



Consultatie van het voorontwerp voor een

## **Wet Implementatie Telecomcode**

*Reactie van KPN*

Contactpersoon: mr. P.C. Knol  
Postbus 25110  
3001 HC Rotterdam  
paul.knol@kpn.com

9 september 2019

## Inleiding

KPN heeft kennisgenomen van het in consultatie gebrachte voorontwerp voor een wet 'Implementatie Telecomcode', waarmee de richtlijn tot vaststelling van het Europees wetboek voor elektronische communicatie (hierna: EEC) wordt geïmplementeerd. Omdat de richtlijn op de meeste onderdelen geen beleidsruimte laat aan lidstaten bij de implementatie bevat dit voorontwerp een grotendeels juridisch-technische uitwerking van de op Nederland rustende verplichtingen. De wenselijkheid van die betrokken bepalingen van de richtlijn staat niet meer ter discussie. In deze reactie komt KPN dan ook niet daarop terug. We gaan slechts in op de onderwerpen waar wel ruimte is voor de wijze van implementatie en op artikelen waarbij de wijze van interpretatie vragen oproept.

In deze reactie wordt de volgorde van het wetsvoorstel aangehouden en worden de opmerkingen per hoofdstuk van de Telecommunicatiewet (hierna: Tw) opgenomen.

In verschillende bepalingen zijn nieuwe grondslagen voor lagere regelgeving opgenomen. Pas na bestudering van de concepten voor die regels kan de implementatie van de richtlijn goed worden beoordeeld. KPN gaat ervan uit dat concepten voor die uitwerkende regels tijdig zullen worden geconsulteerd.

Omdat veel van de in te voegen of te wijzigen regels bij lagere regelgeving worden ingevuld, kan een goed beeld van de voorgestelde implementatie pas plaatsvinden na kennisneming van die regels. Daarom is een tijdige consultatie van concepten van die lagere regelgeving noodzakelijk.

KPN heeft eerder al gereageerd op de afzonderlijke consultaties voor een nieuw artikel 6.3 Tw ('symmetrische toegang'; 20 mei 2019) en voor overstappen en geografisch onderzoek (31 januari 2019). Die voorontwerpen betreffen ook (deels) implementatie van bepalingen uit de EEC, maar zijn aan afzonderlijke consultaties onderworpen. In die reacties is al aangegeven dat het wenselijk is de afzonderlijke implementaties in onderling verband en in één wetsvoorstel neer te leggen. We gaan in deze reactie niet meer in op die eerder ingediende voorontwerpen. Het is niet duidelijk hoe de afzonderlijk geconsulteerde bepalingen in dit wetsvoorstel zullen worden ingevoegd, maar we gaan ervan uit dat de eerder ingediende commentaren daarbij worden meegenomen.

## Hoofdstuk 1 Tw - Algemene bepalingen

KPN kan zich vinden in de aanpassingen van artikel 1.1 Tw, die nauw aansluiten bij de EEC. De implementatie van artikel 3 EEC roept echter een vraag op.

Artikel 1.3 Tw is alleen gericht tot de ACM, terwijl het daarin geïmplementeerde artikel 3 EEC nadrukkelijk ook is gericht op 'andere bevoegde instanties' (zoals volgens artikel 15.1 alleen al de Minister en de Autoriteit persoonsgegevens). Volgens de toelichting valt daar – in elk geval – het Agentschap Telecom onder, als onderdeel van het Ministerie van EZK en de Minister van EZK zelf. Mogelijk is er bij de implementatie vanuit gegaan dat de bepalingen van de richtlijn voor zover die tegen de Staat zijn gericht rechtstreeks door burgers tegen diezelfde Staat en haar organen kunnen worden ingeroepen en daarom geen implementatie behoeven. Of dat inderdaad de reden is blijkt niet uit de toelichting. In de tevens gepubliceerde Transponeringstabel staan andere redenen aangegeven waarom (deels) van implementatie is afgezien. Zo staat er bij lid 1 en 2 van artikel 3 EEC vermeld dat het zou gaan om feitelijk handelen, wat gezien (alleen) de opsomming in lid 2 van dat artikel vragen oproept: het gaat bij het naleven van de doelstellingen van dat lid nadrukkelijk niet om feitelijk handelen van de instanties, maar om op rechtgevolg gerichte (bestuursrechtelijke) handelingen. Ook de Minister van EZK – en bijgevolg het Agentschap Telecom – is in zijn handelen gebonden aan de doelstellingen van dat lid. Hetzelfde geldt voor lid 4, waar vooral onderdeel a ('voorspelbaarheid van de regelgeving') juist zeer op de rol van de Minister is gericht. Indien de reden van implementatie inderdaad is gelegen in het feit dat de Staat en haar organen al

rechtstreeks zijn gebonden door de bepalingen van de richtlijn is het aan te bevelen dat in de toelichting uitdrukkelijk als verklaring van niet-implementatie op te nemen. De redenen van niet- implementatie die in de Transponeringstabel zijn opgenomen, lijken in elk geval niet correct en zouden moeten worden aangepast.

Tot slot lijkt het erop dat het bepaalde in artikel 3 lid 1 laatste volzin EECC niet is geïmplementeerd, ook niet voor de ACM, nu in het voorgestelde nieuwe artikel 1.3 lid 1 Tw alleen lid 2 en 4 van artikel 3 EECC van toepassing worden verklaard. Zowel voor de ACM als de Minister – als eventuele andere competente autoriteiten – geldt echter het daarin opgenomen voorschrift dat zij bij de uitoefening van hun bevoegdheden moeten bijdragen aan ‘het waarborgen van de uitvoering van beleid ter bevordering van de vrijheid van meningsuiting en van informatie, culturele en talendiversiteit en pluriformiteit in de media’.

KPN meent dat in het huidige voorstel artikel 3 EECC nog onvoldoende is geïmplementeerd. De regels van artikel 1.3 dienen expliciet ook te gelden voor ‘andere bevoegde instanties’ dan de ACM en moeten worden uitgebreid met de in artikel 3 lid 1 slotzin EECC genoemde voorschriften. Verduidelijkt moet worden dat ook de Minister van EZK en het Agentschap Telecom aan deze doelstellingen van de EECC zijn gebonden.

## Hoofdstuk 3 Tw - Frequenties

### *Artikel 3.10 – Doelstellingen verleningsprocedures*

Ter implementatie van artikel 55 lid 2 EECC wordt aan artikel 3.10 lid 1 na de bestaande opsomming een volzin toegevoegd, met daarin de doelstellingen van een procedure waarin een beperkt aantal vergunningen wordt verleend. Dit is in afwijking van de Transponeringstabel, waarin wordt opgemerkt dat dit lid geen implementatie behoeft.

De doelstellingen die worden toegevoegd overlappen goeddeels met die van de artikelen 3 en 4 EECC. Zoals hiervoor al aangegeven gelden die doelstellingen ook voor de Minister en moet dit worden verduidelijkt door aanpassing van artikel 1.3 Tw, of ten minste door aanpassing van de toelichting. Als er van uit wordt gegaan dat implementatie van artikelen 3 en 4 EECC voor handelen van de Minister niet nodig is, valt niet in te zien waarom dat voor artikel 55 lid 2 anders zou zijn. Het voorontwerp dient op dit punt verbeterd te worden en consistent gemaakt.

Artikel 55 lid 2 EECC behoeft geen implementatie in artikel 3.10 lid 1, in elk geval niet als wordt geconcludeerd dat artikel 1.3 Tw niet behoeft te worden aangevuld. De in het voorontwerp opgenomen aanvulling van artikel 3.10 kan dan worden verwijderd.

Bij de voorgestelde aanvulling van artikel 3.10 valt overigens op dat de tekst – anders dan in de toelichting wordt verondersteld – niet wordt aangesloten bij de tekst van de richtlijn. Volgens de tekst daarvan behoort het stimuleren van de mededinging altijd tot de te hanteren doelstellingen en worden daarnaast ‘één of meer’ van de vier daarna opgenomen doelstellingen vastgelegd. In de voorgestelde tekst voor artikel 3.10 lid 1 is de stimulering van de mededinging opgenomen in de – blijkens de formulering ‘of’ aan het eind van onderdeel 4 – opsomming van te kiezen doelstellingen. Daarmee zou dat doel dus, anders dan de richtlijn voorschrijft, niet noodzakelijkerwijs nagestreefd hoeven worden. Daarnaast wijkt de formulering van onderdeel 2 (‘dekking te waarborgen’) af van de ruimere tekst van de richtlijn (‘bevorderen van de dekking’). Deze afwijkingen leiden tot materieel andere invulling en moeten dus – als een wijziging wel wordt opgenomen – worden aangepast.

