No.W18.20.0476/IV 's-Gravenhage, 7 april 2021

**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**

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.

Het wetsvoorstel strekt tot implementatie van Richtlijn 2018/1972[[1]](#footnote-1) (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 Society[[2]](#footnote-2) (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.[[3]](#footnote-3)

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 belangen[[4]](#footnote-4) 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 vertonen met de reeds bestaande hoofdstukken 5, 5a, 6 en 6a Tw.[[5]](#footnote-5) 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.[[6]](#footnote-6) Volgens de toelichting kunnen aldus met de invoeging van hoofdstukken 5b en 5c op eenzelfde publieke of private entiteit en infrastructuur verschillende regimes en vormen van medegebruik of toegang van toepassing zijn.[[7]](#footnote-7) 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 overlappingen 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.[[8]](#footnote-8)

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.

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,[[9]](#footnote-9) een marktconforme vergoeding,[[10]](#footnote-10) een vergoeding van de markconforme kosten,[[11]](#footnote-11) een vergoeding van de gemaakte kosten,[[12]](#footnote-12) of een vergoeding van administratieve kosten.[[13]](#footnote-13)

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.

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.[[14]](#footnote-14) 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.

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.

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.[[15]](#footnote-15)

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 ontplooien 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.

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.

a. *Uitvoering van verordening 2018/1971*

Het voorstel[[16]](#footnote-16) tot wijziging van de Tw strekt tevens ter uitvoering van verordening 2018/1971.[[17]](#footnote-17) In deze verordening zijn verschillende verplichtingen voor lidstaten opgenomen.[[18]](#footnote-18) 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.[[19]](#footnote-19) 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.

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.[[20]](#footnote-20) 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.

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.

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,

Redactionele bijlage bij het advies van de Afdeling advisering van de Raad van State betreffende no.W18.20.0476/IV

* De definitie van ‘netwerkexploitant’ 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 I, 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.

1. 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). [↑](#footnote-ref-1)
2. Connectivity for a Competitive Digital Single Market - Towards a European Gigabit Society, COM(2016) 591 final. [↑](#footnote-ref-2)
3. 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. 1211/200 (Pb EU L 321). [↑](#footnote-ref-3)
4. Zoals de bescherming van ruimtelijke ordening en milieu. [↑](#footnote-ref-4)
5. Toelichting, hoofdstuk I Algemeen, paragraaf 3.5.3, Samenhang hoofdstukken 5, 5a t/m 5c, 6 en 6a. [↑](#footnote-ref-5)
6. 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. [↑](#footnote-ref-6)
7. Toelichting, hoofdstuk I Algemeen, paragraaf 3.5.3, Samenhang hoofdstukken 5, 5a t/m 5c, 6 en 6a. [↑](#footnote-ref-7)
8. Toelichting, hoofdstuk I Algemeen, paragraaf 3.5.3, Samenhang hoofdstukken 5, 5a t/m 5c, 6 en 6a. [↑](#footnote-ref-8)
9. Artikel I, onderdeel T (artikel 5b.3), voorstel en toelichting, hoofdstuk II Artikelen, Hoofdstukken 5b en 5c, Artikel 5b.3. [↑](#footnote-ref-9)
10. Artikel I, onderdeel T (artikel 5c.2, tweede lid), voorstel. [↑](#footnote-ref-10)
11. Artikel 5.7 Tw. [↑](#footnote-ref-11)
12. Artikel 5.8 Tw. [↑](#footnote-ref-12)
13. Artikel I, onderdeel T (artikel 5c.4, tweede lid), voorstel. [↑](#footnote-ref-13)
14. Artikel I, onderdeel T (artikel 5b.3 Tw), voorstel. [↑](#footnote-ref-14)
15. Artikel 12, eerste en derde lid, en artikel 40, vijfde lid, Telecomcode. [↑](#footnote-ref-15)
16. Toelichting, hoofdstuk I Algemeen, paragraaf 1. Doel en aanleiding. [↑](#footnote-ref-16)
17. 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. [↑](#footnote-ref-17)
18. Artikel 3, vijfde lid, artikel 40, vijfde lid, en artikel 50 verordening 2018/1971. [↑](#footnote-ref-18)
19. Artikel 18.2a, eerste lid, Tw. [↑](#footnote-ref-19)
20. Artikel I, onderdeel M (artikel 3.20a, eerste lid, onderdeel a, Tw), voorstel. In overeenstemming met artikel 51 Telecomcode. [↑](#footnote-ref-20)