

Vergaderjaar 2020–2021

35 865

Wijziging van de Telecommunicatiewet in verband met de implementatie van Richtlijn (EU) 2018/1972 van het Europees Parlement en de Raad van 11 december 2018 tot vaststelling van het Europees wetboek van elektronische communicatie (Implementatie Telecomcode)

Nr. 4

ADVIES AFDELING ADVISERING RAAD VAN STATE EN NADER RAPPORT¹

Hieronder zijn opgenomen het advies van de Afdeling advisering van de Raad van State d.d. 7 april 2021 en het nader rapport d.d. 17 juni 2021, aangeboden aan de Koning door de Staatssecretaris van Economische Zaken en Klimaat. Het advies van de Afdeling advisering van de Raad van State is cursief afgedrukt.

Blijkens de mededeling van de Directeur van Uw kabinet van 16 december 2020, nr. 2020002605, machtigde Uwe Majesteit de Afdeling advisering van de Raad van State haar advies inzake het bovenvermelde voorstel van wet rechtstreeks aan mij te doen toekomen. Dit advies, gedateerd 7 april 2021, nr. W18.20.0476/IV, bied ik U hierbij aan.

De Afdeling advisering van de Raad van State heeft een aantal opmerkingen bij het voorstel en adviseert daarmee rekening te houden voordat het voorstel bij de Tweede Kamer der Staten-Generaal wordt ingediend.

Graag ga ik op deze opmerkingen in het navolgende in. De tekst van het advies treft u hieronder aan, met tussengevoegd de reactie daarop.

Bij Kabinetsmissive van 16 december 2020, no. 2020002605, heeft Uwe Majesteit, op voordracht van de Staatssecretaris van Economische Zaken en Klimaat, bij de Afdeling advisering van de Raad van State ter overweging aanhangig gemaakt het voorstel van wet tot wijziging van de Telecommunicatiewet in verband met de implementatie van Richtlijn (EU) 2018/1972 van het Europees Parlement en de Raad van 11 december 2018 tot vaststelling van het Europees wetboek van elektronische communicatie (Implementatie Telecomcode), met memorie van toelichting.

¹ De oorspronkelijke tekst van het voorstel van wet en van de memorie van toelichting zoals voorgelegd aan de Afdeling advisering van de Raad van State is ter inzage gelegd bij het Centraal Informatiepunt Tweede Kamer

Het wetsvoorstel strekt tot implementatie van Richtlijn 2018/1972² (Telecomcode), die het regelgevend kader voor elektronische communicatie in de EU bijeenbrengt en vereenvoudigt.

De Afdeling advisering van de Raad van State maakt een opmerking over de inhoudelijke overlap en samenloop tussen de hoofdstukken 5, 5a t/m 5c, 6 en 6a Tw. Daarnaast maakt de Afdeling opmerkingen over de voorgestelde bevoegdheid van bestuursorganen om colocatie of gedeeld gebruik op te leggen en het toezicht van het Agentschap Telecom op aanbieders van nummeronafhankelijke interpersoonlijke communicatiediensten. Ten slotte maakt de Afdeling enkele andere opmerkingen. In verband hiermee is aanpassing wenselijk van het wetsvoorstel en de toelichting.

1. Toelichting voorstel

De Telecomcode heeft tot doel bij te dragen aan de verwezenlijking van de doelstelling van een universele toegankelijkheid van breedbandinternet uit de actieplannen voor een Europese Gigabit Society³ (de connectiviteitsdoelstelling). Daarnaast beoogt de Telecomcode de werking van de interne markt voor elektronische communicatiediensten te versterken, de mededinging tussen aanbieders te bevorderen, en de positie van consumenten te verbeteren. In een nieuwe verordening worden de taken van de organisatie van Europese toezichthouders (BEREC) verder uitgebreid en in lijn gebracht met de Telecomcode.⁴

Voor de uitrol van het 5G mobiele netwerk zijn draadloze toegangspunten met een klein bereik, zogeheten small cells, van belang. Small cells zorgen voor een goede netwerkdekking en voor een hogere capaciteit van het netwerk. Het voorstel voorziet in de hoofdstukken 5, 5a van de Telecommunicatiewet (Tw) en de nieuwe hoofdstukken 5b en 5c, in instrumenten die aanbieders in staat moeten stellen om small cells op de gewenste locaties te plaatsen. Daarnaast introduceert het wetsvoorstel in de hoofdstukken 6 en 6a Tw wijzigingen in de regels ten aanzien van de interoperabiliteit en interconnectie van netwerken van verschillende aanbieders, en ten aanzien van de toegang van aanbieders tot elkaars netwerk.