Voor het geval de voorgestelde aanpassing van artikel 3.10 toch in het voorstel blijft, dient bij de opnemings van de doelstellingen van een vergunningverleningsprocedure in artikel 3.10 lid 1 de formulering aan te sluiten bij die van artikel 55 lid 2 EEC.

#### *Artikel 3.20a – Verhuur frequentieruimte*

Ten onrechte wordt in de toelichting op meerdere plaatsen gesteld dat de mogelijkheid van verhuur van frequentiespectrum nieuw is en pas met de implementatie van de EEC in de wet behoeft te worden opgenomen. Dat miskent dat het huidige artikel 9ter Kaderrichtlijn al sinds 25 mei 2011 meebrengt (zie Richtlijn 2009/140/EG) dat lidstaten mogelijk moeten maken dat spectrum overgedragen of verhuurd kan worden. Ook onder de huidige wet zal aan een verzoek tot verhuur van frequentieruimte door de Minister moeten worden meegewerkt omdat anders de staat de op haar rustende verplichting van die richtlijn zou schenden.

Het is opmerkelijk dat er geen specifieke toelichting is opgenomen op de tekst van het artikel, mede omdat in afwijking van de richtlijn bepaling voor overdracht en verhuur afzonderlijke bepalingen worden voorgesteld die op onderdelen anders zijn geformuleerd. De reden daarvoor is niet toegelicht. Evenmin wordt duidelijk gemaakt welke uitwerking is voorzien in de AMvB bedoeld in lid 6. Als er bedoeld is om daarin mogelijke uitvoeringshandelingen van de Commissie op grond van artikel 51 lid 3 laatste twee alinea's te implementeren, dan is niet te begrijpen waarom een vergelijkbare grondslag niet aan artikel 3.20 is toegevoegd, nu die uitvoeringsvoorschriften zowel overdracht als verhuur kunnen betreffen. Evenmin wordt toegelicht waarom sommige onderdelen van artikel 51 lid 3 EEC niet worden overgenomen. Dat geldt voor de volgende alinea's van artikel 51 lid 3:

*'b) zij weigeren de verhuur van gebruiksrechten voor radiospectrum niet wanneer de verhuurder verklaart aansprakelijk te blijven voor de naleving van de oorspronkelijke aan de gebruiksrechten verbonden voorwaarden.'*

*'De punten a), b en c) van de eerste alinea doen geen afbreuk aan de bevoegdheid van de lidstaten om de naleving van de aan de gebruiksrechten verbonden voorwaarden te allen tijde af te dwingen, zowel ten aanzien van de verhuurder als van de huurder, in overeenstemming met het respectievelijke nationale recht.'*

*'De bevoegde instanties vergemakkelijken de overdracht of verhuur van gebruiksrechten voor radiospectrum doordat zij alle verzoeken betreffende de aanpassing van de aan de rechten verbonden voorwaarden tijdig in beraad nemen en doordat zij waarborgen dat die rechten of het relevante radiospectrum, zo veel mogelijk kunnen worden opgesplitst of ontbundeld.'*

Deze bepalingen laten geen beleidsvrijheid ten aanzien van de implementatie en dienen daarin te worden meegenomen.

Zowel de tekst van artikel 3.20a als de toelichting over de mogelijkheden van verhuur van frequentiespectrum dienen te worden aangepast en in lijn te worden gebracht met de EEC (en de mogelijkheden van verhuur onder het al bestaande EU-kader).

Tot slot is het van belang om te constateren dat Nederland gebruik blijft maken van de mogelijkheid om spectrumtoewijzing en -toezicht niet neer te leggen bij de ACM – als nationale regelgevende autoriteit – maar bij de Minister. Volgens artikel 5 lid 1 onderdeel c EEC dient bij die keuze echter te worden geregeld dat de ACM advies kan verstrekken over de 'marktformings- en mededingingselementen van nationale procedures in verband met radiospectrumgebruiksrechten voor elektronische communicatienetwerken en -diensten'. In de artikelen 3.20 en 3.20a is dat wel expliciet aangegeven, maar een generieke

plicht voor de Minister om over die zaken advies van de ACM in te winnen is niet opgenomen. Daarmee is dat artikel van de EECC onvoldoende geïmplementeerd.

Het verdient aanbeveling om ter implementatie van artikel 5 lid 1 onderdeel c EECC een algemene verplichting voor de Minister op te nemen om advies aan de ACM te vragen over de marktformings- en mededingingselementen van nationale procedures in verband met radiospectrumgebruiksrechten.

## Hoofdstuk 5 Tw - Aanleg, instandhouding en opruiming van kabels

KPN constateert dat in het voorontwerp artikel 42 EECC niet correct is geïmplementeerd. Onder het huidige recht is uitgemaakt dat gemeenten geen ‘nationale regelgevende instanties’ zijn als gedefinieerd in de Kaderrichtlijn. Dat zijn ze evenmin onder de EECC. Maar voor veel bepalingen is in de EECC aangegeven dat ook aan andere autoriteiten dan nationaal regelgevende instanties als ‘bevoegde autoriteiten’ taken kunnen worden toegewezen. In de artikelen 42 en 43 EECC gaat het om taken die verband houden met onder meer het installeren op, over of onder openbare en particuliere eigendom en het behandelen van aanvragen voor het verlenen van rechten in dat verband. In Nederland zijn dat taken die in hoofdstuk 5 Tw (meer in het bijzonder artikelen 5.3 en 5.4) zijn neergelegd bij B&W/gemeenten. Deze richtlijnbevestigingen brengen mee dat vergoedingen die daarvoor door deze autoriteiten worden gevraagd objectief gerechtvaardigd, transparant en niet-discriminerend moeten zijn, in verhouding moeten staan tot het beoogde doel en rekening moeten houden met de algemene doelstellingen van de richtlijn (zoals de uitrol van netwerken met hoge capaciteit); zie artikel 42 lid 1. Dat dit een juiste lezing is van de EECC, blijkt al uit het feit dat de taken die die bevoegde autoriteiten moeten naleven op grond van artikel 43 EECC (ook volgens de Transponeringstabel) in artikelen 5.3 en 5.4 Tw zijn geïmplementeerd. De vereisten van artikel 42 lid 1 EECC moeten daaraan worden toegevoegd.

In artikelen 5.3 en 5.4 Tw dient het bepaalde in artikel 42 lid 1 ten aanzien van de mogelijkheid van deze bevoegde instanties om vergoedingen in rekening te brengen, te worden geïmplementeerd.

## Hoofdstuk 5A Tw - Medegebruik voorzieningen en coördinatie van civiele werken

Doordat aan de regels voor medegebruik in de Richtlijn kostenreductie breedband in de EECC meerdere medegebruiksverplichtingen worden toegevoegd, waarbij ook nog verschillende terminologie wordt gebruikt, blinkt het EU-kader op dit punt niet uit door helderheid. Toch is het wenselijk bij de implementatie een qua terminologie en verplichtingen zo helder mogelijke regeling in de wet op te nemen. In de hoofdstukken 5a, 5b, 5c en 6a worden nu termen gebruikt waarvan niet eenduidig is hoe zich die verhouden, zoals ‘civiele werken’ (artikel 5a.1c), ‘civieltechnische voorzieningen (artikel 6a.6a lid 2) en ‘civieltechnische werken’ (artikel 5b.3). Hoewel de richtlijnen hier ook verschillende begrippen kennen lijkt het erop dat hier inhoudelijk op precies dezelfde begrippen wordt geduid. Het is noodzakelijk een eenduidige terminologie te kiezen, of – als dat niet kan – in de toelichting de verschillen duidelijk uiteen te zetten.

Het verdient aanbeveling de terminologie die in het voorontwerp wordt gebruikt voor de aan medegebruiksverplichtingen onderworpen technische voorzieningen eenduidig te maken, of eventueel bedoelde verschillen daartussen in de toelichting te verduidelijken.

In artikel 5a.3 worden in het tweede lid ‘aanbieders van bijbehorende faciliteiten’ toegevoegd als partijen die moeten voldoen aan redelijke verzoeken tot medegebruik van bijbehorende faciliteiten. Het gaat er

volgens de toelichting om partijen die uitsluitend antenne-opstelpunten exploiteren onder de regeling te brengen, mede omdat een groot deel van de antenne-opstelpunten in handen is van deze partijen. KPN steunt deze aanpassing, maar heeft enkele vragen bij de formulering.

