

Vergaderjaar 2010–2011

32 549

**Wijziging van de Telecommunicatiewet ter implementatie van de herziene telecommunicatierichtlijnen**

Nr. 4

**ADVIES RAAD VAN STATE EN NADER RAPPORT<sup>1</sup>**

<sup>1</sup> De oorspronkelijke tekst van het voorstel van wet en van de memorie van toelichting zoals voorgelegd aan de Raad van State is ter inzage gelegd bij het Centraal Informatiepunt Tweede Kamer.

<sup>2</sup> Per 1 september 2010 is in werking getreden de Wet tot wijziging van de Wet op de Raad van State in verband met de herstructurering van de Raad van State. Sinds die datum kent de Raad van State – naast de al bestaande Afdeling bestuursrechtspraak – een Afdeling advisering. Gelet op de onmiddellijke werking van genoemde wet, worden adviesaanvragen bij de Raad van State van vóór 1 september 2010 na die datum afgedaan door de Afdeling advisering van de Raad van State.

<sup>3</sup> Richtlijn 2009/136/EG van het Europees Parlement en de Raad van de Europese Unie van 25 november 2009 tot wijziging van Richtlijn 2002/22/EG inzake de universele dienst en gebruikersrechten met betrekking tot elektronische-communicatienetwerken en -diensten, Richtlijn 2002/58/EG betreffende de verwerking van persoonsgegevens en de bescherming van de persoonlijke levenssfeer in de sector elektronische communicatie en verordening (EG) nr. 2006/2004 betreffende samenwerking met betrekking tot consumentenbescherming (PbEG L 337), Richtlijn 2009/140/EG van het Europees Parlement en de Raad van de Europese Unie van 25 november 2009 tot wijziging van de Richtlijnen 2002/21/EG inzake een gemeenschappelijk regelgevingskader voor elektronische-communicatienetwerken en -diensten, 2002/19/EG inzake de toegang tot en interconnectie van elektronische-communicatienetwerken en bijbehorende faciliteiten, 2002/20/EG betreffende de machtiging voor elektronische-communicatienetwerken en -diensten (PbEG L 337).

<sup>4</sup> Verordening nr. 1211/2009 van het Europees Parlement en de Raad van de Europese Unie van 25 november 2009 tot oprichting van het Orgaan van Europese regelgevende instanties voor elektronische communicatie en het Bureau (PbEG L337).

Hieronder zijn opgenomen het advies van de Afdeling advisering van de Raad van State d.d. 3 september 2010 en het nader rapport d.d. 29 oktober 2010, aangeboden aan de Koningin door de minister van Economische Zaken, Landbouw en Innovatie. Het advies van de Afdeling advisering van de Raad van State is cursief afgedrukt.

*Bij Kabinetsmissive van 14 juli 2010, no.10.001982, heeft Uwe Majesteit, op voordracht van de Minister van Economische Zaken, bij de Raad van State ter overweging aanhangig gemaakt het voorstel van wet tot wijziging van de Telecommunicatiewet ter implementatie van de herziene telecommunicatierichtlijnen, met memorie van toelichting.<sup>2</sup>*

*Het Europese kader op het terrein van elektronische communicatie bestaat uit een vijftal richtlijnen: richtlijn 2002/21/EG (kaderrichtlijn), richtlijn 2002/22/EG (universeledienstrichtlijn), richtlijn 2002/58/EG (bijzondere privacyrichtlijn), richtlijn 2002/19/EG (toegangsrichtlijn), en richtlijn 2002/20/EG (machtigingsrichtlijn). De richtlijnen strekken in overwegende mate tot volledige harmonisatie. Deze richtlijnen zijn in het Nederlands recht voornamelijk omgezet in de Telecommunicatiewet en de daarop gebaseerde regelgeving. Het voorstel strekt tot implementatie van twee wijzigingsrichtlijnen (2009/136/EG, de richtlijn burgerrechten en 2009/140/EG, de richtlijn betere regelgeving<sup>3</sup>) en verordening 1211/2009<sup>4</sup>. Met deze wijzigingsrichtlijnen wordt een actualisering van het Europese regelgevend kader voor de elektronische communicatiesector gerealiseerd. De richtlijn betere regelgeving wijzigt de kader-, toegangs- en machtigingsrichtlijn. De richtlijn burgerrechten wijzigt de universeledienstrichtlijn en de bijzondere privacyrichtlijn.*