2. Verhouding hoofdstukken 5, 5a t/m 5c, 6 en 6a Tw

Met de voorgestelde hoofdstukken 5b en 5c worden nieuwe regimes en nieuwe definities ingevoerd in de Tw. Op grond van hoofdstuk 5b Tw kan een bestuursorgaan op basis van publieke belangen⁵ een verplichting tot colocatie of gedeeld gebruik van netwerkelementen of van eigendom opleggen. Hoofdstuk 5c Tw voorziet in een regime voor medegebruik van publieke infrastructuur. Binnen dit hoofdstuk blijft het medegebruik beperkt tot toegangspunten met een klein bereik, die bijvoorbeeld kunnen worden ingezet voor de uitrol van 5G. De in dit hoofdstuk opgenomen verplichtingen gelden uitsluitend voor publiekrechtelijke rechtspersonen. In de toelichting staat dat deze nieuwe hoofdstukken inhoudelijk overlap

² Richtlijn (EU) 2018/1972 van het Europees Parlement en de Raad van 11 december 2018 tot vaststelling van het Europees wetboek voor elektronische communicatie (herschikking) (Pb EU 2018, L 321).

³ Connectivity for a Competitive Digital Single Market – Towards a European Gigabit Society, COM (2016) 591 final.

⁴ Verordening (EU) 2018/1971 tot instelling van het Orgaan van Europese regulerende instanties voor elektronische communicatie (BEREC) en het Bureau voor ondersteuning van BEREC (BEREC-Bureau), tot wijziging van Verordening (EU) 2015/2120 en tot intrekking van Verordening (EG) nr. 1211/2009 (Pb EU L321).

⁵ Zoals de bescherming van ruimtelijke ordening en milieu.

vertonen met de reeds bestaande hoofdstukken 5, 5a, 6 en 6a Tw.⁶ Dit roept vragen op over de inhoudelijke overlap en samenloop tussen de regimes uit die hoofdstukken.

a. Overlap en samenloop

De hoofdstukken 5, 5a t/m 5c, 6 en 6a Tw reguleren allen een bepaalde vorm van medegebruik of toegang.⁷ Volgens de toelichting kunnen aldus met de invoering van hoofdstukken 5b en 5c op eenzelfde publieke of private entiteit en infrastructuur verschillende regimes en vormen van medegebruik of toegang van toepassing zijn.⁸ Naar aanleiding van vragen in verschillende consultatiereacties, wordt in de toelichting bij het voorstel nader ingegaan op de overeenkomsten en verschillen tussen de hoofdstukken 5, 5a t/m 5c, 6 en 6a Tw. De Afdeling merkt op dat die verduidelijking niet volledig is.

In het wetsvoorstel wordt specifiek ingegaan op de overlap tussen de hoofdstukken 5a en 5c Tw. Er lijken echter ook andere overlappings voorzienbaar tussen de hoofdstukken. Zo reguleren de hoofdstukken 5 en 5c Tw in verband met de aanleg van onderdelen van een netwerk beide de toegang tot passieve elementen van de infrastructuur, zoals openbare gebouwen. De Afdeling acht het noodzakelijk dat duidelijk wordt gemaakt of er nog meer situaties denkbaar zijn waarin de verschillende hoofdstukken tegelijkertijd van toepassing kunnen zijn, en zo ja, welke situaties dit dan concreet betreft.

Daarnaast is het noodzakelijk dat de verhouding tussen de hoofdstukken wordt verduidelijkt. Niet duidelijk is of de geconstateerde overlap, en daarmee de mogelijkheid van samenloop, betekent dat de verschillende regimes tegelijkertijd van toepassing kunnen zijn, of dat zij elkaar uitsluiten.

Indien de toepasselijkheid van verschillende regimes niet tegelijkertijd mogelijk is, dient ook duidelijk te zijn aan de hand van welk criterium wordt bepaald welk hoofdstuk dan uitsluitend van toepassing is. Over de relatie tussen de hoofdstukken wordt in de toelichting opgemerkt dat het met het oog op de beginselen van noodzaak en proportionaliteit de voorkeur verdient om bij inhoudelijke samenloop het minst ingrijpende instrument toe te passen.⁹

Dit betreft een onduidelijk criterium, waarbij bovendien niet is toegelicht vanuit welk perspectief de mate van ingrijpendheid moet worden beoordeeld. De Autoriteit Consument en Markt (ACM) beoordeelt dit bijvoorbeeld vanuit het perspectief van marktwerking, terwijl het voor een derde kan gaan om een verstrekkende inbreuk op zijn eigendom. Ook is niet duidelijk hoe en door welke entiteit toepassing van het minst ingrijpende instrument wordt verzekerd, aangezien de hoofdstukken zich richten op verschillende publieke en private entiteiten.

⁶ Toelichting, hoofdstuk I Algemeen, paragraaf 3.5.3, Samenhang hoofdstukken 5, 5a t/m 5c, 6 en 6a.