Ten eerste wordt het begrip ‘bijbehorende faciliteiten’ in artikel 1.1 gedefinieerd als ‘de bij een elektro-nisch communicatienetwerk behorende faciliteiten’, wat de indruk wekt dat het gaat om faciliteiten be-horende bij een netwerk. Hier wordt juist beoogd (nog) niet bij dat netwerk behorende technische voor-zieningen te benoemen. Wellicht kan daarom hier beter een ander begrip worden gebruikt.

Ten tweede kan er mogelijk onduidelijkheid ontstaan over de zinsnede ‘van bij of krachtens algemene maatregel van bestuur aan te wijzen frequentieruimte en aanbieders van bijbehorende faciliteiten’. KPN leest de bepaling zo dat de algemene maatregel van bestuur uitsluitend ziet op de aanwijzing van fre-quentieruimte en niet op de aanbieders van bijbehorende faciliteiten. Die vallen er altijd onder. Het is aan te bevelen deze bedoeling explicieter in de tekst aan te geven.

Het voorontwerp bepaalt dat artikel 5a.5 lid 4 onderdeel b verder moet worden aangepast in die zin dat ‘respectievelijk’ wordt vervangen door ‘of’. Het zal niet de bedoeling zijn alleen dit lid van toepassing te verklaren op de bedoelde aanbieders. Alle aanbieders van faciliteiten dienen medegebruik aan te bieden en een redelijke vergoeding voor medegebruik te vragen. Dit is immers ook de strekking van artikel 44 EEC. De invulling van de redelijkheid – zoals weergegeven in artikel 5a.5 lid 2 en 3 – moet ook van toe-passing zijn op aanbieders van faciliteiten die voor andere diensten dan omroep worden gebruikt, zoals aanbieders van (hoge) masten voor mobiele netwerken. Vergoedingen dienen gebaseerd te zijn op de kosten van de daadwerkelijk afgenomen capaciteit, transparant te zijn en niet-discriminatoir. Dat kan mogelijk in de toelichting worden verduidelijkt.

Het verdient aanbeveling om de formulering van de opneming van aanbieders van faciliteiten van derden die nodig zijn voor de aanleg van (mobiele) netwerken, zoals de aanbieders van masten in de wet aan te passen, dan wel de toelichting op dat punt explicieter te maken.

## Hoofdstuk 5B Tw - Colocatie en gedeeld gebruik

Artikel 44 EEC wordt (mede) geïmplementeerd in het nieuwe hoofdstuk 5B. Hierin wordt bepaald dat medegebruiksverplichtingen kunnen worden opgelegd door ‘een bestuursorgaan’ in verband met de be-scherming van het milieu, de volksgezondheid, of de openbare veiligheid of vanwege stedenbouwkun-dige of planologische doelstellingen, indien op die netwerkelementen en bijbehorende faciliteiten of ei-gendom de gedoogplicht, bedoeld in hoofdstuk 5, van toepassing. De te implementeren tekst spreekt ook hier over ‘bevoegde autoriteiten’ in plaats van bestuursorganen en maakt daarmee veel duidelijker dat alleen de bij de toepassing van de bepalingen betrokken autoriteiten hierin een rol spelen. Het gaat daarbij vooral om de ook bij de implementatie van bevoegdheden in hoofdstuk 5 betrokken autoriteiten.

In Nederland is ditzelfde onderwerp eigenlijk al goeddeels geregeld in artikel 5.2 lid 8 voor gedoogplich-ten en een verduidelijking waarom er niet voor is gekozen deze bepaling in verband met dat lid te imple-menteren is niet in de toelichting opgenomen. In de meeste gevallen zullen de bevoegde autoriteiten de overheden zijn op wie een gedoogplicht op openbare gronden rust. Als er andere bevoegde instanties zijn voorzien dan zou het wenselijk zijn in de toelichting daarover duidelijkheid te geven.

In artikel 5b.1 dient ‘bestuursorgaan’ vervangen te worden tot een begrip dat verwijst naar de gedoogplichten van hoofdstuk 5. Indien ook andere bevoegde autoriteiten hieronder vallen is het wenselijk in de toelichting daarover duidelijkheid te geven.

## Hoofdstuk 5c Tw – Medegebruik van voorzieningen ten behoeve van draadloze toegangspunten met klein bereik

Uit de implementatie van de EECC in deze artikelen volgt een groot aantal praktische uitwerkingen over te volgen procedures en communicatie, informatie-uitwisseling bij en voor het plaatsen van nieuwe antennes inclusief small cells, etc., die het best gezamenlijk kunnen worden besproken tussen Rijksoverheid, lokale overheid en mobiele operators. Naar de mening van KPN is een vernieuwd antenneconvenant hiervoor het aangewezen middel.

## Hoofdstuk 6 Tw - Interoperabiliteit, interconnectie en toegang

In het nieuwe artikel 6.2 lid 5 wordt aan de ACM een zeer generieke bevoegdheid gegeven om de in voorgaande leden gegeven bevoegdheden naar eigen inzicht uit te breiden 'indien dat gerechtvaardigd is in het licht van de doelstellingen van artikel 1.3'. Het is niet aanstonds duidelijk welke richtlijnbeplating hiermee wordt geïmplementeerd. Uit paragraaf 3.6.1.1 blijkt dat daarbij bijvoorbeeld wordt gedacht aan toegang 'tot een partij als Netflix of AMS-X'. Daaruit kan worden afgeleid dat het niet de bedoeling is om die bevoegdheid ook te laten gelden jegens partijen die al onder de (meer geclausuleerde) normen van de eerdere leden geadresseerd kunnen worden. Dat lijkt ook terecht, omdat anders die clausuleringen in wezen zinloos zijn. Het is wenselijk in de tekst van dit lid die conclusie duidelijker te formuleren, door de zinsnede 'voor zover niet sprake is van een situatie waarop (...) betrekking hebben' te vervangen door 'voor diensten en aanbieders die niet vallen onder het bepaalde in (...)'. De in artikel 61 lid 2 EECC opgenomen clausuleringen in onderdeel c (uitgewerkt in de punten i en ii) komen in de implementatie in dit artikel niet terug. Het lijkt erop dat artikel 6.2 op die manier ruimere bevoegdheden geeft aan de ACM dan de richtlijn, die daarmee te extensief wordt geïmplementeerd.

De formulering van artikel 6.2 lid 5 dient aangepast te worden. Daarin dienen de gronden waarop de ACM van haar bevoegdheden gebruik mag maken aan te sluiten bij de formulering van artikel 61 lid 2 EECC.

In de toelichting bij artikel 6.2 van het wetsvoorstel is aangegeven dat deze bepaling eigenlijk een verlate implementatie is van de uitspraak van het Hof van Justitie van 9 november 2015. In dat geval is het te prefereren dat er in de wettekst zelf ook duidelijk wordt aangegeven – net als in die uitspraak – dat de ACM uitsluitend dergelijke toegang kan afdwingen als zij aannemelijk heeft gemaakt dat dergelijk optreden noodzakelijk en evenredig is om de doelstellingen van het Europees regelgevend kader te bereiken.

De formulering van artikel 6.2 dient aangepast te worden, in die zin dat wordt toegevoegd dat de ACM slechts verplichtingen kan opleggen betreffende toegang, interconnectie en interoperabiliteit van diensten voor zover zij aannemelijk heeft gemaakt dat het opleggen daarvan noodzakelijk en evenredig is om de doelstellingen van het Europees regelgevend kader te bereiken.

In artikel 6.3a wordt artikel 61 lid 4 EECC geïmplementeerd. Daarmee wordt ook de nogal chaotische implementatie van medegebruiksverplichtingen van de EECC in de Tw neergelegd (zie ook al hiervoor bij hoofdstuk 5a). De verplichtingen zoals omschreven in het voorgestelde lid 1 onder a en b vallen ook al onder artikel 5a.3 lid 1. Het belangrijkste verschil lijkt te zijn dat het toezicht op die bepaling bij de ACM berust en het in dit artikel 6a.3 gaat om bevoegdheden van de Minister. Dat is zeer onwenselijk. Daarmee zijn twee verschillende toezichthouders belast met exact hetzelfde onderwerp met het risico van tegenstelde inzichten en besluiten. Als deze bevoegdheden al dubbel worden opgenomen in de wet dient het toezicht daarop in elk geval bij één bevoegde instantie te worden neergelegd. In het stelsel van de

wet zou dat de ACM moeten zijn. Dit klemmt temeer nu uit de – hierna te bespreken – wijziging van artikel 12.4 kan worden afgeleid dat de ACM toezicht zal houden op de op te leggen verplichtingen.

Artikel 6.3a creëert overlappende bevoegdheden tussen de ACM en de Minister. Dat is zeer onwenselijk. In elk geval ten aanzien van de overlappende onderdelen van lid 1 onder a en b dient de exclusieve bevoegdheid van toezicht bij de ACM te liggen.