*De Afdeling advisering van de Raad van State spreekt vooraf haar waardering uit voor de nauwgezette wijze waarop de technisch ingewikkelde aanpassingsrichtlijnen zijn omgezet. De Afdeling onderschrijft de strekking van het wetsvoorstel, maar maakt een aantal opmerkingen met betrekking tot verschillende onderdelen van het voorstel. Zij is van oordeel dat in verband daarmee enige aanpassing van het voorstel wenselijk is.*

Blijkens de mededeling van de Directeur van Uw kabinet van 14 juli 2010, nr. 10.001982, machtigde Uwe Majesteit de Raad van State zijn advies inzake het bovenvermelde voorstel van wet rechtstreeks aan mij te doen toekomen. Dit advies, gedateerd 3 september 2010, nr. W10.10.0290/III, bied ik U hierbij aan.

#### 1. Artikel 6a.4a van de Telecommunicatiewet

*Het voorgestelde artikel 6a.4a introduceert de bevoegdheid voor de toezichthouder om een onderneming een functionele scheiding op te leggen tussen de toegangsdiensten en de andere activiteiten. De bepaling strekt tot implementatie van het nieuwe artikel 13bis van de toegangsrichtlijn.*

- a. *In de toelichting bij de artikelen 6a.4a, 6a.4b, en 6a.5 wordt opgemerkt dat de artikelen 13bis en 13ter van de toegangsrichtlijn zien op verplichte of vrijwillige functionele of structurele scheiding van (wholesale)toegangsdiensten. Artikel 13bis van de richtlijn spreekt in dat verband van «toegangsproducten op groothandelsniveau». Het is de Afdeling opgevallen dat de bevoegdheid voor de toezichthouder om een functionele scheiding te verlangen in het voorgestelde artikel 6a.4a, eerste lid, niet lijkt te zijn beperkt tot activiteiten die verband houden met het aanbieden van toegang op groothandelsniveau. De Afdeling adviseert artikel 6a.4a, eerste lid, in overeenstemming te brengen met artikel 13bis van de toegangsrichtlijn.*
- b. *Het vierde lid van het voorgestelde artikel 6a.4a bepaalt overeenkomstig het tweede lid van artikel 13bis van de toegangsrichtlijn, dat de toezichthouder een ontwerp van het besluit waarmee een functionele scheiding aan een onderneming wordt opgelegd, voorlegt aan de Commissie. Artikel 6a.4a, vierde lid, bepaalt daarbij dat in het ontwerpbesluit in ieder geval wordt ingegaan op de verwachte effecten van het besluit op het onder a tot en met d bedoelde. Artikel 6a.4a, vierde lid, strekt tot implementatie van artikel 13bis, tweede lid.<sup>1</sup> De Afdeling merkt op dat daarmee slechts onderdelen van artikel 13bis, tweede lid, onderdeel c uitdrukkelijk zijn geïmplementeerd. De onderdelen a, b, en d alsmede delen van onderdeel c worden in de opsomming niet genoemd. De Afdeling begrijpt dat ervan wordt uitgegaan dat de toezichthouder de daar genoemde aspecten zelfstandig als onderdeel van de motivering bij het ontwerpbesluit zal opnemen, zij adviseert niettemin dat uitdrukkelijk te bepalen.*

