markt komen, of juist worden verlengd. Lid 2 gaat aanzienlijk verder; dit lid bepaalt namelijk dat de Commissie, op basis van de hierboven beschreven implementing acts, een zogenoemde *common timetable* mag opstellen, waarin wordt vastgelegd wanneer bepaald geharmoniseerd spectrum ter beschikking mag komen, zodat dit in de gehele Europese Unie op een gelijk moment kan plaatsvinden. Daarbij kan de Commissie ook de minimumvergunningsduur bepalen, alsmede de geharmoniseerde einddatum of verlenging van de vergunning. Hoewel de Commissie blijkens het derde lid niet zal mogen ingrijpen in de resterende looptijd van thans reeds verleende vergunningen, mag zij wel eisen dat deze vergunningen zodanig worden verlengd, dat de heruitgifte in lijn kan worden gebracht met het bepaalde in de *common timetable*. Lidstaten mogen in dat geval voor de verlenging van de vergunning een pro-rata-vergoeding vragen van de operators.

Artikel 13 beschrijft de door de Commissie voorgestelde procedure ten aanzien van de uitgifte van spectrum door de lidstaten. Deze procedure komt bekend voor. Zij vertoont namelijk grote gelijkens met het sinds jaar en dag bekende artikel 7 uit de Kaderrichtlijn. Wanneer een toezichthouder spectrum wil uitgeven, dient zij, na de nationale consultatie, haar ontwerpbeslissing voor te leggen aan de Europese Commissie, alsmede aan de andere toezichthouders die zijn belast met de uitgifte van spectrum. Deze partijen krijgen dan gedurende twee maanden de gelegenheid om bij dit ontwerpbesluit opmerkingen te plaatsen. Wat de betreffende toezichthouder precies wordt geacht te doen met de opmerkingen van de andere toezichthouders blijft in het voorstel onduidelijk, maar de opmerkingen van de Commissie doen wel degelijk ter zake: indien de Commissie de toezichthouder informeert dat zij van mening is dat het ontwerpbesluit drempels creëert voor de interne markt, of wanneer zij serieuze twijfels heeft over de verenigbaarheid van het ontwerpbesluit met het Gemeenschapsrecht, gaat een periode van twee maanden in, waarin het besluit niet in werking mag treden. Gedurende die maanden

gaan de toezichthouder en de Commissie gezamenlijk op zoek naar een oplossing. De Commissie kan dan op ieder moment alsnog haar goedkeuring geven. Doet zij dit niet, dan mag het besluit gedurende zes maanden niet in werking treden en kan de Commissie – op basis van de hiervoor beschreven implementing acts – besluiten dat het ontwerpbesluit dient te worden ingetrokken door de toezichthouder.

De reacties op het voorstel ten aanzien van spectrum zijn sterk verdeeld. Aan de ene kant vertegenwoordigt BEREĆ de stem van nationale toezichthouders in de lidstaten.¹¹ Deze zijn fel gekant tegen de verregaande bevoegdheden van de Europese Commissie op dit gebied. Volgens BEREĆ dient de allocatie van spectrum te blijven toebehoren aan de lidstaten. BEREĆ merkt op dat er een groot verschil is tussen de economische beoordeling van marktmacht – waarover de Commissie via de band van artikel 7 Kaderrichtlijn haar veto kan uitspreken – en spectrum. Vergunningsplannen, aldus BEREĆ, hebben een *political nature* en lenen zich er niet voor te worden beoordeeld in een dergelijke technische procedure. Bovendien, zo voegt BEREĆ hieraan toe, zou een gelijktijdige uitrol van spectrum in heel de Europese Unie tot financieringsproblemen kunnen leiden voor partijen die inderdaad in één keer in heel de Unie spectrum willen verwerven. De reactie van ITRE bevindt zich aan de andere kant van het spectrum. Hoewel ITRE, zoals elders in dit artikel toegelicht, uiterst kritisch is over een groot aantal onderdelen van de ontwerpverordening, kan de gedachte van een uniform spectrumbeleid haar wel bekoren. Het principe van geharmoniseerd spectrumbeleid laat ITRE dus overeen. Dit neemt echter niet weg dat zij ook hier wel een aantal serieuze amendementen voorstelt.¹² Deze amendementen gaan echter veelal juist verder dan hetgeen de Commissie voorstelt. Zo bevat amendement 82 een heel nieuw artikel, artikel 8a. Hierin worden allereerst de mogelijkheden vergroot om verworven spectrum te verhandelen; lidstaten mogen de verhandeling van spectrum niet tegengaan, tenzij er een *clear risk* is dat de nieuwe vergunninghouder niet aan de vergunningsvereisten zal kunnen voldoen. Daarnaast bepaalt dit nieuwe artikel dat vergunningen een minimum looptijd van dertig jaar krijgen en dat alle thans uitgegeven vergunningen hierbij worden verlengd tot dertig jaar, te rekenen vanaf het moment van uitgifte. Dit alles zou *secondary trading* moeten vergemakkelijken. Ook ten aanzien van de *common timetable* gaat ITRE verder dan de Commissie, door dit geen recht van de Commissie te maken, maar juist een plicht, die zij bovendien binnen één jaar dient te vervullen.

De vraag is wat het effect van deze voorgenomen maatregelen in de praktijk zal zijn. Los van de uiteindelijke invulling van de bepalingen, zullen die effecten op de korte tot middellange termijn vermoedelijk beperkt zijn. Vrijwel alle frequentiebanden die thans worden gebruikt voor de uitrol van 4G zijn in de afgelopen jaren geveild en komen dus voorlopig niet meer op de markt. Daarnaast heeft een heel aantal landen de multibandveiling inmiddels afgerond of binnen afzienbare termijn op de agenda staan. Aangezien de Commissie geen bevoegdheden krijgt om in te grijpen in reeds vergund spectrum zou het heel lang kunnen duren voordat de voorgenomen maatregelen voor de (thans) belangrijke frequentiebanden het beoogde effect van een uniforme spectrumuitgifte hebben.

11 BEREĆ vertegenwoordigt evenwel niet alle toezichthouders in de lidstaten. In Nederland is de Minister van Economische Zaken (Agentschap Telecom) de toe-

zichthouder voor spectrum, die niet is vertegenwoordigd in BEREĆ.