In de richtlijn is de bevoegdheid tot het opleggen van verplichtingen tot toegang tot actieve netwerkelementen of roaming sterk geclausuleerd door de woordkeus. Het moet gaan om situaties waarin de toegang *'rechtstreeks noodzakelijk'* is voor de lokale verlening van diensten die afhankelijk zijn van het gebruik van radiospectrum. Voorts kan een bevoegde instantie dergelijke verplichtingen alleen opleggen *'mits duidelijk in die mogelijkheid wordt voorzien bij het verlenen van de gebruiksrechten'* voor radiospectrum, en uitsluitend op grond van het feit dat in het gebied waar die verplichtingen gelden, de marktgestuurde aanleg van infrastructuur voor het aanbieden van netwerken of diensten die afhankelijk zijn van het gebruik van radiospectrum, stuit op onoverkomelijke economische of fysieke obstakels, *'waardoor er daar nauwelijks of geen toegang tot netwerken of diensten bestaat'*. De cursieve zinsdelen komen in de voorgestelde tekst van artikel 6.3a niet of onvoldoende terug. Ook ontbreken de factoren van artikel 61 lid 4 onderdelen a tot en met f waar de toezichthouder bij oplegging van verplichtingen rekening moet houden. Terecht wordt in het algemene deel van de toelichting aangegeven dat het onwaarschijnlijk is dat in Nederland van deze bevoegdheid gebruik zal worden gemaakt door de beschikbaarheid van goed dekkende netwerken. Dat neemt echter niet weg dat de aangegeven criteria en omstandigheden van de richtlijn – die ongerechtvaardigde toepassing van de bevoegdheid moet voorkomen – in de implementatie deels ontbreken. De tekst van het artikel moet nauwer aansluiten bij de richtlijnbevestiging. Dat de verplichting alleen kan worden opgelegd ten aanzien van vergunningen waarin dat ten aanzien van het concrete spectrum is bepaald vloeit impliciet al voort uit het voorgestelde artikel 20.7, maar dient ook expliciet in deze bepaling te worden opgenomen.

Artikel 6.3a bevat niet alle uit de EECC voortvloeiende waarborgen teneinde lichtvaardige toepassing van de bepaling te voorkomen. Volgens de richtlijnbevestiging moet worden toegevoegd:

- dat de bepaling alleen kan worden toegepast voor spectrum waarbij in de relevante vergunning in die mogelijkheid is voorzien;
- dat de gevraagde verplichting *'rechtstreeks noodzakelijk'* is voor de lokale verlening van diensten;
- dat ten gevolge van de in lid 2 onder a genoemde criteria er op het betrokken lokale gebied *'nauwelijks of geen toegang tot netwerken of diensten bestaat'*; en
- dat expliciet de omstandigheden a tot en met f van artikel 61 lid 4 EECC worden opgenomen, waarmee bij het opleggen van verplichtingen rekening wordt gehouden.

## Hoofdstuk 6A Tw - Verplichtingen voor ondernemingen die beschikken over een aanmerkelijke marktmacht

In dit hoofdstuk zijn veel wijzigingen geïmplementeerd die rechtstreeks voortvloeien uit de EECC en daarom geen aanleiding geven tot het maken van opmerkingen. Dat is slechts anders ten aanzien van twee artikelen.

Artikel 6a.2a geeft de ACM de mogelijkheid om, indien een onderneming op een onderzochte markt aanmerkelijke marktmacht heeft en deze marktmacht door hem ook op een nauw verwante markt kan worden gebruikt waardoor zijn marktmacht op die nauwverwante markt wordt vergroot, ook deze nauw verwante markt te reguleren. Het is niet duidelijk of de betrokken onderneming op die *'nauwverwante*



markt' aanmerkelijke marktmacht heeft of wordt geacht te hebben: betekent het van overeenkomstige toepassing verklaren van de artikelen 6a.2, eerste en derde lid, onderdelen b en c, 6a.3 en 6a.4 dat voor de nauwverwante markt aan volledige marktanalyse moet worden uitgevoerd? Als dat zo is, ligt het dan niet voor de hand om artikel 6a.1 (ook) van overeenkomstige toepassing te verklaren? Als dat niet zo is, wat is dan de betekenis van het van overeenkomstige toepassing verklaren van de artikelen 6a.2, eerste en derde lid, onderdelen b en c, 6a.3 en 6a.4? Deze artikelen gaan er immers van uit dat op de (nauwverwante) markt aanmerkelijke marktmacht bestaat. Daarnaast klopt de verwijzing (in de derde lid) naar artikel 6a.2, eerste en derde lid, onderdelen b en c niet. Het derde lid kent geen onderdelen b en c, het eerste lid wel.

De tekst en betekenis van artikel 6a.2a dienen gecorrigeerd en verduidelijkt te worden.

Artikel 6a.3 lid 4 geeft de ACM de mogelijkheid om aan het intrekken van verplichtingen voorwaarden te verbinden ten behoeve van bestaande overeenkomsten inzake toegang. De formulering in het voorgestelde wetsartikel ("voorwaarden verbinden") gaat verder dan wat hieromtrent in artikel 67 lid 3 EEC wordt bepaald. Die bepaling schrijft namelijk voor dat dergelijke voorwaarden betrekking moeten hebben op een '*passende opzeggingstermijn*' van bestaande overeenkomsten, 'die wordt bepaald door een evenwicht tot stand te brengen tussen de noodzaak om te zorgen voor een duurzame overgang voor de begunstigden van die verplichtingen en de eindgebruikers, keuze voor de eindgebruikers, en te waarborgen dat de regelgeving niet langer van kracht blijft dan noodzakelijk is'. In het wetsvoorstel ontbreekt ten onrechte de koppeling met de passende opzeggingstermijn.

Artikel 6a.3 lid 4 dient te worden aangepast aan de tekst van de EEC.

In artikel 6a.6a wordt artikel 72 EEC geïmplementeerd. Het is – ook na lezing van de tekst en toelichting van de bepaling – onduidelijk welke verplichtingen met deze regeling door de ACM kunnen worden toegevoegd aan de bestaande wettelijke verplichtingen van artikel 5a.3. Het zou wenselijk zijn als in de toelichting daarover duidelijkheid wordt gegeven.

In de toelichting van artikel 6a.6a zou moeten worden aangegeven wat materieel het gevolg van deze bepaling kan zijn.

## Hoofdstuk 6B Tw - Consultatie

In twee van de voorgestelde bepalingen staan naar onze indruk verschrijvingen. Zowel in artikel 6b.1 lid 1 als in artikel 6b.3 wordt volgens het wijzigingsvoorstel '6.3a, 6.4' toegevoegd achter '6.2, 6.3'. In de huidige teksten van deze artikelen komt '6.3' echter niet voor. Artikel 6.3 is namelijk vervallen bij de Wet tot wijziging van de Telecommunicatiewet ter implementatie van de herziene telecommunicatierichtlijnen (Stb. 2012, 235).

De verwijzingen in het voorstel van de artikelen 6b.1 lid en 6b.3 dienen te worden gecorrigeerd.

## Hoofdstuk 7 Tw – Eindgebruikersbelangen

### *Definitie van micro-ondernemingen en kleine ondernemingen*

In verschillende onderdelen van de in het wetsvoorstel voorgestelde wijzigingen van hoofdstuk 7 worden bepalingen die consumenten beschermen mede van toepassing verklaard op 'micro-ondernemingen, kleine ondernemingen of organisaties zonder winstoogmerk'. In artikel 7.3ac wordt de categorie micro-

ondernemingen (als aanbieder) uitgezonderd van de toepassing van sommige bepalingen. Het valt op dat deze begrippen in de wet niet zijn gedefinieerd. In de toelichting op het nieuwe artikel 7.1 lid 7 wordt aangegeven dat van een micro-onderneming sprake is als een onderneming gedurende twee opeenvolgende boekjaren aan twee van de volgende drie criteria voldoet: de waarde van de activa volgens de balans met toelichting bedraagt minder dan € 350.000, de netto-omzet over het boekjaar is minder dan € 700.000 en het gemiddeld aantal werknemers over het boekjaar is minder dan 10. Van een kleine onderneming is volgens die toelichting sprake als de waarde van de activa minder bedraagt dan € 6 miljoen, de netto-omzet is minder dan € 12 miljoen en het gemiddeld aantal werknemers is minder dan 50.