#### 1. Artikel 6a.4a van de Telecommunicatiewet

- a. *Zoals de Afdeling advisering van de Raad van State terecht vaststelt, ziet artikel 13bis van de toegangsrichtlijn op het functioneel scheiden van wholesale toegangsdiensten ofwel toegangsproducten op groothandelsniveau van de overige activiteiten. In navolging hiervan ziet artikel 6a.4a dan ook uitsluitend op de bevoegdheid voor het opleggen van een verplichting tot functionele scheiding van wholesale toegangsdiensten ofwel toegangsproducten op groothandelsniveau van de overige activiteiten. De beperking tot wholesale toegangsdiensten ofwel toegangsproducten op groothandelsniveau wordt bereikt door de bevoegdheid tot het opleggen van een functionele scheiding in artikel 6a.4a, eerste lid, te beperken tot «activiteiten die verband houden met het aanbieden van door het college te bepalen vormen van toegang». In artikel 1, onderdeel I, is toegang namelijk gedefinieerd als «het aan een andere onderneming beschikbaar stellen van netwerkonderdelen (etc.) ... ten behoeve van het aanbieden van elektronische communicatiediensten (etc.) ... door die onderneming». Aldus ziet toegang in de zin van de Telecommunicatiewet uitsluitend op het verrichten van wholesale toegangsdiensten ofwel toegangspro-*

<sup>1</sup> Overigens wordt in de toelichting abusievelijk verwezen naar artikel 6a.4a, tweede lid.

ducten op groothandelsniveau. Artikel 6a.4a, eerste lid, is daarmee in overeenstemming met artikel 13bis van de toegangsrichtlijn.

- b. Aan de opmerking van de Afdeling is tegemoet gekomen door alle in artikel 13bis, tweede lid, van de Toegangsrichtlijn genoemde aspecten op te nemen in artikel 6a.4a, vierde lid.

Conform de opmerking van de afdeling is voorts in de toelichting de verwijzing naar artikel 6a.4a, tweede lid, gewijzigd in een verwijzing naar artikel 6a.4a, vierde lid.

## *2. Artikel 6b.2, vijfde lid, van de Telecommunicatiewet*

*Het gewijzigde artikel 6b.2, vijfde lid, strekt tot implementatie van het gewijzigde artikel 7, zesde lid, van de kaderrichtlijn.*

*Artikel 7 van de kaderrichtlijn regelt onder meer de te volgen procedure indien de Commissie van oordeel is dat een ontwerpbesluit van de nationale toezichthouder, waarin de relevante markt wordt bepaald dan wel waarin een onderneming met aanmerkelijke marktmacht wordt aangewezen, een belemmering vormt voor de interne markt dan wel twijfels heeft over de verenigbaarheid met het Gemeenschapsrecht. De Commissie kan in een dergelijke situatie verlangen dat de toezichthouder het ontwerpbesluit intrekt (artikel 7, vijfde lid, onderdeel a, van de kaderrichtlijn). De toezichthouder dient het ontwerpbesluit dan binnen een termijn van 6 maanden in te trekken dan wel zodanig te wijzigen dat het ontwerp in overeenstemming wordt gebracht met het unierecht. Indien de toezichthouder besluit het ontwerp te wijzigen dient een (nieuwe) openbare raadpleging over het gewijzigde ontwerpbesluit te worden gehouden en dient de Commissie opnieuw in kennis te worden gesteld (artikel 7, zesde lid, laatste volzin van de kaderrichtlijn). De Afdeling meent dat de verwijzing naar de procedure van artikel 7, derde lid, in artikel 7, zesde lid, tevens met zich brengt dat de Commissie opnieuw opmerkingen ten aanzien van het gewijzigde ontwerpbesluit kan indienen.*

*De Afdeling ziet in het gewijzigde artikel 6b.2 niet dat bij toepassing van het vijfde lid, onderdeel a, het gewijzigde ontwerpbesluit opnieuw openbaar wordt voorbereid noch dat de Commissie opnieuw in kennis wordt gesteld. Wel wordt ingevolge het tiende lid een afschrift van het besluit aan de Commissie gezonden. Dit vindt echter plaats na vaststelling.*

*De Afdeling meent dat artikel 7 van de kaderrichtlijn niet volledig is omgezet en adviseert artikel 6b.2 in het licht van het bovenstaande aan te passen.*