12 ITRE report p. 53 e.v.

Artikel 17 t/m 20: Europese virtuele toegangsdienst

In artikel 17 t/m 20 van de ontwerpverordening wordt een voorstel gedaan voor een *European virtual broadband access product* dat beoogt mogelijk te maken dat diensten met een hoge kwaliteit en gelijke functionaliteiten in de gehele Europese Unie kunnen worden aangeboden. Daarmee wordt een uniforme breedbandnetwerk toegangsdienst bedoeld die zowel virtuele ontbundelde toegang tot het aansluitwerk, IP-bitstream en terminerende huurlijnen omvat.¹³ De nationale toezichthouder dient te onderzoeken of het passend en proportioneel is om een eerder opgelegde toegangsverplichting conform artikel 8 en 12 van richtlijn 2002/19/EC (Toegangsrichtlijn) te vervangen door een *European virtual broadband access product* met gelijke functionaliteit als een eerder opgelegde toegangsverplichting. De nationale toezichthouder dient het voornemen om geen toegangsverplichting tot een *European virtual broadband access product* op te leggen te motiveren overeenkomstig de procedure van artikel 7 van de Kaderrichtlijn. Bij het opleggen van een toegangsverplichting dient de toezichthouder rekening te houden met de toegangsverplichtingen die andere toezichthouders opleggen, de mate van infrastructuurconcurrentie, de ontwikkeling van *next-generation-access*-(NGA)-netwerken en de investeringen door de aanbieder met aanmerkelijke marktmacht en de aanbieders aan wie toegang dient te worden verleend, rekening houdend met de afschrijvingstermijnen van de investeringen. Artikel 19 bepaalt dat toegang kan worden geweigerd als de aanbieder die een verzoek om toegang doet niet in staat of bereid is om zelf in de Europese Unie of elders desgevraagd een assured service quality (ASQ) connectivity product op redelijke voorwaarden te leveren aan de partij die toegang dient te verlenen. Met deze nieuwe figuur wordt een reciprociteitscriterium voor toegang geïntroduceerd. Het voorstel voor een *European virtual broadband access product* stuit in ITRE op verzet, met als belangrijkste punt van kritiek dat een dergelijke dienst zijn doel voorbij schiet en in strijd is met de uitgangspunten van het regelgevend kader. ITRE schrapt het voorstel en vindt dat een en ander in de evaluatie van het huidige regelgevend kader dient te worden meegenomen.¹⁴

Geharmoniseerde rechten voor eindgebruikers

In de overwegingen en de hieronder te bespreken artikelen zijn op diverse plaatsen uitgangspunten en bewoordingen terug te vinden die eerder in richtlijn 2009/136/EC (Burgerrechtenrichtlijn) zijn opgenomen. Zo zijn er significante overeenkomsten tussen artikel 20 Burgerrechtenrichtlijn resp. artikel 26 van de ontwerpverordening (informatieverplichtingen voor contracten), artikel 21 resp. artikel 25 (transparantie en publicatie van informatie), artikel 22 resp. 24 (kwaliteit van dienstverlening) en artikel 30 (wisselen van provider). De Commissie is van mening dat ook op het gebied van eindgebruikersbescherming verdergaande harmonisatie door middel van een verordening noodzakelijk is, omdat dit met de Burgerrechtenrichtlijn nog niet voldoende is bereikt.¹⁵

Artikel 21: Schrapen van beperkingen en non-discriminatie

Artikel 21 van de ontwerpverordening beoogt te waarborgen dat het recht van eindgebruikers op gebruik van openbare elektronische communicatienetwerken en -diensten van aanbieders in andere lidstaten niet mag worden beperkt door nationale toezichthouders. Aanbieders mogen geen onderscheid maken tussen eindgebruikers met verschillende nationaliteiten of eindgebruikers die woonachtig zijn in andere lidstaten, tenzij objectief gerechtvaardigd (*'unless objectively justified'*). Deze bepaling voegt in praktische zin weinig toe aan de bestaande regels omtrent het verbod tot discriminatie op basis van nationaliteit en het recht op vrijverkeer en diensten conform de artikelen 18 en 56 e.v. VwEU. De woorden *'unless objectively justified'* (die overigens uitsluitend lijken te zien op mobiel verkeer) worden in overweging 44 als volgt toegelicht:

Such criteria may include additional costs and a reasonable related margin. Other objective factors may include differences in related price elasticity and the easy availability to all end users of alternative tariffs from providers of electronic communications to the public which offer cross-border communications within the Union at little or no extra charge, or of information society services with comparable functionalities, provided that end users are actively informed of such alternatives by their providers. (Onderstreping auteurs.)

De gekozen formulering suggereert dat aanbieders hun klanten op de hoogte zouden moeten brengen van aanbiedingen van concurrenten en van concurrerende diensten, zoals VoIP, als zij hogere tarieven wensen te hanteren. Deze uitleg lijkt op gespannen voet te staan met het mededingingsrecht aangezien het een opmaat zou kunnen vormen voor onderling afgestemde gedragingen. Dat kan redelijkerwijs niet de bedoeling zijn. Hoewel het een overweging betreft en niet een van de bepalingen in het artikel zelf, verdient het aanbeveling dat de formulering wordt aangepast om misverstanden hierover weg te nemen. Overweging 44 wordt in een van de voorgestelde amendementen geschrapt.¹⁶

IMCO schrapt artikel 21 in zijn geheel en is van mening dat een en ander afdoende is geregeld in het TFEU. Volgens IMCO is er weinig bewijs dat ingrijpen in de vaste markt nodig is. Mobiele communicatie moet geregeld worden in aanpak als omschreven in de Roaming II-verordening.

ITRE schrapt de verplichting in artikel 21 derde lid waarbij aanbieders worden verplicht om voor internationale vaste en mobiele gesprekken geen hogere tarieven te hanteren dan voor nationale gesprekken. *'Fixed and international calls are currently deregulated competitive markets that do not require regulation through EU intervention'*, aldus de toelichting bij het amendement. Bekeken vanuit het perspectief van het huidige regelgevende kader valt daar veel voor te zeggen, aangezien de voorgestelde bepaling op gespannen voet staat met de huidige systematiek voor het opleggen van ex ante-verplichtingen op basis van aanmerkelijke marktmacht.

¹³ P.11 van de toelichting bij de ontwerpverordening.

¹⁴ ITRE report p. 66, amendement 100.

¹⁵ Zie overweging 40 van de ontwerpverordening.

¹⁶ *Ibid.* p. 28.

Artikel 22: Toegang tot buitengerechtelijke procedures

Artikel 22 bepaalt dat ook voor zakelijke eindgebruikers toegang tot buitengerechtelijke procedures verplicht beschikbaar dient te komen. Door ITRE zijn geen amendementen op dit artikel voorgesteld, maar artikel 22 wordt door IMCO geschrapt als onderdeel van een breder voorstel tot aanpassing van richtlijn 2002/21/EC (Kaderrichtlijn).

