

No.W10.08.0306/III

's-Gravenhage, 8 augustus 2008

Bij Kabinetsmissive van 21 juli 2008, no.08.002186, heeft Uwe Majesteit, op voordracht van de Staatssecretaris van Economische Zaken, bij de Raad van State ter overweging aanhangig gemaakt de adviesaanvraag inzake amendementen van het lid Aptroot op het voorstel van wet houdende wijziging van de Telecommunicatiewet verband houdende met de instelling van een antenneregister, de uitbreiding van het verbod op het verzenden van elektronische communicatie alsmede regeling van diverse andere onderwerpen (Kamerstukken II 2007/08, 30 661, nrs. 9 en 10).

De adviesaanvraag betreft een tweetal amendementen van het lid Aptroot op het voorstel van wet houdende wijziging van de Telecommunicatiewet (Tw). Beide amendementen zijn door de Tweede Kamer aanvaard, ondanks het feit dat deze tijdens de behandeling van het wetsvoorstel zijn ontraden door de Staatssecretaris van Economische Zaken.

De Eerste Kamer heeft zowel in het voorlopig verslag¹ als in het nader voorlopig verslag² de Staatssecretaris van Economische Zaken gevraagd over beide amendementen het advies van de Raad van State te vragen.

Het eerste amendement betreft handhaving van de onderbouwingsplicht voor de Onafhankelijke post- en telecommunicatieautoriteit (OPTA) bij het nemen van besluiten op grond van de Tw die aanzienlijke gevolgen hebben voor de desbetreffende markt. Het tweede amendement betreft het verbod om abonnees ongevraagd te benaderen voor commerciële, ideële of charitatieve doeleinden indien deze hebben aangegeven daar geen prijs op te stellen ("bel-me-niet" register). Door het amendement geldt dit verbod ook voor buitenlandse partijen. In de adviesaanvraag verzoekt de Staatssecretaris de Raad in zijn advies met name in te gaan op de Europeesrechtelijke aspecten van beide amendementen.

Hierna gaat de Raad nader in op beide amendementen.

1. Onderbouwingsplicht.

Artikel 1.3, vierde lid, Tw bepaalt dat het college van de OPTA (college) indien het een besluit neemt dat aanzienlijke gevolgen voor de desbetreffende markt heeft, onderbouwt, onder andere op basis van een verantwoording van de voorzienbare relevante gevolgen, zowel in kwalitatieve als, voor zover redelijkerwijs mogelijk, in kwantitatieve zin, dat de maatregel noodzakelijk is voor het bereiken van de in het eerste lid genoemde doelstellingen en dat een andere minder ingrijpende maatregel niet effectief is.

Naar aanleiding van een uitspraak van het College van Beroep voor het bedrijfsleven (CBb), waarin het CBb oordeelde dat een besluit van de OPTA niet aan deze

¹ Kamerstukken I 2007/08, 30 661, B.

² Kamerstukken I 2007/08, 30 661, D.

AAN DE KONINGIN

motiveringseis voldeed³, is bij Nota van wijziging⁴ voorgesteld het vierde lid te laten vervallen. Het amendement leidt ertoe dat het voorschrift wordt gehandhaafd.

Europeesrechtelijke context

Artikel 1.3 Tw vormt de implementatie van artikel 8 van richtlijn nr. 2002/21/EG van het Europees Parlement en de Raad van de Europese Unie van 7 maart 2002 inzake een gemeenschappelijk regelgevingskader voor elektronische-communicatienetwerken en –diensten (Kaderrichtlijn)⁵. Dat artikel regelt dat de nationale regelgevende instanties (in Nederland: OPTA) alle redelijke maatregelen moeten kunnen treffen met het oog op de doelstellingen van de richtlijn (effectiviteit). Artikel 8, eerste lid, van de Kaderrichtlijn bepaalt tevens dat die maatregelen in evenredigheid dienen te zijn met de doelstellingen. Een en ander is nader uitgewerkt in hetgeen overigens in dat artikel is geregeld.

Vervolgens is van belang artikel 8 van richtlijn nr. 2002/19/EG van het Europees Parlement en de Raad van de Europese Unie van 7 maart 2002 inzake de toegang tot en interconnectie van elektronische-communicatienetwerken en bijbehorende faciliteiten (Toegangsrichtlijn)⁶. In dat artikel is geregeld dat de nationale regelgevende instantie onder voorwaarden verplichtingen moet kunnen opleggen met het oog op het wegnemen van belemmeringen voor de toegang tot communicatienetwerken. In artikel 8, vierde lid, van de Toegangsrichtlijn is geregeld dat de opgelegde verplichtingen gebaseerd worden op de aard van het geconstateerde probleem en in het licht van de doelstellingen van artikel 8 van de Kaderrichtlijn proportioneel worden toegepast en gerechtvaardigd.