## *2. Artikel 6b.2, vijfde lid, van de Telecommunicatiewet*

De stelling van de Afdeling dat een gewijzigd ontwerpbesluit opnieuw openbaar moet worden voorbereid en aan de Europese Commissie moet worden voorgelegd, onderschrijf ik. Beide verplichtingen maken reeds onderdeel uit van dit wetsvoorstel en zijn neergelegd in artikel 6b.1, eerste lid, juncto 6b.2, eerste lid:

- Door in artikel 6b.1 (artikel X van het wetsvoorstel) te verwijzen naar artikel 6b.2, vijfde lid, onderdeel a, is het college verplicht om een gewijzigd ontwerpbesluit opnieuw openbaar voor te bereiden.
- De verplichting om een gewijzigd ontwerpbesluit opnieuw voor te leggen aan de Europese Commissie is neergelegd in artikel 6b.2, eerste lid (artikel Y van het wetsvoorstel). In dit eerste lid is bepaald dat een besluit als bedoeld in artikel 6b.1, eerste lid, moet worden voorgelegd aan de Europese Commissie (voor zover een dergelijk besluit van invloed is op de handel tussen lidstaten). In artikel 6b.1,

eerste lid, wordt vervolgens verwezen naar een besluit in de zin van artikel 6b.2, vijfde lid (ofwel een gewijzigd ontwerpbesluit). Aan de opmerking van de Afdeling is tegemoet gekomen door de toelichting op deze artikelen op dit punt aan te vullen.

### 3. Artikel 11.7a van de Telecommunicatiewet

*Artikel 11.7a strekt tot implementatie van het gewijzigde artikel 5, derde lid, van de bijzondere privacyrichtlijn. Het betreft de zogenoemde «cookie-bepaling». Artikel 11.7a, eerste lid, onderdeel b, bepaalt, kort gezegd, dat een ieder die door middel van elektronische communicatienetwerken toegang wenst te verkrijgen tot gegevens die zijn opgeslagen in de randapparatuur van een gebruiker dan wel gegevens wenst op te slaan in de randapparatuur van de gebruiker daarvoor van de gebruiker toestemming dient te verkrijgen. In het vierde lid van artikel 11.7a wordt bepaald dat bij ministeriële regeling in overeenstemming met de Minister van Justitie nadere regels kunnen worden gegeven met betrekking tot de in het eerste lid, onder a en b, genoemde vereisten. Het College bescherming persoonsgegevens wordt om advies gevraagd over een ontwerp van bedoelde ministeriële regeling.*

*In het voorstel dat ter consultatie aan marktpartijen alsmede voor advies aan het College bescherming persoonsgegevens was voorgelegd, was bepaald dat voor het opslaan en lezen van cookies «ondubbelzinnige toestemming» moet worden gevraagd. De toelichting vermeldt dat er in reactie op is geweest dat het vereiste van ondubbelzinnige toestemming verder gaat dan de richtlijn voorschrijft en dat daarmee ook niet gehandeld wordt in de geest van de richtlijnbeepaling zoals die is verwoord in overweging 66 van de considerans van richtlijn 2009/136/EG. De consequentie hiervan is volgens de ingezonden reacties dat het internet gebruiksonvriendelijk wordt, dat in de praktijk de gebruiker steeds toestemming zal verlenen zonder zich te realiseren waarvoor en dat juist meer persoonsgegevens geregistreerd moeten worden door degene die verantwoordelijk is voor de cookies.<sup>1</sup> Om die reden is de eis dat voor het plaatsen of lezen van informatie op de computer van de eindgebruiker ondubbelzinnige toestemming vereist is, in het wetsvoorstel vervallen. In de memorie van toelichting wordt opgemerkt dat «de toestemming wordt geacht te zijn verkregen indien de op de randapparatuur gebruikte programmatuur (zoals de browser) zo is ingesteld dat deze automatisch de aangeboden cookies van dat domein opslaat en toegang daartoe verleent».<sup>2</sup> Daarbij wordt verwezen naar overweging 66 van de considerans waarin wordt opgemerkt dat wanneer dit technisch mogelijk en doeltreffend is (...) overeenkomstig de desbetreffende bepalingen van richtlijn 95/46/EG, de toestemming van de gebruikers met verwerking kan worden uitgedrukt door gebruik te maken van de desbetreffende instelling van de browser of andere toepassing.*