In een eerder geconsulteerd wetsvoorstel over overstappen, waarmee ook wordt beoogd bepaalde artikelen van de EEC te implementeren, werd verwezen naar de criteria van de bijlage bij Aanbeveling 2003/361/EG van de Commissie van 6 mei 2003 betreffende de definitie van kleine, middelgrote en micro-ondernemingen (PB L 124 van 20.5.2003, blz. 36, nadien gewijzigd). De invulling van de kengetallen is in deze aanbeveling anders dan in bovengenoemde Richtlijn. Dit maakt het zeer verwarrend voor aanbieders. Het verdient aanbeveling in de wet zelf aan te geven dat deze Aanbeveling de criteria aangeeft voor toepassing van deze begrippen, niet alleen ter verduidelijking daarvan, maar ook om ervoor te zorgen dat bij eventuele toekomstige wijzigingen te verzekeren dat duidelijk is dat de gewijzigde versie vanaf dan van toepassing is.

Het is wenselijk de verwijzing naar de definities van micro-ondernemingen en kleine ondernemingen in de Aanbeveling 2003/361/EG in de wet op te nemen en niet alleen via criteria in de toelichting.

#### *Definitie van organisaties zonder winstoogmerk*

De categorie 'organisaties zonder winstoogmerk' wordt niet gedefinieerd, alleen wordt in de toelichting opgemerkt dat in het algemeen daaronder wordt verstaan 'een organisatie of instelling die geen winst nastreeft en die overwegend activiteiten van algemeen nut uitvoert. Hierbij kan gedacht worden aan bijvoorbeeld liefdadigheidsinstellingen, sportverenigingen en buurtverenigingen. Overheidsinstanties worden niet aangemerkt als een organisatie zonder winstoogmerk'. Volgens overweging 259 bij de EEC gaat het om 'organisaties zonder winstoogmerk zoals gedefinieerd in het nationale recht' (*onderstreping toegevoegd*). Voor het onderhavige terrein is dat in Nederland nog nooit gebeurd. Ter voorkoming van onduidelijkheid in de toepassing van de wettelijke regeling verdient het aanbeveling om dit begrip expliciet in de wet te definiëren. Daarbij zou aansluiting moeten worden gezocht bij de 'micro- en kleine ondernemingen': het gaat niet om alle organisaties die zonder winstoogmerk actief zijn, maar om organisaties die qua omvang vergelijkbaar zijn met die afgebakende categorie klein-zakelijke klanten omdat zoals uit overweging 259 van de EEC blijkt, de onderhandelingspositie van die categorieën en organisaties vergelijkbaar is met consumenten. Sommige grote – internationale – organisaties zonder winstoogmerk zijn net als de in de toelichting al genoemde overheden eerder groot-zakelijke klanten en voor dergelijke organisaties is deze bescherming niet bedoeld.

Het verdient aanbeveling het begrip 'organisaties zonder winstoogmerk' in de wet te definiëren, ter uitvoering van overweging 259 van de EEC.

#### *Artikel 7.1*

##### *Nietigheid, vernietigbaarheid, niet totstandkoming*

Het Nederlands burgerlijk recht kent ten aanzien van de totstandkoming van rechtshandelingen een onderscheid tussen nietige (zie artikel 3:40 BW) en vernietigbare rechtshandelingen. Strijd met rechtshandelingen op grond van wettelijke regelingen die één van de partijen beschermen leidt in principe tot

vernietigbaarheid. Het rechtsverkeer is erbij gebaat dat rechtshandelingen die door partijen worden uitgevoerd in principe geldig zijn, tenzij door de partij wiens belangen worden beschermd een beroep op die grond wordt gedaan. Dat geldt dan ook zoveel mogelijk als uitgangspunt voor consumentenbescherming.<sup>1</sup>

In navolging van de tekst van de EECC kiest het voorontwerp in artikel 7.1 voor de formulering *‘Voordat een consument is gebonden aan een overeenkomst of een daarmee overeenstemmend aanbod’*. Zoals wel vaker het geval is met EU-richtlijnen sluiten de formuleringen van bepalingen met civielrechtelijke werking niet aan op het civiele recht. Naar de letter lijkt het erop dat als niet aan de verdere vereisten van de bepaling wordt voldaan er helemaal geen overeenkomst tot stand komt. Zo wordt het ook geformuleerd in de toelichting (onderdeel 3.8 van het algemene deel en in de inleiding op artikel 7.1, eerste t/m derde lid). Het Nederlands recht kent die rechtsfiguur op zich niet en het is onwenselijk dat er onduidelijkheid ontstaat over de totstandkoming van overeenkomsten. Bij onduidelijkheid of aan de informatieplichten van artikel 7.1 is voldaan kan het soms pas (ver) na afloop van de totstandkoming duidelijk zijn of de door de aanbieder gekozen interpretatie van de verplichting in rechte standhoudt. Als blijkt dat dit niet zo is zouden – mogelijk in zeer veel gevallen – ‘vermeende overeenkomsten’ zijn uitgevoerd die achteraf nooit hebben bestaan. Dat geldt dan niet alleen voor de consument in het desbetreffende geschil, maar vermoedelijk ook voor alle andere consumenten, omdat de norm vaak niet via klant-specifieke informatieverstrekking wordt nageleefd.

Dergelijke onduidelijkheid is zeer ongewenst voor alle betrokkenen (zowel klanten als aanbieders). Het is dan ook aan te bevelen om een formulering en toelichting te kiezen die beter aansluit op het civiele recht, op een wijze die de richtlijnnorm inhoudelijk recht doet. Zelfs als de tekst van de richtlijn wordt aangehouden kan die volgens KPN in de toelichting worden uitgelegd als een norm die leidt tot nietigheid van de overeenkomst, waardoor de leerstukken omtrent partiële nietigheid eenduidig mede van toepassing zouden kunnen zijn en ook de in voetnoot 1 aangehaalde jurisprudentie – leidende tot een uitgangspunt van vernietigbaarheid – daarin kan worden toegepast. Een dergelijke invulling voorkomt maatschappelijk ongewenste onzekerheid zonder dat enige bescherming van consumenten daarmee in gevaar komt. Het gaat hier meer om het juridisch correct vormgeven van de bescherming dan om de omvang van die bescherming.

De toelichting is temeer onwenselijk nu in lid 1 wordt verwezen naar artikel 6:230m BW, waarin dezelfde formulering voorkomt: *‘Voordat de consument gebonden is aan een overeenkomst op afstand of een overeenkomst buiten de verkoopruimte, dan wel aan een daartoe strekkend aanbod, verstrekt de handelaar de consument op duidelijke en begrijpelijke wijze de volgende informatie.’* Bij die bepaling wordt evenwel ervan uitgegaan dat de sanctie op niet-naleving niet is dat de overeenkomst als zodanig niet tot stand komt. Zie J.W. Rutgers in Tekst & Commentaar Burgerlijk Wetboek, artikel 6:230m, aant. 5: **‘5. Remedies.** Deze informatieverplichting is te beschouwen als een verbintenis uit de wet. Op grond van artikel 3:296 BW kan de consument nakoming van deze informatieverplichting vorderen. Verder kan de consument nadat hij de handelaar in gebreke heeft gesteld of nadat de handelaar van rechtswege in verzuim is, een schadevergoeding vorderen op grond van artikel 6:74 BW vanwege het niet nakomen van een verbintenis (MvT, Kamerstukken II 2012/13, 33520, 3, p. 10 e.v.).’ In de het commentaar op afdeling 6:2b BW vermeldt Rutgers in aant. 3: *‘Als een overeenkomst in strijd met afdeling 2b tot stand is gekomen, is*

---

<sup>1</sup> Zie bijv. ook Jac. Hijma in Tekst & Commentaar Burgerlijk Wetboek, artikel 3:40, aant. 3 onder f: **‘f. Vervolg; consumentenovereenkomsten.** Strijd met een dwingende wetsbepaling van consumentenbeschermende aard leidt in principe, nu het belang van één partij wordt beschermd, tot vernietigbaarheid (zie hiervoor, onder e). In het kader van art. 6:233 onderdeel a (onredelijk bezwarende algemene voorwaarden) leert de Hoge Raad — op instigatie van het Europese Hof van Justitie — dat de daar bedoelde vernietigbaarheid zo nodig door de rechter ambtshalve kan worden ingeroepen; HR 13 september 2013, ECLI:NL:HR:2013:691, NJ 2014/274 (Heesakkers/Voets), waarover art. 6:233, aant. 4. Te denken is aan situaties waarin de consument verstek laat gaan of zich niet van de vernietigingsoptie bewust is. Het ligt in de rede deze mogelijkheid tot ambtshalve vernietiging door te trekken — in het kader van art. 3:40 lid 2 — naar ander consumentenrecht van Europese origine, en van daaruit ook naar zuiver nationaal consumentenrecht. Vergelijk HR 12 februari 2016, ECLI:NL:HR:2016:236, r.o. 3.9, 3.11.2, NJ 2017/282 (Lindorff/Nazier).’