⁷ Hoofdstuk 5 Tw voorziet in een gedoogplicht voor de aanleg van elektronische communicatienetwerken. Op grond van hoofdstuk 5a Tw kan aan een netwerkexploitant een verplichting worden opgelegd om in te stemmen met redelijke verzoeken van een andere netwerkexploitant tot medegebruik van zijn fysieke infrastructuur ten behoeve van de uitrol van een netwerk met hoge snelheid. Op grond van de hoofdstukken 6 en 6a Tw kan de ACM een verplichting opleggen om in bepaalde gevallen toegang te verlenen tot (actieve delen van) het netwerk.

⁸ Toelichting, hoofdstuk I Algemeen, paragraaf 3.5.3, Samenhang hoofdstukken 5, 5a t/m 5c, 6 en 6a.

⁹ Toelichting, hoofdstuk I Algemeen, paragraaf 3.5.3, Samenhang hoofdstukken 5, 5a t/m 5c, 6 en 6a.

Duidelijkheid over welk instrument in welke situatie van toepassing is, draagt bij aan de rechtszekerheid van betrokkenen. Dit geldt te meer omdat de rechtsbescherming bij de verschillende instrumenten verschilt. Ook is niet in alle gevallen geschilbeslechting door de ACM mogelijk. Daarnaast is de toepasselijkheid van een bepaald hoofdstuk van belang voor de vraag welke vergoeding betrokken entiteiten kunnen vragen: een redelijke vergoeding,¹⁰ een marktconforme vergoeding,¹¹ een vergoeding van de marktconforme kosten,¹² een vergoeding van de gemaakte kosten,¹³ of een vergoeding van administratieve kosten.¹⁴

De Afdeling adviseert in het licht van het voorgaande de inhoudelijke overlap en samenloop tussen de hoofdstukken 5, 5a t/m 5c, 6 en 6a Tw te verduidelijken, en zo nodig het wetsvoorstel aan te passen.

Paragraaf 3.5.3 van de memorie van toelichting, waarin wordt ingegaan op de verhouding tussen de hoofdstukken 5, 5a t/m 5c, 6 en 6a Tw, is naar aanleiding van het advies van de Afdeling herzien. In de paragraaf is benadrukt dat veel van de in die hoofdstukken opgenomen regels bestaand recht betreffen en dat de regimes van gedogen, medegebruik en toegang thans al naast elkaar bestaan en geen rangorde kennen.

Verder is toegelicht waarom de vraag van de Afdeling of samenloop van de verschillende regimes fricties kan opleveren ontkennend kan worden beantwoord. In het algemeen gaat het namelijk om verschillende situaties waarin geen sprake is van samenloop. Zo zal een verzoek om medegebruik van fysieke infrastructuur van een aanbieder van een elektronisch communicatienetwerk op grond van hoofdstuk 5a vaak betrekking hebben op fysieke infrastructuur die is aangelegd met een beroep op de gedoogplicht van hoofdstuk 5. Ook al gaat het dan om dezelfde infrastructuur, de situaties waarin de hoofdstukken toepassing vinden zijn verschillend. Samenloop kan wel aan de orde zijn bij bijvoorbeeld de uitoefening van de bevoegdheden op grond van hoofdstuk 5b en de hoofdstukken 6 en 6a. De instantie die op grond van een die hoofdstukken bevoegd is, zal in het algemeen geen reden zien om gebruik te maken van zijn bevoegdheid om aanbieders van elektronische communicatienetwerken een verplichting op te leggen als vanuit een andere invalshoek al een soortgelijke verplichting geldt. Maar ook als dat wel zo is, bijvoorbeeld omdat de bestaande verplichting alleen een lokaal bereik heeft, en een landelijke verplichting gewenst is, dan zal dat geen frictie geven. Dezelfde verplichting wordt dan vanuit twee invalshoeken opgelegd en dat levert voor de betrokken aanbieder geen extra verplichtingen op. De maatregelen die met deze regimes kunnen worden toegepast gaan namelijk steeds over hetzelfde, te weten het realiseren van medegebruik of toegang.

invoering van de nieuwe hoofdstukken 5b en 5c en de wijziging van hoofdstuk 6 wel extra aandacht. In dat kader zijn verder de verschillen en overeenkomsten tussen de verschillende hoofdstukken verduidelijkt. Dit geldt zowel voor de raakvlakken tussen de verschillende hoofdstukken en de onderlinge verschillen in algemene zin als voor de overeenkomsten en verschillen in concrete situaties. Daarbij is benadrukt dat voor de keuze van een van de instrumenten waarin die hoofdstukken voorzien bepalend is wat wordt beoogd en door wie en of daarbij sprake is van een vergoeding en geschilbeslechting.