Artikel 23: Toegang tot informatie en netneutraliteit

Artikel 23 heeft betrekking op de *'Freedom to provide and avail of open internet access, and reasonable traffic management'*. Het eerste lid van artikel 23 geeft de eindgebruiker het recht op toegang tot informatie, content en applicaties via de internettoegangsdienst die hij van zijn ISP afneemt. Volgens het tweede lid zijn eindgebruikers vrij om een overeenkomst aan te gaan met aanbieders van elektronische communicatiediensten en aanbieders van diensten van de informatiemaatschappij voor *'specialised services with an enhanced quality of service'*. Volgens de Europese definitie betreft het een end-to-end-dienst die toegang geeft tot specifieke informatie, content of applicaties met een hogere kwaliteit.¹⁷ Het begrip *specialised services* uit de ontwerpverordening wijkt daarmee af van de definitie zoals gehanteerd door de Amerikaanse telecomtoezichthouder, de Federal Communications Committee (FCC):

*'Specialized Service' means any service provided over the same last-mile facilities used to deliver Broadband Internet Access Service other than (i) Broadband Internet Access Services, (ii) services regulated either as telecommunications services under Title II of the Communications Act or as MVPD services under Title VI of the Communications Act, or (iii) Comcast's existing VoIP telephony service.*¹⁸

De ontwerpverordening omschrijft de diensten waarop de definitie betrekking heeft, terwijl de FCC spreekt van iedere dienst die over het aansluitnetwerk wordt geleverd, anders dan breedbandinternettoegang, telecommunicatiediensten en (de Comcast) VoIP-diensten. De open FCC definitie is complementair aan de gesloten definitie in de ontwerpverordening, waarbij de FCC alleen omschrijft wat *niet* onder *specialised services* dient te worden verstaan. Daarmee is de FCC definitie ruimer en mogelijk meer toekomstbestendig aangezien daarmee ook thans niet voorziene diensten onder het begrip *specialised services* zullen komen te vallen, terwijl volgens de aanpak in de ontwerpverordening de definitie zal moeten worden aangepast als men de reikwijdte ervan wil verruimen. Contentdiensten zoals *streaming audio*, video en applicaties worden in toenemende mate grensoverschrijdend en vanuit landen buiten Europa aangeboden, en met name vanuit de Verenigde Staten. Vanuit internationaal perspectief bezien zullen verschillende definities van *specialised services* tot afbakeningsproblemen

en jurisdictievraagstukken leiden. Het is wenselijk dat de internationaal gehanteerde definities in de Verenigde Staten en Europa op elkaar worden afgestemd.

De ISP kan zijn klanten de mogelijkheid bieden om overeenkomsten aan te gaan met hem of met derden, maar hij lijkt daartoe volgens de formulering van artikel 23 tweede lid, tweede volzin niet verplicht (*'shall be free to enter into agreements'*). De formulering in het eerste lid (*'end-users shall be free to access and distribute information and content, run applications [...]'*) lijkt evenwel een toegangsrecht van de eindgebruiker in te houden, in die zin dat hij jegens zijn ISP aanspraak kan maken op een *specialised service* als die door een derde wordt aangeboden, maar de ISP daarvoor geen overeenkomst met de betreffende aanbieder heeft gesloten. De ISP zou dan verplicht zijn om een overeenkomst met die aanbieder af te sluiten. Een dergelijke uitleg beperkt de contractsvrijheid van de ISP. Vermoedelijk is bedoeld dat geen sprake is van een absoluut toegangsrecht, en zou verduidelijkt moeten worden dat de bepaling inhoudt dat de eindgebruiker een dergelijke dienst moet kunnen afnemen als de ISP op zijn beurt een overeenkomst heeft gesloten met de leverancier.

Conform het tweede lid van artikel 23 mag de *specialised service* geen negatieve impact hebben op algemene kwaliteit van de internettoegangsdiensten. Daar wordt een voorschot genomen op het vijfde lid van artikel 23 dat een netneutraliteitsbepaling bevat. Het betreft een van de meest controversiële en politiek gevoelige kwesties, waarop wij hierna dieper ingaan.

Het tweede lid vormt een toevoeging ten opzichte van de Nederlandse netneutraliteitsregeling in artikel 7.4a Tw. Deze toevoeging zal in ons land waarschijnlijk weinig problemen opleveren vanwege de hoge gemiddeld beschikbare bandbreedte voor de eindgebruiker. Het valt niet te verwachten dat de benodigde capaciteit voor *specialised services* in algemene zin de beschikbare bandbreedte voor internet negatief zal beïnvloeden. Als de bandbreedte wel wordt beïnvloed door *specialised services* is goed denkbaar dat dit geen probleem vormt voor de eindgebruiker. Hij kan er immers voor hebben gekozen om geen hogere bandbreedte af te nemen als hij van *specialised services* gebruik maakt. Dit sluit aan bij de door ITRE voorgestelde aanvulling van de eerste zin van artikel 23 lid 2:

*Where such agreements are concluded with the provider of internet access, that provider shall ensure that the enhanced quality service does not impair the general quality of internet access, except as may be necessary taking into account the state of the art and technology deployed, in order to ensure the delivery of the enhanced quality service.*¹⁹

Het Nederlandse parlement maakt zich zorgen en is van mening dat een extra internet tolgeweg op gespannen voet staat met de Nederlandse regelgeving. Met de motie-Verhoeven wordt de Minister van Economische Zaken opgeroepen om pal te staan voor de Nederlandse vorm van netneutraliteit.²⁰ Het

17 Article 5(15): *"specialised service" means an electronic communications service or any other service that provides the capability to access specific content, applications or services, or a combination thereof, and whose technical characteristics are controlled from end-to-end or provides the capability to send or receive data to or from a determined number of parties or endpoints; and that is not marketed or widely used as a substitute for internet access service [...]*

18 Specialized Services: Summary of Findings and Conclusions Specialized Serv-

ices Working Group Open Internet Advisory Committee Federal Communications Commission Released August 20, 2013, <http://transition.fcc.gov/cgb/oiac/Specialized-Services.pdf>.

19 Draft report ITRE committee, 15 november 2013, p. 68. IMCO is geen voorstander van voorgestelde uitzondering en stelt in iets andere bewoordingen een striktere benadering voor in lijn met het voorstel van de Commissie.

20 Kamerstukken II 2013/14, 33 750 XIII nr. 30, 7 november 2013.

parlement lijkt zich niet te realiseren dat ook artikel 7.4a Tw in zijn huidige vorm specialised services ofwel 'managed service lanes' mogelijk maakt, zoals eerder uiteengezet door Matthijs Visser en Wouter de Weert.²¹

Op grond van artikel 7.4 Tw is het niet toegestaan om klanten een extra vergoeding te vragen voor het gebruik van specifieke content (bijvoorbeeld YouTube via mobiel). Op grond van artikel 23 zal dit wel zijn toegestaan als de dienst met verhoogde kwaliteit wordt geleverd. Dit biedt marktspelers de mogelijkheden tot innovatie en nieuwe verdienmodellen.