*de overeenkomst of het daarin opgenomen beding vernietigbaar of nietig op grond van artikel 3:40 lid 2 BW. Algemeen wordt aangenomen dat de rechter deze bepalingen ambtshalve moet toepassen, omdat het gaat om bepalingen van Europees consumentenrecht.'*

Nu het in artikel 7.1 – mede door de verwijzing naar artikel 6:230m BW – gaat om dezelfde wettelijke normen dient met het oog op consistentie van wetgeving en de rechtszekerheid hetzelfde regime te gelden als in het Burgerlijk Wetboek. In de toelichting zou dan ook moeten worden aangesloten bij de bepalingen van het BW en hetzelfde handhavings- en remedieregime moeten worden toegepast.

KPN verzoekt de Minister om de in artikel 106 van de EECC beoogde bescherming vorm te geven op een wijze die past binnen het Nederlandse civiele recht en daarmee niet onnodige rechtsonzekerheid oproept. Daartoe moet in elk geval de toelichting van het voorgestelde artikel 7.1 lid 1 worden aangepast.

#### *'Contract summary'*

De in lid 2 aangegeven samenvatting moet volgens artikel 102 lid 3 EECC voldoen aan door de Commissie, na raadpleging van BEREC, uiterlijk op 21 december 2019 vast te stellen uitvoeringshandelingen waarin een model van samenvatting van het contract wordt omschreven dat door de aanbieders moet worden gebruikt om te voldoen aan hun verplichtingen uit hoofde van dit lid. In het voorontwerp worden uitvoeringsregels vastgelegd in een AMvB, maar daarbij is gezien de tekst van de EECC geen beleidsruimte om af te wijken van de uitvoeringshandelingen van de Commissie. Onduidelijk is waarom in de tekst van de wet niet rechtstreeks daarnaar wordt verwezen. In de toelichting wordt er overigens ten onrechte vanuit gegaan dat BEREC het model zal vaststellen.

Het verhoogt de duidelijkheid van de wet als rechtstreeks naar de uitvoeringsregels van de Commissie op grond van artikel 102 lid 3 EECC wordt verwezen en niet via een tussenliggende AMvB.

#### *Programmadiensten*

In artikel 7.1 lid 5 worden de regels van lid 1 en 2 van overeenkomstige toepassing verklaard op programmadiensten. Programmadiensten hebben als bijzonderheid dat daarmee diensten van derden worden aangeboden (programma's) waarvoor de aanbieder van de toegangsdienst geen inhoudelijke verantwoordelijkheid hebben. Zij moeten de rechten voor distributie 'inkopen' en zijn daarvan afhankelijk voor de inhoud van de te distribueren diensten. Terecht is bijv. lid 4 niet van overeenkomstige toepassing verklaard, want individuele toestemming van klanten voor het wijzigen van programmapakketten of -inhoud is niet mogelijk. Het wijzigen van programmapakketten door de rechthebbenden valt buiten de invloedssfeer. Maar ook onderdelen van bijlage VIII van de EECC kunnen niet worden nageleefd. Indien ervoor wordt gekozen om wel een deel van de bepalingen van toepassing te verklaren op programmadiensten zal dat per onderdeel van de bijlage beoordeeld moeten worden. Het uitgangspunt van lid 5 zou daarom omgekeerd moeten zijn: alleen de onderdelen waarvan vastgesteld kan worden dat die toepasbaar zijn zouden van overeenkomstige toepassing kunnen worden verklaard.

Het voorgestelde artikel 7.1 lid 5 is geen uitvloeisel van de richtlijn, maar een nationale keuze. Indien die wordt aangehouden moet kritisch worden beoordeeld welke onderdelen van de transparantieverplichtingen gezien de afwijkende aard van programmadiensten zich lenen voor overeenkomstige toepassing.

### *Niet correcte uitzondering*

Het zevende lid van artikel 7.1 van het wetsvoorstel is gebaseerd op het tweede lid van artikel 102 van de EECC. Dit beoogt een aantal bepalingen uit artikel 7.1 ook van toepassing te laten zijn ten aanzien van micro- of kleine ondernemingen of organisaties zonder winstoogmerk. Eén bepaling die in het zevende lid van artikel 7.1 wordt genoemd, namelijk het vierde lid van artikel 7.1, komt echter niet overeen met de genoemde bepalingen in artikel 102, lid 2 van de EECC. Het vierde lid van artikel 7.1 komt overeen met het vierde lid van artikel 102 van de EECC en schrijft voor dat informatie integraal onderdeel uitmaakt van de overeenkomst en uitsluitend kan worden gewijzigd als partijen dit uitdrukkelijk overeenkomen. Nu dit vierde lid niet wordt genoemd in het tweede lid van artikel 102 van de EECC, moet de referentie aan het vierde lid in artikel 7.1, zevende lid, geschrapt worden.

De referentie aan het vierde lid in het voorgestelde artikel 7.1, zevende lid, dient geschrapt te worden aangezien dit vierde lid niet wordt genoemd in het tweede lid van artikel 102 EECC.

### *Artikel 7.2 - Beëindigingsrecht duurovereenkomsten bij eenzijdige wijziging*

Dit artikel is grotendeels gelijk aan de bestaande bepaling, met enkele door de richtlijn gevraagde aanpassingen. Het is niet duidelijk waarom de tekst van de richtlijn dan ook niet op andere punten wordt aangehouden. Artikel 105 lid 4 EECC bevat de uitzondering 'tenzij de voorgenomen wijzigingen uitsluitend in het voordeel van de eindgebruiker zijn, van strikt administratieve aard zijn en geen negatieve gevolgen hebben voor de eindgebruiker, of rechtstreeks worden opgelegd door het Unie- of het nationale recht'. Dit is in overeenstemming met de Nederlandse interpretatie (zie ook de Beleidsregels van de ACM). Nu dit zo uitdrukkelijk in de EECC is opgenomen, dienen deze uitzonderingen ook rechtstreeks in de tekst van artikel 7.2 te worden opgenomen. Dit vergroot immers de duidelijkheid voor eindgebruikers.

De volledige formulering van artikel 105 lid 4 EECC dient in de wet zelf te worden opgenomen.

### *Artikel 7.2a - Duur van de overeenkomst*

In grote lijnen komt het nieuw voorgestelde artikel met de bestaande bepalingen en de richtlijn overeen. In het nieuwe lid 4 is echter een volgens KPN onjuiste formulering gekozen. Met een klant kan een langere contractduur dan 24 maanden worden overeengekomen indien (volgens onderdeel b) het gaat om 'een koop op afbetaling van een fysieke aansluiting'. Die formulering miskent volledig de aard van de overeenkomst van telecommunicatiedienstverlening. 'Koop' is een overeenkomst gericht op eigendomsovergang, maar de overeenkomst van telecommunicatiedienstverlening is niet gericht op eigendomsovergang. Het netwerk blijft eigendom van de aanbieder, maar die biedt daarover tegen een overeengekomen tarief diensten aan. Hier wordt gedoeld op de situatie dat een nieuw netwerkelement wordt aangelegd, specifiek met het oog op een concrete klant, waarvan de aanbieder door een langere contractduur zekerheid wil krijgen dat hij de investering voor de specifieke aanleg kan terugverdienen. De aard van de dienstverlening blijft echter hetzelfde en de eigendom van het netwerkelement blijft bij de aanbieder. De formulering moet daarom worden aangepast. De richtlijn spreekt van 'een contract op afbetaling' wat al beter is, maar niet erg specifiek. De voorkeur zou het verdienen een aanduiding te kiezen die de aard van de prestatie juridisch nauwkeuriger aanduidt.

Het voorgestelde artikel 7.2a lid 4 onderdeel b moet anders worden geformuleerd, waarbij de woorden 'koop op afbetaling' worden vervangen door een verwijzing naar het duurkarakter van de telecommunicatiedienst, bijv. 'b. de overeenkomst betrekking heeft op een dienst waarvoor de aanleg van specifieke voorzieningen van een fysieke aansluiting noodzakelijk zijn, die geen eindapparatuur omvat'.

### Artikel 7.3 - Onafhankelijke vergelijkingstool

Het vierde lid van artikel 7.3 bepaalt dat voor eindgebruikers minimaal één onafhankelijke vergelijkingstool beschikbaar moet zijn, waarmee zij bepaalde diensten kunnen vergelijken en beoordelen. Het vijfde lid van artikel 7.3 geeft de minister de mogelijkheid in een AMvB nadere regels te stellen over de eisen die aan de vergelijkingstool worden gesteld. Indien een vergelijkingstool voldoet aan de eisen in het vierde en vijfde lid, kan de aanbieder de ACM verzoeken om certificering.