¹⁰ Artikel I, onderdeel T (artikel 5b.3), voorstel en toelichting, hoofdstuk II Artikelen, Hoofdstukken 5b en 5c, Artikel 5b.3.

¹¹ Artikel I, onderdeel T (artikel 5c.2, tweede lid), voorstel.

¹² Artikel 5.7 Tw.

¹³ Artikel 5.8 Tw.

¹⁴ Artikel I, onderdeel T (artikel 5c.4, tweede lid), voorstel.

Naar het oordeel van de regering is de onduidelijkheid waarop de Afdeling doelt hiermee voldoende ondervangen.

b. Rechtskarakter omslagregeling

Op grond van het wetsvoorstel kan de ACM een omslagregeling vaststellen voor de kosten van het gedeeld gebruik van faciliteiten of eigendom en van de coördinatie van civieltechnische werken.¹⁵ In de uitvoeringstoets merkt de ACM op dat onduidelijk is wat het rechtskarakter van deze omslagregeling is. De ACM stelt de vraag of de omslagregeling een algemene verbindend voorschrift (AVV) is, of dat het een concretiserend besluit van algemene strekking (BAS) zou betreffen. Dit is immers bepalend voor de vraag welke rechtsmiddelen door partijen tegen een omslagregeling kunnen worden aangewend.

Bovendien is onduidelijk hoe de omslagregeling die de ACM op grond van artikel 5b.3 Tw kan vaststellen, zich verhoudt tot de regelingen voor vergoeding van de kosten in de hoofdstukken 5, 5a en 5c Tw. De Afdeling merkt op dat in het voorstel hierover geen duidelijkheid wordt verschaft. Evenmin wordt toegelicht waarom ten aanzien van colocatie en gedeeld gebruik een omslagregeling het passende instrument is, en waarom dit instrument in de andere hoofdstukken niet passend is.

De Afdeling adviseert in het voorstel nader toe te lichten wat het rechtskarakter is van de betreffende omslagregeling, en hoe deze zich verhoudt tot andere regelingen voor vergoeding van kosten in de hoofdstukken 5, 5a en 5c Tw.

Naar aanleiding van de opmerking van de Afdeling over de omslagregeling is het voorgestelde artikel 5b.3 aangepast en is in de memorie van toelichting bij het wetsvoorstel het karakter van die regeling nader toegelicht. Verder is uiteengezet waarom enkel bij hoofdstuk 5b gekozen is voor een dergelijke regeling. In de toelichting op artikel 5b.3 en in paragraaf 3.5.3. van de memorie van toelichting, waarin wordt ingegaan op de verhouding tussen de hoofdstukken 5, 5a, 5b, 5c, 6 en 6a, is verduidelijkt dat met het oog op uniformiteit van de vergoedingen ingeval van colocatie en medegebruik gebruik is gemaakt van de in artikel 44 van de Telecomcode opgenomen voorziening een regeling vast te stellen voor de kosten van het gedeeld gebruik van faciliteiten of eigendom en van de coördinatie van civieltechnische werken (een omslagregeling in de terminologie van artikel 44). Anders dan bij de overige genoemde vergoedingen voor medegebruik het geval is, kunnen geschillen over vergoedingen op grond van hoofdstuk 5b niet aan de nationale regelgevende instantie worden voorgelegd. De in artikel 5b.3 bedoelde regeling zal in de praktijk met name zien op de situaties dat de gemeenten colocatie of gedeeld gebruik opleggen om de plaatsing van de zogenoemde small cells op een ordentelijke manier te laten verlopen. Indien er bij de gebruikmaking van de bevoegdheid om colocatie of gedeeld gebruik op te leggen grote verschillen ontstaan tussen de daarmee samenhangende vergoedingen, kan dit aanleiding zijn hierover een dergelijke regeling vast te stellen. De daarin op te nemen regels lenen zich voor herhaalde toepassing voor een in beginsel onbepaalde groep normadressaten. Op die manier kan worden voorzien in uniformiteit met het oog op een gelijk speelveld. Die regeling heeft daarmee het karakter van een generieke regeling, waartegen geen bezwaar en beroep mogelijk is. Gelet hierop is ervoor gekozen om de bevoegdheid een dergelijke regeling vast te stellen toe te kennen aan Onze Minister. Hierbij is in een adviserende rol van de ACM voorzien met het oog op het borgen van

¹⁵ Artikel I, onderdeel T (artikel 5b.3 Tw), voorstel.

uniformiteit bij de vergoedingen die bij de verschillende hoofdstukken aan de orde zijn. Anders dan bij het medegebruik of de toegang op grond van de hoofdstukken 5a, 5c, 6 en 6a het geval is, kunnen geschillen over de hoogte van de vergoedingen tussen de betrokken partijen in geval van hoofdstuk 5b niet aan de ACM worden voorgelegd. Daarbij wordt opgemerkt dat gebruikmaking van deze bevoegdheid naar verwachting pas aan de orde zal zijn voor zover de ontwikkelingen ten aanzien van de toepassing van het voorgestelde hoofdstuk 5b van de Telecommunicatiewet daartoe nopen en dat toepassing van dat hoofdstuk op grote schaal voorlopig niet wordt verwacht.