Het vijfde lid van artikel 23 geeft een limitatieve opsomming van de mogelijkheden tot verkeersmanagement, gemodelleerd naar Nederlands voorbeeld (artikel 7.4a Tw). Verkeersmanagement is conform sub (a) toegestaan als dat nodig is ter uitvoering van een wettelijk voorschrift of een rechterlijk bevel en ter voorkoming of belemmering van 'serious crimes, including voluntary actions of providers to prevent access to and distribution of child pornography'.²² Dit roept de vraag op wie bepaalt of sprake is van ernstige misdrijven die rechtvaardigen dat bepaalde content, applicaties of diensten worden geblokkeerd. In lijn met de bepalingen uit de E-Commerce richtlijn is het onwenselijk dat de ISP de rol van poortwachter tot het internet krijgt toebedeeld. Het afsluiten of beperken van internettoegang conform sub (a) dient uitsluitend te zijn toegestaan ter uitvoering van een wettelijk voorschrift of een rechterlijk bevel. Terecht wordt in amendement 105 voorgesteld om in sub (a) de woorden 'to prevent or impede serious crimes' te schrappen.²³ Dit voorstel wordt ook door Nederland gesteund.

Anders dan in het Nederlandse artikel 7.6a Tw, is het afsluiten van internettoegang, onder sub (b), toegestaan als een overeengekomen datalimiet wordt overschreden. Ook artikel 7.6a Tw dat het afsluiten van internettoegang aan strenge voorwaarden verbindt, zal dus moeten worden aangepast.

In sub (c) is bepaald dat het verhinderen van ongevraagde communicatie (slechts) is toegestaan op basis van voorafgaande toestemming van de eindgebruiker. Met andere woorden, verspreiding van spam, malware en virussen kan dus alleen met instemming van de klant worden tegengegaan. Dit komt overeen met artikel 7.4a lid 1 sub (c) Tw. In de praktijk is het echter wenselijk dat ISP's de mogelijkheid hebben om ongevraagde communicatie op netwerkniveau, dus ook zonder instemming van de klant, te bestrijden. Uiteraard kan de eindgebruiker op transparante wijze worden geïnformeerd over de maatregelen die de ISP neemt.

Conform sub (d) is verkeersmanagement toegestaan om de effecten van tijdelijke of uitzonderlijke netwerkcongestie tegen te gaan, waarbij vergelijkbare vormen van verkeer op dezelfde wijze worden behandeld. In mobiele netwerken is permanent verkeersmanagement nodig om vormen van congestie te beperken en niet alleen om tijdelijke of uitzonderlijke vormen ervan tegen te gaan. De woorden 'temporary or exceptional' brengen rechtsonzekerheid mee, aangezien niet duidelijk is wat daarvoor dient te worden verstaan. Het artikel brengt mee dat het gebruik van 'deep packet inspection' (DPI) onder voorwaarden is

toegestaan. Dit betreft geen materiële wijziging ten opzichte van de Nederlandse situatie waarin conform artikel 11.2a lid 2 Tw af luisteren of onderscheppen van internet verkeer slechts onder voorwaarden is toegestaan.

Artikel 24: Waarborgen voor kwaliteit van dienstverlening

Nationale toezichthouders wordt verplicht om de naleving van de verplichtingen van artikel 23 te monitoren en de continue beschikbaarheid en kwaliteit van non-discriminatoire internettoegangsdiensten te waarborgen, rekening houdend met de technologische voortgang en de mogelijke impact van specialised services op de internettoegangsdienst. Zij kunnen minimumkwaliteitseisen opleggen aan alle of individuele aanbieders. Ook dienen zij na te gaan wat de effecten zijn van specialised services op culturele diversiteit en innovatie. De ITRE-amendementen 106 t/m 108 voegen hieraan toe dat de nationale toezichthouders openbaar aan BEREC dienen te rapporteren, dat BEREC richtsnoeren kan publiceren (in plaats van implementing acts van de Commissie), en dat zij informatie bij ondernemingen kunnen opvragen. Ook IMCO is van mening dat BEREC richtsnoeren dient op te stellen over verkeersmanagement en het meten van kwaliteit van dienstverlening. IMCO schrapt het derde lid dat de Commissie de bevoegdheid geeft implementing acts op te stellen.²⁴

De bevoegdheid van ACM om kwaliteitseisen te kunnen opleggen en informatie bij ondernemingen te kunnen opvragen, is geregeld in artikel 7.4a lid resp. artikel 18.7 Tw. Tot zover is er voor Nederland weinig nieuws onder de zon. Zowel de Minister van Economische Zaken als ACM zijn tot nu toe terughoudend geweest met het stellen van inhoudelijke kwaliteitseisen. Eerdere pogingen om kwantitatieve kwaliteitseisen te stellen aan vaste en mobiele telefonie en internetsnelheden zijn vastgelopen in discussies over de technische aspecten en vergelijkbaarheidscriteria bij gebruik van verschillende technieken. Het is verstandig dat de Commissie goed nota neemt van de eerder in de lidstaten opgedane ervaringen en geen onrealistische ambities aan de dag legt.

Artikel 25: Transparantie en publicatie van informatie²⁵

Artikel 25 eerste lid bevat gedetailleerde voorschriften aan aanbieders over publicatie van transparante, vergelijkbare, adequate en actuele informatie. De bepaling vertoont inhoudelijk grote gelijkheid met artikel 7.1 Tw en artikel 3.2 Rude. De transparantieplichtingen van artikel 25 gelden zowel voor consumenten als voor zakelijke gebruikers die diensten afnemen op basis van standaardproposities. In de praktijk is gebruikelijk dat over zakelijke overeenkomsten wordt onderhandeld, zodat alleen voor kleinere bedrijven die standaarddiensten afnemen zal gelden dat artikel 25 van toepassing is.

21 M. Visser en W. de Weert, 'Een economisch perspectief op netneutraliteit' *Mediaforum* 2012-7/8, p. 244-246.

22 Overweging 47 van de ontwerpverordening.

23 In amendement 33 wordt overweging 47 door ITRE dienovereenkomstig aan-

gepast. IMCO steunt deze benadering.