In de toelichting bij het wetsvoorstel wordt beschreven dat in Nederland vele en diverse gratis vergelijkingssites beschikbaar zijn. Het ligt daarom niet in de lijn der verwachting dat er snel een AMvB met nadere regels voor vergelijkingssites gaat komen.

Dit maakt het opmerkelijk dat de eisen die in artikel 103, derde lid van de EECC zijn opgenomen, niet zijn overgenomen in de wettekst. Artikel 103, derde lid van de EECC schrijft voor dat alleen vergelijkingstools die voldoen aan de eisen in de punten a) tot en met h) op verzoek gecertificeerd worden.

Als het wetsvoorstel in zijn huidige vorm in werking zou treden, kunnen aanbieders van vergelijkingstools de ACM verzoeken om certificering, onafhankelijk van het feit of er dan al dan niet een AMvB is. Mocht er op dat moment geen AMvB zijn, dan is het maar de vraag of de vergelijkingstools moeten voldoen aan de eisen die de EECC voorschrijft. Om die onduidelijke situatie te voorkomen, dienen de eisen in de punten a) tot en met h) in artikel 103, derde lid, van de EECC te worden overgenomen in de wettekst.

Om te waarborgen dat vergelijkingstools in het kader van een verzoek aan de ACM tot certificeren voldoen aan de eisen die de EECC voorschrijft, dienen de eisen in de punten a) tot en met h) in artikel 103, derde lid, van de EECC te worden overgenomen in de wettekst.

## Hoofdstuk 9 Tw - Universele dienstverlening

De wijzigingen in hoofdstuk 9 Tw roepen op zich geen vragen op, maar de toelichting bevat enkele onjuistheden. In onderdeel 3.7 van de toelichting wordt aangegeven dat KPN aangewezen zal blijven in artikel 20.1 Tw voor het aanbieden van de betaalbare spraakcommunicatiediensten, waarbij wordt aangegeven dat KPN die *'immers overal [kan] leveren via de bestaande koperverbinding'*. Deze zinsnede is in elk geval sinds de wijziging van het Besluit universele dienstverlening en eindgebruikersbelangen (BUDE) in 2012 (*Stb.* 2012, 353) niet meer actueel. Juist omdat er steeds meer aansluitingen komen gebaseerd op glasvezelnetwerken is toen het BUDE aangepast om het mogelijk te maken dat de universele spraakdienst technologie-onafhankelijk – en dus ook over mobiele netwerken – kan worden aangeboden. Het BUDE bevat daarvoor een uitvoerige regeling. Er is geen aanleiding om dat te beperken en er wordt (te recht) ook geen voornemen geuit dat te doen.

Een tweede correctie betreft een verschrijving in dat onderdeel, waar wordt aangegeven dat KPN in 2017 de verplichting om telefoongidsen en abonnee-informatiediensten te bieden zou hebben beëindigd. De mededeling daartoe werd echter al op 21 februari 2014 gedaan en de verplichting werd daarmee op 21 februari 2015 beëindigd.

De toelichting bevat in onderdeel 3.7 feitelijke onjuistheden die gecorrigeerd moeten worden.

## Hoofdstuk 11a Tw - Continuïteit

In de voorgestelde tekst van artikel 11a.1 is artikel 40 lid 1 EECC niet volledig geïmplementeerd. De tekst van dat artikel luidt: *'Die maatregelen zorgen, gezien de stand van de techniek, voor een veiligheidsniveau dat is afgestemd op de risico's die zich voordoen. Er worden met name maatregelen, waaronder in*

*voorkomend geval versleuteling, genomen om de impact van beveiligingsincidenten op gebruikers en op andere netwerken en diensten zo laag mogelijk te houden.* De onderstreepte zinsdelen in de tekst komen niet terug in artikel 11a.1 en moeten worden toegevoegd.

De punten opgenomen in lid 4 onderdelen b en c zijn overgenomen uit artikel 40 lid 1 EECC. Dat geldt niet voor onderdeel a. Weliswaar laat de richtlijn ook andere gronden toe om verplichtingen op te leggen – blijkend uit het gebruik van de woorden ‘onder meer’ – maar de grond onder a is zo breed en algemeen dat die veel verder gaat dan de bedoeling van de richtlijn. Het gaat in de richtlijn om bindende instructies die binnen een bepaalde termijn moeten worden geïmplementeerd als er een concrete dreigende situatie bestaat en dus om tamelijk specifieke gevallen. Door de zeer brede grond onder a toe te voegen worden in wezen de specifieke gronden genoemd onder b en c al overbodig en dat illustreert dat dit niet de bedoeling van de richtlijn kan zijn. Als er in aanvulling op de gronden van de richtlijn nieuwe gronden worden toegevoegd moeten die specifiekere zijn.

De tekst van artikel 11a.1 moet beter worden aangepast aan artikel 40 lid 1 EECC.

## Hoofdstuk 12 Tw - Geschillen

In de tekst van onderdeel QQQ van het voorontwerp, onderdeel a, wordt waarschijnlijk bedoeld dat de woorden ‘het medegebruik of de coördinatie’ vervallen, maar de tekst van dat onderdeel is niet duidelijk.

De tekst van onderdeel QQQ onder a moet worden aangepast.

Onderdeel QQQ onder b sluit niet aan bij de bestaande tekst van artikel 12.4, waar het gaat om geschilbeslechting in het kader van hoofdstuk 5a (en na de wijziging van onderdeel PPP van het wetsvoorstel 5c). Het voorgestelde lid (genummerd 2?) na het tweede lid gaat in op een geschil over de uitvoering van op grond van artikel 6.3a (nieuw) opgelegde verplichtingen. De ACM heeft in de voorgaande artikelen helemaal geen bevoegdheid van geschillen daarover kennis te nemen. In de tekst noch de toelichting daarop wordt ingegaan op de bijzondere situatie dat de ACM – als die bevoegdheid zou worden gecreëerd – toezicht zou moeten gaan houden op door de Minister specifiek opgelegde toegangsverplichtingen. In het voorgaande is al bepleit dat de bevoegdheid van artikel 6.3a – in elk geval deels – niet bij de Minister zou moeten behoren, maar als daar niet voor zou worden gekozen is geschilbeslechting door de ACM wel erg complex.

De in onderdeel QQQ onder b toegevoegde tekst sluit niet aan op de verdere tekst van de wet, maar roept ook verder vragen op. Een adequate regeling van geschilbeslechting voor geschillen bij de uitvoering van verplichtingen die op grond van artikel 6.3a worden opgelegd wordt hiermee niet gecreëerd. Het wetsvoorstel moet op dit punt worden aangepast, waarbij de verhouding tussen de rollen van de Minister en de ACM op dit punt opnieuw moeten worden doordacht.

## Hoofdstuk 20 Tw – Algemene overgangs- en slotbepalingen

### *Universele dienst (artikel 20.1 lid 1 en 2)*

De voorgestelde wijziging roept qua formulering geen vragen op, maar wel de vraag of er aanleiding bestaat om deze bepaling – die niet uit de richtlijn voortvloeit – te continueren. Het aanbod van betaalbare spraakcommunicatiediensten via vaste of mobiele netwerken is zo groot dat de bepaling dat KPN een tweetal specifieke abonnementsvormen moet continueren inmiddels in hoge mate archaïsch is. Het zou van realiteitszin getuigen deze bepaling bij gelegenheid van deze aanpassing te laten vervallen. Natuurlijk



beseft KPN dat hij hetzelfde effect kan bereiken door op elk moment deze verplichting door de mededeling van lid 2 te beëindigen met inachtneming van een jaar, maar het zou beter zijn datzelfde effect met een bij deze wijziging mee te nemen.

Artikel 20.1 dient geheel te vervallen.

## Artikel 9.17b Mediawet 2008

In dit nieuwe artikel wordt – een deel van – artikel 114 lid 2 EEC over doorgifteverplichtingen geïmplementeerd. Dit artikel laat lidstaten vrij in het al dan niet opleggen van ‘must-carry’ verplichtingen voor nader bepaalde radio- en televisieomroepkanalen, maar geeft regels voor het geval een lidstaat dergelijke verplichtingen oplegt. Nederland is zo’n lidstaat. Volgens de MvT bij het voorgestelde artikel 9.17b Mediawet 2008 behoeft alleen de verplichting om vijf jaar na inwerkingtreding van de wet en elke vijf jaar nadien de doorgifteverplichting te evalueren te worden opgenomen. KPN plaatst daarbij drie kanttekeningen.