3. Bevoegdheid tot het opleggen van colocatie of gedeeld gebruik

Het voorgestelde artikel 5b.1 Tw voorziet, ter implementatie van artikel 44 van de Telecomcode, in de bevoegdheid tot het opleggen van colocatie of gedeeld gebruik van netwerkelementen of van eigendom.

De Afdeling merkt op dat de toekenning van deze bevoegdheid aan «een bestuursorgaan van een gemeente, provincie, waterschap, of het Rijk» dusdanig onbepaald is, dat niet duidelijk wordt aan welk (bestuurs)orgaan van deze bevoegdheid toekomt. Voorts wordt uit het artikel niet duidelijk wanneer onderscheidenlijk een bestuursorgaan van de gemeente, provincie of waterschap, of een bestuursorgaan van de centrale overheid bevoegd is, aangezien een onderscheidend aanknopingspunt voor de uitoefening van de bevoegdheid ontbreekt.

De Afdeling adviseert het voorgestelde artikel 5b.1 Tw in het licht van het voorgaande aan te passen en te verduidelijken.

Naar aanleiding van het advies van de Afdeling om in artikel 5b.1 Tw uitdrukkelijker te bepalen welk bestuursorgaan wanneer bevoegd is, is in het voorgestelde artikel 5b.1 Tw tot uitdrukking gebracht dat de bevoegdheid toekomt aan het bestuursorgaan dat het aangaat. Het advies van de Afdeling om daarbij een rangorde op te nemen is evenwel niet overgenomen. Het gaat bij hoofdstuk 5b vooral om de infrastructuur van een elektronisch communicatienetwerk. Het hoofdstuk bevat voorzieningen op grond waarvan een bevoegde instantie een of meer aanbieders van een openbaar elektronisch communicatienetwerk verplichtingen kan opleggen met betrekking tot dat netwerk. Het gaat daarbij om colocatie of gedeeld gebruik. Waar het de bescherming van het milieu, de volksgezondheid of de openbare veiligheid of een van de andere in hoofdstuk 5b genoemde doelstellingen betreft is het bestuursorgaan dat het aangaat de instantie die colocatie of gedeeld gebruik kan opleggen. Dit kan een bestuursorgaan zijn van een gemeente, provincie, waterschap of de Staat. Hierbij is geen sprake van een rangorde. Ingeval verschillende bestuursorganen op verschillende gronden willen overgaan tot toepassing van de bevoegdheid op grond van hoofdstuk 5b, kunnen zij dus allen de bevoegde instantie in de zin van het aan hoofdstuk 5b ten grondslag liggende artikel 44 van de Telecomcode zijn. Naar verwachting zal in de meeste gevallen de bevoegdheid op gemeentelijk niveau worden uitgeoefend, gelet op de reacties uit de internetconsultatie op dit onderdeel en het onderzoek dat Cebeon naar aanleiding van die reacties in opdracht van het Ministerie van Economische Zaken en Klimaat heeft uitgevoerd. Op gemeentelijk niveau zal naar verwachting meestal bij burgemeester en wethouders het bestuursorgaan zijn dat bevoegd is tot het opleggen van colocatie of gedeeld gebruik. Om evenwel geen onbedoelde of ongewenste clausulering van de reikwijdte van artikel 44 van de Telecomcode aan te brengen is in hoofdstuk 5b gekozen om de bevoegdheid toe te kennen aan het bestuursorgaan dat het aangaat in

plaats van aan een specifiek bestuursorgaan en om ook geen rangorde daarin aan te brengen.

4. Toezicht Agentschap Telecom op nummeronafhankelijke interpersoonlijke communicatiediensten

Zoals in de uitvoeringstoets van het Agentschap Telecom (AT) wordt toegelicht leidt de nieuwe definitie van het begrip elektronische communicatiedienst uit de Telecomcode ertoe dat de zorg- en meldplicht uit hoofdstuk 11a Tw ook gaat gelden voor nummeronafhankelijke interpersoonlijke communicatiediensten, zoals Whatsapp. Omdat de aanbieders van dergelijke diensten zich niet hoeven te registreren bij de ACM, is er geen centraal register van alle ondertoezichtgestelden.