*De Afdeling meent dat er inderdaad aanleiding is op grond van 11.7a, vierde lid, nadere regels te stellen omtrent de wijze waarop de toestemming bedoeld in het eerste lid, onderdeel b, moet worden verkregen. De Afdeling verwijst daarbij naar Opinion 2/2010 on behavioural advertising van 22 juni 2010 van de Artikel 29 werkgroep<sup>3</sup>, waarin kritische kanttekeningen worden geplaatst bij het verlenen van toestemming middels de instelling van de gebruikte programmatuur (browser). De werkgroep wijst daarbij op de standaardinstelling van veel gebruikte browsers (acceptatie van cookies), het feit dat de door de gebruiker gemaakte keuze kan worden omzeild (door gebruik van zogenoemde «flash cookies») en het feit dat eenmalig toestemming wordt gegeven voor alle toekomstige cookies zonder nadere overweging omtrent het doel van bepaalde cookies.*

<sup>1</sup> Algemeen deel, paragraaf 3.7.

<sup>2</sup> Artikelsgewijze toelichting bij artikel 11.7a.

<sup>3</sup> Beschikbaar op de website van het CBP [www.cbpreweb.nl](http://www.cbpreweb.nl).

*De Afdeling meent dat in de toelichting aan het vorenstaande aandacht dient te worden besteed. Daarenboven meent zij dat, gelet op de aard van de nadere regelgeving, regeling ingevolge artikel 11.7a bij algemene maatregel van bestuur in de rede ligt.*

*De Afdeling adviseert het voorstel in het licht van het bovenstaande aan te passen.*

### 3. Artikel 11.7a van de Telecommunicatiewet

De stelling van de Afdeling dat er aanleiding is om nadere regels te stellen omtrent de wijze waarop de toestemming als bedoeld in artikel 11.7a, eerste lid onderdeel b, wordt verkregen wordt in beginsel door mij onderschreven. Wel vind ik het van belang eerst de resultaten van de inspanningen van de Europese Commissie op dit punt af te wachten. De Commissie heeft initiatieven ontplooid om, binnen de grenzen van richtlijn 2002/58/EG, samen met het bedrijfsleven te komen tot een EU brede invulling van het toestemmingsvereiste. Het is raadzaam de uitkomst hiervan af te wachten en alsdan te bezien of nadere regels nodig zijn. In de toelichting is hieraan aandacht geschonken.

Naar aanleiding van de opmerking van de Afdeling dat in de toelichting aandacht dient te worden besteed aan de kritische kanttekeningen van de Artikel 29 werkgroep ten aanzien van het verlenen van toestemming door middel van de instellingen van de gebruikte programmatuur (browser) is de toelichting aangepast. In de toelichting wordt nu aangegeven dat niet iedere browser geschikt is om toestemming te verlenen voor het lezen of plaatsen van informatie op de eindapparatuur van een gebruiker. Conform het advies is artikel 11.7a, vierde lid, aangepast waardoor nadere regels omtrent de hiervoor genoemde toestemming niet langer bij ministeriële regeling maar bij algemene maatregel van bestuur dienen te worden gesteld.

4.

*Voor redactionele kanttekeningen verwijst de Afdeling naar de bij het advies behorende bijlage.*

4.