Uit het vorenstaande volgt naar het oordeel van de Raad, dat de OPTA bij het nemen van besluiten het proportionaliteitsbeginsel in acht dient te nemen: de getroffen maatregelen dienen evenredig te zijn met de doelstellingen. Hieruit volgt tevens dat naarmate maatregelen ingrijpender van aard zijn voor de betrokken marktpartijen, ter rechtvaardiging ervan een meer gedetailleerde onderbouwing noodzakelijk is, waaruit voortvloeit dat deze maatregelen niet alleen nuttig maar ook noodzakelijk zijn om de beoogde doelstelling te verwezenlijken.

Nederlandse implementatie

Artikel 1.3, vierde lid, Tw geeft aan het bovengenoemde Europeesrechtelijke kader aldus uitwerking, dat een verzwaarde motiveringsplicht geldt voor besluiten die aanzienlijke gevolgen hebben voor de desbetreffende markt, en geeft daarbij een opsomming van de elementen die van die motivering deel uit dienen te maken, een en ander in aansluiting op de algemene bepalingen in de Algemene wet bestuursrecht (Awb) inzake de onderbouwing van besluiten (artikelen 3:2 en 3:4 Awb). Bij het nemen van besluiten door de OPTA dient recht te worden gedaan

³ Uitspraak van het College van Beroep voor het bedrijfsleven van 24 juli 2007, in de zaken AWB 06/322 t/m 06/332, 06/359 t/m 06/400.

⁴ Kamerstukken II 2007/08, 30 661, nr. 8.

⁵ PbEG L 108.

⁶ PbEG L 108.

aan de door de richtlijnen vereiste afwegingskaders, die niet alleen uitgaan van proportioneel optreden door de regelgevende instantie, maar ook uitgaan van effectief optreden met het oog op de doelstellingen van de richtlijnen. Ook bij de toepassing van de verzwaarde motiveringsplicht zal het evenwicht tussen de proportionaliteit en de effectiviteit van het ingrijpen bewaakt moeten worden.

Het voorstel tot schrapping van artikel 1.3, vierde lid, TW is gedaan bij tweede nota van wijziging. Aanleiding vormde de reeds genoemde uitspraak van het CBb van 24 juli 2007, waarin het CBb een besluit van de OPTA vernietigde wegens het niet voldoen aan de verzwaarde motiveringsplicht in artikel 1.3, vierde lid, Tw. Volgens de toelichting bij de nota van wijziging (blz. 5) blijkt uit de uitspraak dat het CBb van oordeel is dat in artikel 1.3, vierde lid, Tw een meer gedetailleerde onderbouwing wordt geëist dan ingevolge de algemene motiveringsplicht van de artikelen 3:2 en 3:4 Awb, en dat dit in casu vereist dat een kosten-baten analyse een berekening bevat van de baten, gebaseerd op de concreet te verwachten toegangsvragen in de reguleringsperiode. De toelichting bij de nota van wijziging merkt op dat deze eis te zwaar is, omdat het niet altijd mogelijk is concreet aan te geven of, en zo ja, hoeveel partijen ook daadwerkelijk zulke verzoeken zullen indienen. Een dergelijke motiveringsplicht lijkt, zo stelt de toelichting bij de nota van wijziging, op gespannen voet te staan met de Toegangsrichtlijn. Immers, de OPTA kan als gevolg van de verzwaarde motiveringsplicht geen passende maatregelen, zoals vereist door de Toegangsrichtlijn, nemen zolang geen concrete toegangsvragen te verwachten zijn.

De Raad merkt op dat uit de overwegingen van het CBb in de desbetreffende zaak blijkt dat om te kunnen voldoen aan de door de OPTA opgelegde gedragsverplichtingen, door de marktpartijen aanzienlijke kosten gemaakt moesten worden, terwijl de balans over de baten pas kon worden opgemaakt als in de berekening betrokken zou kunnen worden met hoeveel stelligheid verwacht mag worden dat zich in de lopende reguleringsperiode daadwerkelijk vraag om capaciteit zou melden. Over de grootte van de kans dat dit zich in de reguleringsperiode zou gaan voordoen, kon de berekening echter geen enkele indicatie geven, terwijl inzicht in deze grootte noodzakelijk is voor het berekenen van de verwachte opbrengst van regulering, zo oordeelde het CBb. Daarbij komt dat het CBb oordeelde dat tegenover de consequente stellingname van de betrokken ondernemingen dat er geen enkele reden was aan te nemen dat programma-aanbieders een vraag naar kale capaciteit naar voren zouden brengen, de OPTA niets anders heeft gedaan dan stellen dat een dergelijke vraag wel mogelijk zou zijn. Het CBb concludeerde dat het besluit tekortschoot op het punt of de verwachte mededingingsproblemen wel een voldoende realiteitsgehalte hebben om de maatregelen te rechtvaardigen.⁷

Uit het vorenstaande kan naar het oordeel van de Raad niet worden afgeleid dat het CBb van oordeel is dat maatregelen die vallen onder artikel 1.3, vierde lid, Tw zodanig moeten worden gemotiveerd, dat hieraan in elk geval concrete en actuele