Als gevolg daarvan moet het AT zelf onderzoeken welke aanbieders van nummeronafhankelijke interpersoonlijke communicatiediensten er zijn. Omdat in dat geval aanbieders over het hoofd kunnen worden gezien, heeft het AT gevraagd om een regeling die deze diensten verplicht zich te registreren. De regering geeft in reactie daarop aan dat zij de behoefte van het AT om snel en goed inzicht te krijgen in de groep ondertoezichtgestelden begrijpt. De regering ziet wettelijk echter geen ruimte om op grond van de Telecomcode hieraan tegemoet te komen.¹⁶

De Afdeling volgt de redenering dat uit de Telecomcode kan worden opgemaakt dat aanbieders van nummeronafhankelijke interpersoonlijke communicatiediensten niet een registratie- of kennisgevingsverplichting kan worden opgelegd. Deze mogelijkheid bestaat alleen ten aanzien van ondernemingen die aan een algemene machtiging in de zin van de Telecomcode zijn onderworpen, waartoe deze aanbieders niet behoren. Dit ontslaat de regering er echter niet van om initiatieven te ontplooiën die de uitvoeringspraktijk van het AT op dit punt vergemakkelijken. Bijvoorbeeld door dit knelpunt onder de aandacht te brengen bij de Europese wetgever of bij andere lidstaten ernaar te informeren hoe zij deze uitvoeringsproblematiek oppakken.

De Afdeling adviseert nader toe te lichten hoe de regering voorstelt om het door het Agentschap Telecom gesignaleerde knelpunt in de uitvoering te verhelpen.

Het door het Agentschap Telecom gesignaleerde knelpunt betekent dat aanbieders van nummeronafhankelijke interpersoonlijke diensten over het hoofd kunnen worden gezien. Het is wel de vraag in hoeverre dat zich in de praktijk zal voordoen. Verder is van belang dat ook toezicht kan worden gehouden op basis van meldingen over incidenten en aanwijzingen over overtreding van de zorg- en meldverplichtingen van hoofdstuk 11a van de Telecommunicatiewet. De regering kan zich vinden in het advies van de Afdeling om het gesignaleerde knelpunt de nodige aandacht te geven. Hiertoe zal zij dit in Europees verband aan de orde stellen.

5. Overige opmerkingen

De Afdeling merkt aanvullend op dat het wetsvoorstel op verschillende punten nadere toelichting verdient. Dit betreft de uitvoering van verordening 2018/1971, de (onmogelijkheid van) verhuur van een om niet verleende vergunning, en de gevolgen van de verstreken implementatietermijn.

¹⁶ Artikel 12, eerste en derde lid, en artikel 40, vijfde lid, Telecomcode.

a. Uitvoering van verordening 2018/1971

Het voorstel¹⁷ tot wijziging van de Tw strekt tevens ter uitvoering van verordening 2018/1971.¹⁸ In deze verordening zijn verschillende verplichtingen voor lidstaten opgenomen.¹⁹ In het voorstel is niet toegelicht hoe aan deze verplichtingen wordt voldaan. Daarnaast ontbreekt een beschrijving van de (regelgevende) taken van BEREC, zoals het assisteren en adviseren van de nationale regelgevende instanties, het doen van aanbevelingen inzake harmonisaties op grond van de Telecomcode en het verstrekken van richtsnoeren over toepassing van het regelgevend kader. Bovendien is de ACM niet als de nationale regelgevende instantie in de zin van de verordening aangewezen.²⁰ Verder is niet duidelijk hoe de ACM zal samenwerken met BEREC, aangezien BEREC een beroep kan doen op de expertise daarvan, en welke informatie op welke wijze kan worden uitgewisseld met BEREC.

De Afdeling adviseert in de toelichting op het voorgaande in te gaan.

Naar aanleiding van het advies van de Afdeling om in de memorie van toelichting in te gaan hoe op de genoemde punten uitvoering wordt gegeven aan verordening 2018/1971 (BEREC verordening) is in de memorie een korte passage hierover opgenomen in paragraaf 1. De uitvoering van de BEREC-verordening betreft enkel het opnemen van de begripsomschrijvingen van BEREC en Berec-Bureau in artikel 1.1. van de Telecommunicatiewet. De overige artikelen van de verordening bevatten bepalingen die de lidstaten rechtstreeks binden of die geen nadere uitvoering behoeven. Dit laatste geldt bijvoorbeeld voor de artikelen waarin de bevoegdheden van BEREC zijn geregeld en de aanwijzing van de nationale regelgevende instantie.

b. Verhuur van een vergunning die om niet is verleend

Op grond van het wetsvoorstel zijn vergunningen die om niet zijn verkregen uitgezonderd van de mogelijkheid van verhuur.²¹ De Afdeling wijst erop dat in de toelichting bij het voorstel niet is uitgedrukt wat onder een vergunning verleend «om niet» wordt verstaan. Met het oog op de effectiviteit van deze uitzondering is het wenselijk dat hier niet alleen onder vallen vergunningverleningen zonder dat daaraan enige kosten zijn verboden maar ook elke vergunningverlening voor een symbolisch bedrag. In die gevallen is het evenmin wenselijk is dat de houder van een vergunning die zonder passende economische tegenprestatie is verkregen, die vergunning gaat verhuren en op die wijze gaat exploiteren.