24 IMCO rapport p. 11 en 13.

25 IMCO schrapt artikel 25 als onderdeel van een voorstel om richtlijn 2002/22/EC (UD richtlijn) aan te passen.

Artikel 25 lid 1 sub (i) bevat de verplichting voor de aanbieder om informatie omtrent een nieuwe aanbieding of dienst voorafgaand aan publicatie aan de toezichthouder aan te leveren. De toezichthouder zal kunnen controleren of de informatie voldoet aan de daaraan te stellen eisen. Onduidelijk is of de aanbieder dient te wachten met publicatie totdat de toezichthouder deze inhoudelijk heeft getoetst, en of de toezichthouder de publicatie ervan geheel of gedeeltelijk kan verhinderen. De informatieverplichting zal een grote administratieve last op de toezichthouder leggen aangezien hij onmogelijk alle informatie omtrent nieuwe aanbiedingen binnen een redelijke termijn zal kunnen toetsen. Dit zal weinig toegevoegde waarde hebben aangezien de meeste diensten doorgaans voldoen aan wet- en regelgeving. Het is meer realistisch om aan te sluiten bij de regeling zoals die is opgenomen in artikel 18.7 Tw op grond waarvan ACM de bevoegdheid heeft om alle informatie op te vragen die zij nodig acht voor de uitvoering van haar taken. ACM maakt van deze bevoegdheid gebruik als zij aanleiding heeft om te veronderstellen dat er iets mis is, bijvoorbeeld na klachten van consumenten of bedrijven, of eigen onderzoek. De bevoegdheid van de Commissie om implementing acts voor te schrijven voor de toe te passen methodiek voor het meten van internetsnelheden, kwaliteitsparameters en de publicatievorm als omschreven in het tweede lid van artikel 25 wordt door ITRE merkwaardig genoeg in tact gelaten. Kennelijk vindt men het niet bezwaarlijk dat de Commissie hier het initiatief neemt in plaats van BEREC. Net als voor kwaliteitseisen voor ASQ-producten, virtuele toegangsdiensdiensten en internettoegangsdiensdiensten geldt voor internetsnelheden dat het verstandig is dat de Commissie zich terughoudend opstelt. Ook voor BEREC zal het niet eenvoudig zijn om kwaliteitseisen te ontwikkelen. BEREC zal meer genegen zijn om een en ander in samenspraak met de industrie, consumentenorganisaties en experts te ontwikkelen. Daarmee neemt de kans toe dat een realistisch en werkzaam pakket van kwaliteitseisen kan worden opgesteld.

De verplichting in artikel 25 derde lid om een certificatiesysteem voor vergelijkingswebsites in het leven te roepen is voor Nederland overbodig. In Nederland kennen we een goed werkend systeem van concurrerende vergelijkingswebsites.

Op grond van artikel 25 vierde lid dienen aanbieders aan hun klanten gratis voor het publiek relevante overheidsinformatie door te geven. Wij nemen aan dat het hier gaat om een doorgifteverplichting via de gebruikelijke communicatiekanalen. Hierbij valt te denken aan Postbus 51-informatie en *cell broadcasting* waarbij door de overheid bij bijzondere gebeurtenissen in een bepaalde regio op grote schaal sms-, spraak- en emailberichten worden verstuurd. In Nederland is Burgernet (als opvolger van SMS Alert) voor het direct opsporen van zoekgeraakte kinderen, het vangen van criminelen, het vinden van verdwaalde ouderen e.d. inmiddels in nagenoeg alle gemeenten geïmplementeerd.²⁶

Artikel 26: Contractuele informatie verplichtingen²⁷

Artikel 26 bevat gedetailleerde voorschriften voor informatie die bij het sluiten van de overeenkomst met de eindgebruiker dient te worden verstrekt. Deze bepaling komt grotendeels overeen met artikel 7.3 Tw. Lid 1 sub (e) onder (iii) lijkt de verplichting in te houden dat op voorhand de daadwerkelijk door de eindgebruiker te betalen kosten met betrekking tot het specifieke randapparaat bij contractsbeëindiging dienen te worden genoemd. De telecoaanbieder zal dan op voorhand de residuele waarde per toestel bij voortijdige contractsbeëindiging per contractmaand door middel van een tabel aan de klant moeten verstrekken, met verrekening van een eventuele promotiekorting.

Sub (f) bevat de verplichting om een compensatie- en terugbetalingsregeling in het contract op te nemen met vermelding van de rechten van de eindgebruiker als de overeengekomen kwaliteitsparameters (beloofde internetsnelheid, dienstonderbreking en snelheid van het oplossen van storingen) niet worden behaald. Hiermee wordt beoogd de aanbieders te stimuleren zo hoog mogelijke kwaliteit te leveren. De vraag is of met een verplichte compensatieregeling niet juist het tegenovergestelde effect zal worden bereikt. Een dergelijke verplichting geeft de aanbieders een prikkel om nog meer terughoudend te zijn met het geven van concrete informatie over internetsnelheden en kwaliteit aangezien zij daarop direct kunnen worden afgerekend. Wie direct op een belofte wordt afgerekend zal minder willen beloven.

Naar aanleiding van de motie-Braakhuis/Van Dam heeft de minister toegezegd dat een verplichte compensatieregeling in de telecommunicatiewet zal worden opgenomen waarbij nadere regels over de inhoud van de regeling kunnen worden gesteld.²⁸ Deze regeling vormt onderdeel van een voorgenomen wijziging van de Telecommunicatiewet die naar verwachting in de eerste helft van 2014 aan de Tweede Kamer zal worden aangeboden.²⁹ Daarmee loopt Nederland deels vooruit op de Europese ontwikkelingen.

Lid 2 sub (b) bevat de verplichting voor de ISP om voorafgaand aan het sluiten van de overeenkomst de actuele snelheid van de verbinding, de beschikbare bandbreedte, up- en downloadnelheden en snelheid in peaktijd op het adres van de klant aan te geven. In Nederland geldt per 1 januari 2013 de Gedragscode Transparantie Internetsnelheden waarbij de grotere ISP's hebben afgesproken om uitgebreide kwalitatieve informatie over internetsnelheden te geven zodat de klant weet wat hij in de praktijk kan verwachten. Het zal niet eenvoudig zijn om volgens eenduidige parameters en meetmethoden van te voren kwantitatief aan te geven welke snelheden daadwerkelijk kunnen worden behaald. Voor mobiel internet is de snelheid mede

²⁶ Zie www.burgernet.nl.

²⁷ IMCO schrapt artikel 26 als onderdeel van een voorstel om richtlijn 2002/22/EC (UD richtlijn) aan te passen.

²⁸ Motie-Braakhuis/Van Dam, 27 oktober 2012, *Kamerstukken II* 2011-12, 24 095, nr. 299.