⁷ Overweging 9.4.6.

knelpunten ten grondslag moeten liggen (bijvoorbeeld, zoals in die zaak aan de orde was, actuele verzoeken om toelating). Het CBb oordeelde immers slechts dat de enkele stelling dat een vraag naar kale capaciteit wel mogelijk was, onvoldoende onderbouwing bood. Dit betekent dat de opvatting dat de uitleg die het CBb aan artikel 1.3, vierde lid, Tw geeft, een te zware motiveringsplicht inhoudt, die mogelijk op gespannen voet met het effectiviteitsvereiste uit de Toegangsrichtlijn staat, niet uit deze uitspraak kan worden afgeleid. De Raad is dan ook van oordeel dat uit het handhaven van artikel 1.3, vierde lid, Tw niet volgt dat Nederland daarmee in strijd komt met de verplichtingen uit de Toegangsrichtlijn.

2. Bel-me-niet.

De in het wetsvoorstel opgenomen bepalingen inzake het "bel-me-niet" register zijn eveneens bij tweede nota van wijziging opgenomen. Zij strekken tot de invoering van een verplicht register waarin abonnees op hun verzoek kunnen worden opgenomen indien zij niet gebeld willen worden voor direct marketing (ook wel telemarketing) doeleinden. Indien zij van die mogelijkheid gebruik hebben gemaakt, is het benaderen van deze abonnees voor dergelijke doeleinden verboden.

In het voorstel was dit verbod beperkt tot degenen die in Nederland gevestigd zijn. Het amendement heeft deze beperking geschrapt, waardoor dit verbod ook geldt voor degenen die in een andere staat zijn gevestigd.

De Staatssecretaris van Economische Zaken heeft dit amendement ontraden. Het voornaamste argument daarbij was dat het hier gaat om een activiteit die valt onder de Dienstenrichtlijn⁸ en dat de Dienstenrichtlijn geen beperkingen van het dienstenverkeer toelaat omwille van consumentenbescherming.⁹ De gewijzigde bepaling zou aldus een verboden beperking van het dienstenverkeer inhouden en ertoe leiden dat Nederland in strijd zou komen met de relevante bepalingen van de Dienstenrichtlijn.

De Raad wijst erop, dat - zoals ook in de toelichting bij de tweede nota van wijziging is vermeld - de bepalingen inzake het "Bel-me-niet" register uitwerking geven aan artikel 13, derde lid, van de richtlijn betreffende privacy en elektronische communicatie.¹⁰ Deze richtlijn richt zich weliswaar hoofdzakelijk op aanbieders van openbare elektronische-communicatiediensten, maar in enkele bepalingen ook tot anderen. Zo verbiedt artikel 5, eerste lid, het af luisteren of aftappen van communicatie door "*anderen* dan de gebruikers"¹¹.

Deze bredere toepassing van de bepalingen uit de richtlijn geldt naar het oordeel van de Raad ook voor artikel 13 inzake ongewenste communicatie. In artikel 13,

⁸ Richtlijn nr. 2006/123/EG van het Europees Parlement en de Raad van de Europese Unie van 12 december 2006 betreffende diensten op de interne markt (PbEU L 376).

⁹ Kamerstukken II 2007/08, 30 661, nr. 19.

¹⁰ Richtlijn nr. 2002/58/EG van het Europees Parlement en de Raad van de Europese Unie betreffende de verwerking van persoonsgegevens en de bescherming van de persoonlijke levenssfeer in de sector elektronische communicatie (richtlijn betreffende privacy en elektronische communicatie) (PbEG L 201).

¹¹ Ingevolge artikel 2, onderdeel a, van richtlijn 2002/58/EG is een gebruiker een "natuurlijke persoon die gebruik maakt van een openbare elektronische-communicatiedienst voor particuliere of zakelijke doeleinden zonder noodzakelijkerwijs op die dienst te zijn geabonneerd."

Met de bij nota van wijziging in de Tw opgenomen bepalingen is aan deze richtlijnbe­paling uitwerking gegeven. In artikel 2 van de Dienstenrichtlijn is een aantal sectoren van het toepassings­bereik van de Dienstenrichtlijn uitgezonderd. In het tweede lid, onder c, worden genoemd elektronische-communicatiediensten en -netwerken en bijbehorende faciliteiten en diensten, wat de aangelegenheden betreft die vallen onder de Richtlijnen 2002/19/EG, 2002/20/EG, 2002/21/EG, 2002/22/EG en 2002/58/EG. Nu de bewuste bepalingen in de Tw uitvoering geven aan artikel 13 van richtlijn 2002/58/EG zijn zij aldus uitgezonderd van de werkingssfeer van de Dienstenrichtlijn.

Aldus concludeert de Raad dat beide amendementen niet op Europeesrechtelijke bezwaren stuiten.

Tegen openbaarmaking van dit advies bestaat bij de Raad van State geen bezwaar.

D. Pennwiler