De Afdeling adviseert in de toelichting nader te omschrijven wat verstaan wordt onder een «om niet» verleende vergunning.

In het gewijzigde wetsvoorstel is bepaald dat bij algemene maatregel van bestuur nader wordt bepaald in hoeverre om niet verkregen vergunningen van de mogelijkheid van verhuur worden uitgezonderd. Naar aanleiding van het advies van de Afdeling is in de toelichting nader omschreven wat

¹⁷ Toelichting, hoofdstuk I Algemeen, paragraaf 1. Doel en Aanleiding.

¹⁸ Verordening (EU) 2018/1971 van het Europees Parlement en de Raad van 11 december 2018 tot instelling van het Orgaan van Europese regulerende instanties voor elektronische communicatie (BEREC) en het Bureau voor ondersteuning van BEREC (BEREC-Bureau), tot wijziging van Verordening (EU) 2015/2120 en tot intrekking van Verordening (EG) nr. 1211/2009, PbEU 2018, L 321.

¹⁹ Artikel 3, vijfde lid, artikel 40, vijfde lid, en artikel 50 verordening 2018/1971.

²⁰ Artikel 18.2a, eerste lid, Tw.

²¹ Artikel I, onderdeel M (artikel 3.20a, eerste lid, onderdeel a, Tw), voorstel. In overeenstemming met artikel 51 Telecomcode.

wordt verstaan onder een om niet verleende vergunning. De situatie waarop de Afdeling doelt met «vergunningverlening voor een symbolisch bedrag» komt nauwelijks voor. Er is ook geen reden om gevallen waarin slechts een gering bedrag in rekening is gebracht, gelijk te behandelen als vergunningen die kosteloos zijn verleend, bijv. bij verdeling op volgorde van binnenkomst van de aanvragen. Indien na toepassing van een van de verdeelprocedures, bedoeld in artikel 3.10, eerste lid, Telecommunicatiewet, de verkrijger van de vergunning een financieel bod of een veilingprijs moet betalen, gaat het om een bedrag dat is gerelateerd aan de marktsituatie en niet om een symbolisch bedrag. Als er weinig vraag is naar frequentieruimte leidt dat tot een lage prijs maar ook dan wordt de vergunning niet kosteloos verkregen.

c. Verstreken implementatietermijn

De Telecomcode had uiterlijk op 21 december 2020 moeten zijn geïmplementeerd. In de toelichting wordt geen aandacht besteed aan de overschrijding van deze implementatietermijn en de gevolgen daarvan, in het bijzonder in het licht van de (nieuwe) rechten die op grond van de Telecomcode aan onder meer consumenten worden toegekend.

De Afdeling adviseert in de toelichting op het voorgaande in te gaan.

Naar aanleiding van de opmerking van de Afdeling over de verstreken implementatietermijn is in paragraaf 1 van de memorie van toelichting ingegaan op de termijnoverschrijding. Daarbij is verwezen naar de brieven van de Minister van Buitenlandse Zaken van 29 januari 2021 en van 23 april 2021 aan de Tweede Kamer (Kamerstukken II 2020/21, 21 109, nrs. 248 en 250), waarin is vermeld dat de voorbereiding van het wetsvoorstel meer tijd heeft gekost dan voorzien vanwege in het bijzonder nader onderzoek dat moest worden uitgevoerd naar de gevolgen van de richtlijn voor gemeenten. De gevolgen van de termijnoverschrijding zijn naar verwachting relatief beperkt. Zo stelt de Telecomcode in een aantal gevallen een handelwijze van aanbieders van openbare elektronische communicatienetwerken jegens eindgebruikers verplicht, die thans al usance is bij aanbieders. Hierbij kan gedacht worden aan de vergelijkingstool, bedoeld in artikel 103 van de Telecomcode, of het terugzenden van digitaaltelevisieapparatuur, bedoeld in artikel 113 van de Telecomcode. Verder zijn bijvoorbeeld de bepalingen over de kwaliteit van de dienst juist versoepeld in de Telecomcode. Ook zijn enkele prioritaire onderdelen van de richtlijn reeds geïmplementeerd. Dit betreft (i) toegangsregulering in geval van replicatiebelemmeringen, (ii) het overstappen van telecomaandbieder en (iii) geografisch onderzoek van netwerken. De daartoe strekkende wijzigingen van de Telecommunicatiewet en van het Besluit universele dienstverlening en eindgebruikersbelangen zijn op 21 december 2020 in werking getreden.