²⁹ Dit wetsvoorstel zal naast de introductie van een verplichte compensatieregeling een herziening bevatten van de regels voor frequenties, nummers, kabels,

een recht voor de aanbieder tot opschorting of beëindiging van de overeenkomst als de klant de integriteit en veiligheid van het netwerk in gevaar brengt, regels omtrent continuïteit van dienstverlening, geschillen en diverse technische wijzigingen. Het wetsvoorstel wordt in 2014 ter consultatie voorgelegd.

afhankelijk van het aantal gebruikers op een bepaalde locatie alsmede de weersomstandigheden. Bovendien is de internet-snelheid afhankelijk van de drukte op internet, de snelheid van de bezochte servers en de eindapparatuur van de klant. Zelfs met geavanceerde meetmethoden zal alleen van het gedeelte van internet dat door de ISP wordt geleverd en waarover hij controle heeft (de internettoegangsdienst) een inschatting van de te realiseren internetsnelheden kunnen worden gegeven, en niet van het gebruik van het internet zelf. Daarmee verkrijgt de eindgebruiker een vorm van schijnzekerheid aangezien de snelheid van het internet per definitie niet kan worden voorspeld.

Het derde lid van artikel 26 verplicht de ISP om de informatie op een begrijpelijke, compacte en eenvoudig toegankelijke wijze in de taal van het land van de eindgebruiker ter beschikking te stellen en regelmatig up-to-date te houden. Bepaald is dat de informatie integraal onderdeel dient uit te maken van de overeenkomst en niet mag worden gewijzigd, tenzij partijen anders overeenkomen.

Deze bepalingen bevatten een innerlijke tegenstrijdigheid aangezien het in de praktijk ondoenlijk is de informatie regelmatig actueel te houden en gelijktijdig voor iedere wijziging overeenstemming te bereiken over aanpassing van overeenkomst. Dit komt erop neer dat iedere vorm van aanpassing van praktische informatie leidt tot contractvernieuwing. Dat kan redelijkerwijs niet de bedoeling zijn. Een en ander is ITRE kennelijk ontgaan, aangezien op dit punt geen amendement is voorgesteld.

Overheidsinformatie dient volgens artikel 26 vijfde lid op verzoek van de overheid tevens verplicht in de overeenkomst met de klant te worden opgenomen. Dit zou betekenen dat de eindgebruiker bij het aangaan van de overeenkomst een heel pakket aan overheidsinformatie krijgt waarin uitgebreid is omschreven aan welke regels hij zich dient te houden. Het betreft een zeer onpraktische bepaling; een wijziging van overheidsinformatie leidt immers tot een wijziging van de overeenkomst waarvoor de ISP overeenstemming met de klant dient te bereiken, bij gebreke waarvan de overeenkomst door de klant conform artikel 7.2 Tw kan worden opgezegd. Niet voorstelbaar is dat een klant zich erop zou mogen beroepen dat bepaalde overheidsinformatie of regelgeving niet op hem van toepassing is aangezien hij geen overeenstemming tot wijziging van de overeenkomst met de ISP heeft bereikt.

De bepaling dat overheidsinformatie integraal onderdeel dient uit te maken van de overeenkomst en niet mag worden gewijzigd tenzij partijen anders overeenkomen kan beter worden geschrapt. Praktischer is als de informatie geen onderdeel uitmaakt van het contract met de eindgebruiker en wordt beschouwd als informatie die in het kader van artikel 25 aan de eindgebruiker dient te worden verstrekt.

Artikel 27: Controle op gebruik³⁰

Het eerste lid van artikel 27 bepaalt dat aanbieders eindgebruikers kosteloos een inzagemogelijkheid moeten geven in

het gebruik van de dienst en dat een door de eindgebruiker ingestelde financiële limiet niet wordt overschreden. De verplichting in het eerste lid is zo geformuleerd dat zij ook geldt voor diensten die zonder beperkingen worden aangeboden, zoals onbeperkt bellen en internetdiensten, terwijl de bepaling zal zijn bedoeld ter bescherming van gebruikers van diensten met een gebruikslimiet. Vaste internetdiensten worden in Nederland zonder datalimiet aangeboden, terwijl bellen naar vaste en mobiele nummers in toenemende mate door middel van een onbeperkt-bellen-bundel wordt afgenomen. Het lijkt niet zinvol dat daarvoor verplicht kostenmonitoring dient te worden geboden.

Als artikel 27 eerste lid wordt gehandhaafd zou de bepaling alleen betrekking moeten hebben op diensten voor zover sprake is van gebruikslimieten en buitenbundeltarieven. De verplichting in het tweede lid van artikel 27 komt erop neer dat een standaardmelding bij 80% van het verbruik dient te worden gedaan en dat de dienstverlening bij het bereiken van de financiële limiet wordt opgeschort, tenzij de klant aangeeft dat de dienstverlening kan worden hervat. Niet duidelijk is om welke reden een dergelijke verplichting ook zou moeten gelden voor zakelijke eindgebruikers. Ook valt niet in te zien waarom de dienst standaard bij het bereiken van de limiet dient te worden afgesloten. Het is ook vanuit consumentenperspectief onwenselijk als de klant eerst bij het bereiken van de limiet toestemming mag geven. Dit geldt ook voor opschorting van de dienstverlening als de klant niet snel of niet reageert. Meer praktisch is een opt-out-regeling waarbij de klant voorafgaand aan het bereiken van de limiet toestemming kan geven voor voorzetting van de dienstverlening tegen tevoren overeengekomen tarieven.

De verplichting in het vierde lid om kosteloos een notaspecificatie te leveren vormt voor Nederland een uitbreiding ten opzichte van artikel 2.2 Rude dat alleen geldt voor de aanbieder van de universele dienst en voor zover door de abonnee meer dan het basisniveau van specificatie wordt gevraagd. Ook in dit geval valt niet goed in te zien om welke reden een dergelijke dienst verplicht kosteloos dient te worden aangeboden. Als deze verplichting wordt gehandhaafd dient duidelijk te zijn dat geen 'notaspecificatie' kan worden verkregen van data-verkeer en bezochte websites, afgenomen content, software of applicaties. Conform artikel 11.2a tweede lid Tw is het inhoudelijk monitoren van verkeer door ISP's immers niet toegestaan. De verplichting in het vierde lid zou alleen betrekking moeten hebben op spraak- en sms-verkeer.

Artikel 28: Contractsbeëindiging³¹

In het eerste lid is geregeld dat de contractduur maximaal 24 maanden kan bedragen. Dit komt overeen met de regeling in artikel 7.2a tweede lid Tw. De regeling in het tweede lid van artikel 28 houdt in dat eindgebruikers altijd het contract kunnen beëindigen na verloop van zes maanden. Artikel 7.2a tweede lid Tw gaat uit van een minimumtermijn van twaalf maanden. Artikel 28 tweede lid sluit aan bij de regeling zoals die thans geldt op basis van de Belgische wetgeving.³² Wel kan een afkoopregeling worden aangeboden bij wijze van compen-

³⁰ Geen wijzigingen voorgesteld door ITRE. IMCO schrapt artikel 27 als onderdeel van een voorstel om richtlijn 2002/22/EC (UD Richtlijn) aan te passen.