De redactionele kanttekeningen van de Afdeling zijn verwerkt, met uitzondering van de kanttekening ten aanzien van de artikelen 6a.1, derde en zesde lid, en 6a.4, tweede lid. De Afdeling lijkt in artikel 16, zesde en zevende lid, van de Kaderrichtlijn te lezen dat het college verplicht is om bijstand van BEREC te accepteren indien zij er niet in slaagt om een marktanalyse te voltooien binnen de in artikel 16, zesde lid, van de Kaderrichtlijn gestelde termijn. Nu in artikel 16, zevende lid, eerste zin, van de Kaderrichtlijn, wordt gesteld dat BEREC aan de betrokken nationale regelgevende instantie «op haar verzoek» bijstand verleent, is van een verplichting tot het accepteren van bijstand van BEREC geen sprake.

5.

Bij gelegenheid van dit nader rapport is ten slotte een aantal wijzigingen aangebracht in de tekst van het wetsvoorstel die niet het gevolg zijn van het advies van de Afdeling advisering van de Raad van State.

Ten eerste is artikel 3.19a toegevoegd. Hiermee wordt het instrument van gedwongen verkoop geïntroduceerd. Deze toevoeging vloeit voort uit artikel 5 van de Machtigingsrichtlijn. Hoewel niet met zekerheid gesteld kan worden dat dit artikel de lidstaten verplicht om te voorzien in deze

mogelijkheid, wordt dit instrument uit een oogpunt van volledige implementatie wenselijk geacht. Met dit instrument kan immers beter gewaarborgd worden dat frequentieruimte daadwerkelijk wordt benut.

Ten tweede werd in de artikelen 7.4, eerste lid, en 7.8, derde lid, abusievelijk gesproken van «eindgebruikers met een beperking». Teneinde te voldoen aan artikel 23bis van de Universeledienstrichtlijn moet dit derde lid echter zien op eindgebruikers met een «fysieke» beperking. Dit is gecorrigeerd in het wetsvoorstel.

Ten derde is artikel 9.2a ingevoegd en is artikel 9.3, derde lid, (en de toelichting daarop) aangepast teneinde zeker te stellen dat (de procedure tot vaststelling van) de vergoeding voor de verzorging van een universele dienst in overeenstemming is met het recht van de Europese Unie, in het bijzonder de conclusie van de Advocaat-Generaal in zaak C-389/08.

Daartoe is in artikel 9.2a de bevoegdheid opgenomen om te onderzoeken en vast te stellen of het opleggen van een universele dienstverplichting voor de betrokken onderneming(en) een onredelijke last betekent. Eerst nadat is vastgesteld dat er sprake is van een onredelijke last kan de hoogte van de compensatie (voor het uitvoeren van de universele dienst) worden vastgesteld aan de hand van artikel 9.3.

Voorts is in artikel 9.3 een aanscherping aangebracht in het licht van het bepaalde in de artikelen 8 en 12 van de Universeledienstrichtlijn.

Tenslotte is de verwijzing naar artikel 18.8 in artikel 1, onderdeel 1°, van de Wet op de economische delicten, in de zinsnede met betrekking tot de Telecommunicatiewet, vervangen door de verwijzing naar artikel 11a.1, derde en vierde lid.

*De Afdeling advisering van de Raad van State geeft U in overweging het voorstel van wet te zenden aan de Tweede Kamer der Staten-Generaal, nadat met het vorenstaande rekening zal zijn gehouden.*

*De vice-president van de Raad van State,  
H. D. Tjeenk Willink*

Ik moge U verzoeken het hierbij gevoegde gewijzigde voorstel van wet en de gewijzigde memorie van toelichting aan de Tweede Kamer der Staten-Generaal te zenden.

De Minister van Economische Zaken, Landbouw en Innovatie,  
M. J. M. Verhagen

**Bijlage bij het advies van de Afdeling advisering van de Raad van State betreffende no.W10.10.0290/III met redactionele kanttekeningen die de Afdeling in overweging geeft**

- De toelichting bij artikel 3.3 ten aanzien van de kring van gerechtigden tot het indienen van een zienswijze in overeenstemming brengen met de wettekst.
- In de voorgestelde artikelen 6a.1, derde en zesde lid, en 6a.4, tot uitdrukking brengen dat bijstand door BEREC wordt verleend indien het college niet binnen de genoemde termijn de marktanalyse kan afronden.