Ten eerste stelt artikel 114 lid 2 EEC dat voor 21 december 2019 een evaluatie van de bestaande verplichting moet plaatsvinden, tenzij die in de vier daaraan voorafgaande jaren heeft plaatsgevonden. Volgens de ontwerp-MvT is dat in Nederland het geval, waarbij wordt verwezen naar het Kwink Groep-rapport *‘Must carry on, onderzoek naar aanpassing van de mediawettelijke doorgifteverplichting’*. Het lijkt echter niet dat een extern door de overheid opgedragen extern onderzoek kan gelden als evaluatie in de zin van de richtlijn van het overheidsbeleid om al dan niet verplichtingen op te leggen en de omvang daarvan te bepalen. Met de brief van de Minister van OC&W waarnaar wordt verwezen (*Kamerstukken II, 2017/18, 32 827, nr. 125*) is dat rapport aan de Tweede Kamer aangeboden, maar daarin zijn op de belangrijkste punten nog geen conclusies over de omvang en voorwaarden van de doorgifteverplichtingen getrokken; er is vooral procedureel aangegeven hoe wordt voorgesteld tot verdere conclusies te komen. Het is voor KPN dan ook duidelijk dat op dit moment Nederland nog niet heeft voldaan aan de verplichting van de richtlijn om voor 21 december 2019 een evaluatie af te ronden. Afronden betekent dat op de in die brief genoemde onderwerpen concrete keuzes worden gemaakt en die worden omgezet in regels. Ook zonder implementatie van de richtlijn op dit punt is Nederland overigens gehouden deze op haar als lidstaat rustende verplichting tijdig af te ronden.

Ten tweede bepaalt artikel 114 lid 2 EEC dat elke vijf jaar een evaluatie moet plaatsvinden, *na de eerste evaluatie* die uiterlijk 21 december 2019 moet zijn afgerond. Dat betekent dat de eerste evaluatie moet plaatsvinden uiterlijk 21 december 2024. De tekst van het voorgestelde artikel sluit daarop niet aan, want die bepaalt dat de eerste evaluatie moet plaatsvinden vijf jaar na inwerkingtreding van de bepaling, wat zou leiden tot een eerstvolgende evaluatie uiterlijk 21 december 2025, een jaar te laat. De tekst van het voorgestelde artikel 9.17b Mediawet 2008 moet dan ook worden aangepast.

Ten derde vraagt KPN er aandacht voor dat bij de invulling van de lopende evaluatie naar aanleiding van het Kwink-rapport de uitgangspunten van artikel 114, leden 1 en 3, EEC een belangrijker rol zouden moeten spelen dan tot op heden het geval lijkt te zijn. Het uitgangspunt van de richtlijn is dat lidstaten een vergoeding kunnen toekennen aan de aanbieders aan wie de verplichtingen worden opgelegd voor de uitvoering van de doorgifteverplichtingen, die – als die wordt toegepast – moet voldoen aan de eisen die daarbij worden gesteld ten aanzien van het voorkomen van discriminatie en transparantie over de regels. Nederland is één van de weinige landen in de EU waarin de aandacht niet zozeer wordt gelegd op de vergoedingen die aanbieders moeten ontvangen voor de door hen verplicht uit te voeren distributie, maar op de betalingen die zij aan omroepen zouden moeten voldoen (vergoeding voor auteursrecht etc.). Daarmee verliest de Nederlandse implementatie het evenwicht uit het oog; door een verplichting op te leggen tot distributie verplicht de wet impliciet tot het inkopen van die contentrechten. Tegenover het opleggen van die contractdwang zouden de partijen die verplichtingen opgelegd krijgen beschermd



moeten worden tegen mogelijke discriminatie of misbruik van die dwangpositie door de omroepen, maar daarin is niet voorzien. In het beleidsdebat lijkt zelfs af en toe – zonder enige grond - verondersteld te worden dat voor die dwangcontracten nog een hogere vergoeding gevraagd zou kunnen worden, zonder dat de tot distributie verplichte ondernemingen daartegen enig middel ter bescherming wordt geboden. De bij wet opgelegde machtspositie in de onderhandelingen tussen omroepen en distributeurs behoort te worden voorzien van een mogelijkheid om misbruik van die positie te voorkomen en dat ontbreekt in de Nederlandse implementatie van doorgifteverplichtingen. Bij de uitwerking van de evaluatie zouden daarom volgens KPN in elk geval de volgende punten in elk geval geregeld moeten worden:

- een verplichting aan betrokken omroepen tot medewerking aan continuering van doorgifte van mustcarry zenders, ook bij gebreke van overeenstemming over de voorwaarden;
- er moeten openbare tarieven zijn voor de doorgifte van (in elk geval) publieke omroep;
- nadere regels om de invulling van de transparantie en redelijkheid van de tarieven vast te stellen (waarvoor KPN graag suggesties zou doen);
- er mag geen koppeling zijn met niet-mustcarry zenders en producten.
- overwogen zou kunnen worden een geschillencommissie in te stellen met kennis van zaken die - bij verschil van inzicht - kan oordelen over de redelijkheid van het tarief.

KPN meent dan ook dat:

- de in de richtlijn voorgeschreven evaluatie voor 21 december 2019 nog moet worden afgerond en het stelsel van doorgifteverplichtingen voor de komende vijf jaar voor die datum vastgesteld moet zijn,
- de volgende evaluatie vijf – en niet zes – jaar na die datum moet plaatsvinden en de tekst van het voorgestelde artikel daarop moet worden aangepast, en
- de na evaluatie nieuw vast te stellen doorgiftheregeling moet worden voorzien van waarborgen om te voorkomen dat de gedwongen contracten tegen andere dan redelijke kosten tot stand kunnen komen.

### Artikel III (Inwerkingtreding)

Volgens de voorgestelde bepaling treedt de wet in werking op 21 december 2020, ook als deze door vertragingen in het wetgevingsproces pas later zou worden gepubliceerd in het Staatsblad. De formulering van de bepaling sluit aan bij Aanwijzing 4.22 ('Model H') van de Aanwijzingen voor de regelgeving, maar roept hier toch vragen op. De veronderstelde mogelijkheid van terugwerkende kracht zou hooguit kunnen gelden voor normen die ongewijzigd uit de richtlijn worden ingevoerd en ruim voor de datum van beoogde invoering bekend zijn, zodat rechtssubjecten zich daarnaar kunnen richten. De ervaring leert evenwel dat – vaak via amendementen in de Tweede Kamer – ook teksten worden gewijzigd en aangevuld tijdens de Parlementaire behandeling die tot in de Eerste Kamer discussie opleveren. Zeker waar het gaat om verplichtingen die gaan rusten op ondernemingen moet het uitgesloten worden geacht dat die met terugwerkende kracht ingaan tot een datum die mogelijk zelfs ligt voor de datum dat de teksten definitief in het Parlement zijn aangenomen. Dat zou ertoe kunnen leiden dat ondernemingen in theorie normen zouden schenden die nog niet vaststonden op het moment van een – achteraf geconstateerde – overtreding daarvan. Zowel voor de normen met bestuursrechtelijk toezicht, als met de normen die ondernemingen jegens elkaar kunnen inroepen moet die situatie worden vermeden.

Indien het Ministerie deze opmerking niet zou volgen door aanpassing van het artikel III verzoekt KPN om in elk geval dit onderwerp expliciet onder de aandacht van de Raad van State te brengen.

KPN meent dat de mogelijkheid van terugwerkende kracht zich niet kan uitstrekken tot verplichtingen die op ondernemingen worden gelegd. Voor de inwerkingtredingstermijn van andere of nieuwe bepalingen moet rekening worden gehouden met de benodigde implementatietermijn die aanbieders nodig hebben nadat de inhoud van de vastgestelde bepalingen bekend is.

Een ander probleem van de voorgestelde formulering van artikel III is dat die ertoe kan leiden dat de bepalingen ook lijken te gelden voor overeenkomsten die reeds voor 21 december 2020 zijn gesloten. Dat leidt tot praktische bezwaren. In elk geval de bepalingen van hoofdstuk 7 die zien op de totstandkoming van overeenkomsten en (daaraan voorafgaande) informatieplichten dienen alleen van toepassing te worden verklaard op overeenkomsten die tot stand komen na de publicatie van de wet in het Staatsblad.

De bepalingen in de wet die betrekking hebben op overeenkomsten dienen alleen te gelden voor overeenkomsten die worden afgesloten na publicatie van de wet in het Staatsblad.