³¹ Geen wijzigingen voorgesteld door ITRE. IMCO schrapt artikel 28 als onder-

deel van een voorstel om richtlijn 2002/22/EC (UD Richtlijn) aan te passen.

³² Zie voor een samenvatting <http://economie.fgov.be/nl/consument/Internet/telecommunicatie/FAQ/#faq01>.

satie. De termijn van zes maanden is voor de telecomsector in Nederland te kort aangezien nog steeds handsetsubsidies worden gegeven en daarvoor een reële afschrijvingstermijn wordt gehanteerd. In België zijn dergelijke subsidies niet toegestaan en vindt dus ook geen afschrijving plaats. De verkorting van de termijn naar zes maanden zal ertoe leiden dat de prijzen zullen stijgen ter compensatie van het risico dat de klant voortijdig vertrekt. Dit geldt te meer als een randapparaat zoals een mobiele telefoon wordt meegeleverd. Beter is dat wordt gekozen voor de Nederlandse regeling met een twaalf maandenstermijn en die alleen geldt voor consumenten.

De verplichting in het derde lid maakt een ondoordachte indruk. In gevallen waarin stilzwijgende verlenging op grond van nationaal recht is toegestaan dient de aanbieder de klant tijdig te informeren zodat deze minstens een maand de tijd heeft om zich tegen stilzwijgende verlenging te verzetten. In feite komt het erop neer dat stilzwijgende contractverlenging niet meer mogelijk is. Aan een actieve informatieplicht kan immers niet stilzwijgend invulling worden gegeven. De regeling is bovendien overbodig aangezien de klant na verloop van de initiële contractperiode de overeenkomst sowieso kan opzeggen met in achtname van een opzegtermijn van één maand.

De regeling in het vierde lid van artikel 28 komt materieel overeen met artikel 7.2 Tw en het beoordelingskader van ACM, op grond waarvan de aanbieder bij wijziging van een beding in de overeenkomst de abonnee een maand van tevoren moet informeren en hem de mogelijkheid dient te geven de overeenkomst kosteloos te beëindigen, tenzij de wijziging aantoonbaar in zijn voordeel is.³³

Conform het vijfde lid van artikel 28 is een significant en niet-tijdelijk verschil tussen de geadverteerde en actuele internetsnelheid een vorm van contractbreuk. Dit geldt ook voor mobiel internet. Het vijfde lid spreekt van *'Any significant and non-temporary discrepancy between the actual performance regarding speed or other quality parameters and the performance indicated [...]'*. Niet duidelijk is wat daaronder dient te worden verstaan en op welke wijze dient te worden vastgesteld of daarvan sprake is. Met deze bepaling beoogt de Commissie kennelijk vast te leggen wanneer sprake is van contractbreuk, zonder concrete maatstaven aan de hand waarvan en door wie een beoordeling dient te worden gegeven. Dit brengt een grote mate van rechtsonzekerheid mee, die onwenselijk is. De gevolgen worden overgelaten aan het nationale recht. De Commissie zou er beter aan doen om de bepaling te schrappen en aan het nationale recht over te laten in welke gevallen sprake is van contractbreuk en wat daarvan de gevolgen zijn.

De bepaling in het zesde lid van artikel 28 houdt in dat het afnemen van additionele diensten door de klant niet mag leiden tot een nieuwe contractperiode, tenzij de prijs van de additionele diensten significant de prijzen van de andere diensten overstijgt (*'significantly exceeds'*) of de additionele diensten tegen een speciale promotieprijs (*'special promotional price'*) worden aangeboden. De betekenis van *'significantly exceeds'* en een

'special promotional price' is onduidelijk. Dient het te gaan om vergelijkbare prijzen, ook voor niet vergelijkbare diensten? In welke gevallen is sprake van een promotieprijs? Dit heeft tot gevolg dat het aantrekkelijk wordt om additionele diensten relatief duur te maken aangezien dan een nieuwe contractperiode voor alle diensten gaat lopen. Het pendant ervan is dat de eindgebruiker te maken krijgt met verschillende contractstermijnen voor onderdelen van een bundel. Al met al brengt ook deze bepaling een dusdanig grote mate van rechtsonzekerheid mee dat hij beter kan worden geschrapt.

Met het zevende lid wordt een algemene norm tegen het creëren van contractuele overstapdrempels in het leven geroepen. Deze norm zal ongetwijfeld aanleiding vormen voor richtsnoeren van de Commissie om de hieruit voortvloeiende onzekerheid voor aanbieders weg te nemen.

Artikel 29: Gebundelde diensten³⁴

Dit artikel bepaalt dat de bepalingen inzake contractsbeëindiging, overstappen en nummerportabiliteit (artikel 28 en 30 van de ontwerpverordening) van toepassing zijn als bij een bundel van diensten ten minste een aansluiting op een elektronisch communicatienetwerk wordt afgenomen. Een definitie van het begrip *'bundle of services'* ontbreekt in de ontwerpverordening. Dienen ook losse diensten waarvoor een gezamenlijke korting wordt gegeven als bundel te worden beschouwd? Niet goed voorstelbaar is dat artikel 28 en 30 ook van toepassing zijn als bijvoorbeeld een abonnement op een programmagids, boeken of cd's worden bijgeleverd. Daarmee wordt de reikwijdte van de sectorspecifieke consumentenbeschermingsbepalingen opgerekt tot andere diensten dan elektronische communicatiediensten waarop reeds de regels van het generieke consumentenrecht van toepassing zijn. Naar de aard dienen sector-specifieke consumentenbeschermingsbepalingen uitsluitend te gelden voor elektronische communicatiediensten.³⁵

De positie van zakelijke eindgebruikers

De artikelen in hoofdstuk 4 van de ontwerpverordening bevatten verschillende bewoordingen over de reikwijdte van de bepalingen ten aanzien van zakelijke eindgebruikers. In de artikelen 21, 23, 24 en 27 wordt gesproken van end-users, met inbegrip van zakelijke eindgebruikers. Artikel 25 is van toepassing *'save for offers which are individually negotiated'*. Artikel 26 spreekt in het eerste lid van *'consumers, and other end-users unless they have explicitly agreed otherwise [...]'*, en in het tweede lid van *'end-users, unless otherwise agreed by and end-user who is not a consumer'*. Artikel 28 eerste lid spreekt van *'consumers'*, terwijl het tweede lid betrekking heeft op *'consumers, and other end-users unless they have otherwise agreed'*. Artikel 30 (overstappen) heeft betrekking op *'all end-users'*. Overweging 42 maakt duidelijk welke richting de Commissie op wil: *'At their individual request, end-users other than consumers should be able to agree, by individual contract, to deviate from certain provisions.'* Bezien in onderlinge samenhang valt in deze bewoordingen weinig consistentie te

33 Beoordelingskader 2010 voor artikel 7.2 van de Telecommunicatiewet (beëindigingsrecht bij wijziging overeenkomst): OPTA/ACNB/2009/203604, 6 januari 2010 (www.acm.nl).