6. De Afdeling verwijst naar de bij dit advies behorende redactionele bijlage

De Afdeling advisering van de Raad van State heeft een aantal opmerkingen bij het voorstel en adviseert daarmee rekening te houden voordat het voorstel bij de Tweede Kamer der Staten-Generaal wordt ingediend.

*De vice-president van de Raad van State,
Th.C. de Graaf*

- De definitie van «netwerexploitant» in het huidige artikel 5a.1 Tw in overeenstemming brengen met de in de Telecomcode vervatte definitie van het begrip «exploitant», en deze opnemen in artikel 1.1 Tw aangezien deze definitie naast hoofdstuk 5a ook in hoofdstuk 5c van het voorstel wordt gebruikt.
- De aanpassing van de definitie van «bundel» opnemen in de wettekst onder artikel 1, onderdeel A, van het voorstel.
- De definitie van het begrip «eindapparatuur» in het voorstel opnemen.
- De definitie van het begrip «het aanbieden van een openbare elektronische communicatiedienst» in het voorstel opnemen.
- In artikel 5b.1 van het voorstel expliciteren aan wie de verplichting tot colocatie en gedeeld gebruik kan worden opgelegd.
- In artikel 5c.3, tweede lid, van het voorstel «kan [...] worden» vervangen door «wordt».
- In lijn met Aanwijzing 9.12 van de Aanwijzingen voor de regelgeving een transponeringstabel toevoegen voor verordening 2018/1971.

De redactionele opmerkingen van de Afdeling om in het voorstel een definitie van het begrip «eindapparatuur» en de aanpassing van de definitie van het begrip «bundel» op te nemen en artikel 5b.1 aan te passen zijn overgenomen. De overige redactionele opmerkingen zijn evenwel niet overgenomen.

- Het begrip netwerexploitant uit hoofdstuk 5a heeft betrekking op de partijen van wie ingevolge de richtlijn breedband medegebruik ten behoeve van de aanleg van breedbandnetwerken kan worden gevraagd. Het gaat hierbij niet alleen om aanbieders van een openbaar elektronisch communicatienetwerk, die vallen onder het begrip exploitant in de zin van de Telecomcode, maar ook om beheerders van bijvoorbeeld water- of elektriciteitsleidingen, die buiten dat begrip vallen. Om die reden is bij de implementatie van de richtlijn breedband dan ook gekozen voor een aparte definitie netwerexploitant die enkel geldt bij toepassing van hoofdstuk 5a. In hoofdstuk 5c wordt weliswaar een deel van hoofdstuk 5a van overeenkomstige toepassing verklaard, maar dat betreft niet artikel 5a.1 Tw, waarin de definitie van netwerexploitant is opgenomen.
- Bij de aanpassing van artikel 1.1 Tw zijn de in de Telecomcode opgenomen definities het uitgangspunt. Vanwege het feit dat in de Telecomcode geen definitie is opgenomen van «het aanbieden van een openbare elektronische communicatiedienst» is ter voorkoming van onjuiste implementatie niet voorzien in het opnemen van een dergelijke definitie in de Telecommunicatiewet.
- Bij de formulering van de artikelen van hoofdstuk 5c is zo veel mogelijk aangesloten bij de formulering van de artikelen van hoofdstuk 5a, daar in artikel 57, vierde lid, van de Telecomcode uitdrukkelijk wordt verwezen naar de op grond van de richtlijn breedband vastgestelde procedures. Om die reden is in artikel 5c.3, tweede lid, aangesloten bij de formulering «kan ... worden» die in het met dat artikellid corresponderende artikel 5a.4, tweede lid, is gehanteerd.
- Ten slotte is het voorstel van de Afdeling om in de memorie van toelichting voor verordening 2018/1971 een transponeringstabel op te nemen niet overgenomen. Deze verordening betreft, zoals hierboven in reactie op punt 5a weergegeven, namelijk slechts een zeer beperkte wijziging van de Telecommunicatiewet, te weten het opnemen van een begripsomschrijving van «Berec» en «bureau».

Verder is van de gelegenheid gebruik gemaakt het wetsvoorstel en de daarbij behorende memorie van toelichting nog op een aantal punten aan te passen. Allereerst betreft dit artikel 4.10 Tw en de toelichting daarop. Ook zijn enkele aanpassingen doorgevoerd in bepalingen over de overdracht en verhuur van frequentievergunningen. Daarbij zijn het bestaande regime voor overdracht en het nieuwe regime voor verhuur zo veel mogelijk met elkaar in overeenstemming gebracht.

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 Staatssecretaris van Economische Zaken en Klimaat,
M.C.G. Keijzer