34 Geen wijzigingen voorgesteld door ITRE.

35 IMCO draft opinion p. 26: *'A selective extension of scope (as suggested in Art 29) creates a legally blurry situation, the resolution of which would require a long list of consequential amendments across the rest of the Framework (none of which are being proposed).'*

ontdekken. Kennelijk wil de Commissie toe naar toepasselijkheid van de regelgeving, tenzij de eindgebruiker (niet-consument) daarvan zelf wil afwijken. Dit is complementair aan de regeling in artikel 20 van richtlijn 2009/136/EC (Burgerrechtenrichtlijn): *'consumers, and other end-users so requesting [...]*'. Dit zal ongetwijfeld aanleiding geven tot interpretatiekwesties en afbakeningsproblemen. Bij de eerdere herziening van het regelgevend kader werd dit punt onderkend in richtlijn 2009/136/EC (Burgerrechtenrichtlijn) waarbij werd gewezen op de complexiteit van het definiëren van kleine en middelgrote bedrijven en het voorkomen van onnodige administratieve lasten.³⁶ Het verdient aanbeveling dat in de verordening eenduidige terminologie wordt gekozen voor het onderscheid tussen consumenten en de categorie zakelijke gebruikers op wie de bepalingen niet van toepassing zijn, waarbij wordt aangesloten bij de bewoordingen van artikel 20 Burgerrechtenrichtlijn en de consumenten-beschermingsbepalingen niet automatisch van toepassing zijn op zakelijke gebruikers.

Roaming

Inkomende roaminggesprekken dienen volgens de Commissie per 1 juli 2014 voor de ontvanger gratis te zijn, conform het *'calling party pays'*-beginsel. Verder wil de Commissie met haar nieuwe roamingvoorstel het verlagen van de roamingtarieven tot het niveau van de nationale tarieven (*'roam like home'*) versnellen. De Commissie wil dat doel bereiken door mobiele aanbieders die op vrijwillige basis per 1 juli 2014 pan-Europese roam-like-home-abonnementen aanbieden uit te zonderen van de verplichtingen uit de huidige roamingverordening. Zij hoeven dan niet te voldoen aan de toegangs- en ontkoppelingsverplichting.³⁷ Voorwaarde is wel dat zij vrijwillige bilaterale of multilaterale roamingovereenkomsten met andere roamingaanbieders afsluiten die moeten garanderen dat in alle lidstaten door ten minste één aanbieder de pan-Europese roam-like-home-bundel wordt aangeboden. Dit leidt voor de telecombedrijven tot grote rechtsonzekerheid, omdat zij zich hebben ingesteld op het implementeren van de toegangs-

ontkoppelingsverplichtingen van de huidige roamingverordening en daarvoor al hoge investeringskosten maken, aldus de Minister van Economische zaken in een brief aan de Tweede Kamer van 2 december 2013.³⁸ Ook ITRE is geen voorstander van de vrijwillige overeenkomsten tussen mobiele aanbieders die door de Commissie in de plaats van de verplichtingen van de huidige verordening worden voorgesteld en vindt dat deze tot een hoge mate van rechtsonzekerheid leiden. ITRE Rapporteur Pilar del Castillo Vera geeft aan dat de roamingvoorstellen van de Commissie juist niet ver genoeg gaan. Na drie verordeningen in een periode van zes jaar acht zij de tijd rijp voor het volledig afschaffen van roamingtarieven voor spraak, sms en data met ingang van 1 juli 2016.³⁹

Het vervolg

In de haast en de ambitie om voor de Europese verkiezingen te komen tot nieuwe regels voor één geharmoniseerde Europese markt voor elektronische communicatienetwerken en -diensten heeft Eurocommissaris Kroes voorstellen gepresenteerd die op veel punten een ondoordachte en onevenwichtige indruk maken. ITRE Rapporteur Pilar del Castillo Vera heeft aangegeven dat de Commissie een alomvattende evaluatie van het huidige regelgevend kader dient uit te voeren. De Commissie dient daarover vóór 30 juni 2016 rapport uit te brengen en betrokkenen voldoende tijd te geven om de voorstellen te analyseren. Een aantal voorgestelde maatregelen dient volgens de rapporteur publiekelijk en breed te worden geconsulteerd waarbij een ex ante inschatting van de verwachte impact dient te worden gemaakt. Eind februari 2014 stemt ITRE over de ingebrachte amendementen. Op voorhand is duidelijk dat de ontwerpverordening niet in ongewijzigde vorm zal worden aangenomen. In ieder geval zal de ontwerpverordening eerst na de Europese verkiezingen in mei 2014 in stemming worden gebracht in een nieuw Europees Parlement met gewijzigde verhoudingen op voorspraak van een nieuwe Commissie. Eerst dan zal duidelijk worden welke onderdelen van de ontwerpverordening de eindstreep halen.

³⁶ Zie overweging 21 Burgerrechtenrichtlijn: *'Provisions on contracts should apply not only to consumers but also to other end-users, primarily micro enterprises and small and medium-sized enterprises (SMEs), which may prefer a contract adapted to consumer needs. To avoid unnecessary administrative burdens for providers and the complexity related to the definition of SMEs, the provisions on contracts should not apply automatically to those other end-users, but only where they so request. Member States should take appropriate measures to promote awareness amongst SMEs of this possibility.'*

³⁷ Verordening (EU) Nr. 531/2012 van het Europees Parlement en de raad van 13 juni 2012 betreffende roaming op openbare mobiele communicatienetwerken

binnen de Unie. De artikelen 4 en 5 komen er op neer dat binnenlandse aanbieders hun klanten toegang dienen te bieden tot geregelde gespreks-, sms- en dataroamingdiensten die gebundeld worden aangeboden door ongeacht welke alternatieve roamingaanbieder, waarbij de afzonderlijke verkoop van geregelde retail roamingdiensten per 1 juli 2014 verplicht dient te worden ingevoerd.

³⁸ Zie <http://bit.ly/JJRL9DX>.

³⁹ *Ibid.*, p. 107.