Informele Zienswijze
Openbaar

Den Haag, 6 januari 2016

Aantal bijlage(n):
Uw kenmerk:
Ons kenmerk: ACM/DTVP/2015/202172_OV
Onderwerp: 15.0443.15 Informele zienswijze over de vraag of diensten vallen onder de mededelingsplicht als bedoeld in artikel 2.1 van de Telecommunicatiewet

Dit is een geanonimiseerde versie van de op 6 januari 2016 uitgebrachte informele zienswijze.

Geachte [vertrouwelijk],

Op 22 december 2014 heeft u de Autoriteit Consument en Markt (hierna: ACM) namens [vertrouwelijk] (hierna: de dienstenaanbieder) schriftelijk verzocht om een informele zienswijze over de vraag of diensten die deze dienstenaanbieder overweegt op de Nederlandse markt te brengen, vallen onder de mededelingsplicht als bedoeld in artikel 2.1 van de Telecommunicatiewet (hierna: Tw). Op de bij dit verzoek verstrekte informatie is door u nadien nog verschillende keren aanvullende informatie aangeleverd.

Met deze brief voldoet ACM aan uw verzoek. Deze informele zienswijze is uitsluitend gebaseerd op de door u verstrekte informatie van 22 december 2014, de op 4 maart 2015 per e-mail toegezonden sheets, die tijdens het telefoongesprek van 18 maart 2015 telefonisch zijn toegelicht, de brief van 9 april 2015 evenals de nadere toelichting die op 14 juli 2015 en 5 oktober 2015 per e-mail is verstrekt. In het kader van deze zienswijze gaat ACM ervan uit dat die informatie volledig en juist is. ACM heeft ter zake geen nader onderzoek verricht.

In het hiernavolgende wordt stapsgewijs ingegaan op de door u voorgelegde vraag. In paragraaf 1 komt het juridisch kader aan bod dat als basis dient voor de toetsing van uw vraag. Paragraaf 2 beschrijft de drie opties voor het dienstenaanbod die de dienstenaanbieder overweegt op de markt te brengen. Vervolgens wordt in paragraaf 3 het juridisch kader toegepast op de vraag van de dienstenaanbieder met daarbij de overwegingen van ACM. Tot slot geeft paragraaf 4 de conclusie weer van ACM.

1. Juridisch kader

Voor de beoordeling van het verzoek van de dienstenaanbieder zijn de volgende wettelijke bepalingen van belang.

Artikel 1.1, aanhef, Tw:

> *''In deze wet en de daarop berustende bepalingen wordt verstaan onder:*
> *a. (…);*
> *b. (…);*
> *c. [vervallen;]*

Muzenstraat 41 | 2511 WB Den Haag
Postbus 16326 | 2500 BH Den Haag
T 070 722 20 00 | F 070 722 23 55
info@acm.nl | www.acm.nl | www.consuwijzer.nl

d. (..)
e. elektronisch communicatienetwerk: transmissiesystemen, waaronder mede begrepen de schakel- of routeringsapparatuur, netwerkelementen die niet actief zijn en andere middelen, die het mogelijk maken signalen over te brengen via kabels, radiogolven, optische of andere elektromagnetische middelen, waaronder satellietnetwerken, vaste en mobiele terrestrische netwerken, elektriciteitsnetten, voor zover deze voor overdracht van signalen worden gebruikt en netwerken voor radio- en televisieomroep en kabeltelevisienetwerken, ongeacht de aard van de overgebrachte informatie;

f. elektronische communicatiedienst: gewoonlijk tegen vergoeding aangeboden dienst die geheel of hoofdzakelijk bestaat in het overbrengen van signalen via elektronische communicatienetwerken, waaronder telecommunicatiediensten en transmissiediensten op netwerken die voor omroep worden gebruikt, doch niet de dienst waarbij met behulp van elektronische communicatienetwerken en -diensten overgebrachte inhoud wordt geleverd of redactioneel wordt gecontroleerd. Het omvat niet de diensten van de informatiemaatschappij zoals omschreven in artikel 1 van de notificatierichtlijn die niet geheel of hoofdzakelijk bestaan uit het overbrengen van signalen via elektronische communicatienetwerken;

g. openbare elektronische communicatiedienst: elektronische communicatiedienst die beschikbaar is voor het publiek'';

Artikel 2.1 van de Tw:

''1. Degene die een openbaar elektronisch communicatienetwerk of een openbare elektronische communicatiedienst aanbiedt dan wel bijbehorende faciliteiten aanlegt of aanbiedt, met uitzondering van degene die een elektronische programmagids aanbiedt, doet daarvan mededeling aan de Autoriteit Consument en Markt.
2. (…)
3. (..)
4. De Autoriteit Consument en Markt registreert degene, bedoeld in het eerste lid, na ontvangst van de in dat lid bedoelde mededeling en de daarbij behorende gegevens."

2. Informatie betreffende opties dienstenaanbod

Uit de stukken blijkt dat de dienstenaanbieder overweegt communicatie ten behoeve van een virtuele werkplaats op maat aan te bieden aan bedrijven. Het gaat hierbij om het product/de dienst [vertrouwelijk] (hierna: de applicatie). De mogelijkheden voor het dienstenaanbod bestaan uit het ontwerpen en implementeren van de infrastructuur om gebruik te kunnen maken van de applicatie en daarnaast ook het onderhouden en monitoren van dit product.

De applicatie is een product met diverse communicatiemogelijkheden voor een bedrijf, namelijk de chatfunctie (Instant Message), de aanwezigheidsfunctie van personeel, Voice-over-IP, audio, video en web conferentie. Verder biedt de applicatie niet alleen de mogelijkheid om intern met collega's te bellen, maar door middel van interconnectie kan er ook extern gebeld worden (PSTN). Om te bellen met PSTN dient er wel een overeenkomst te zijn met een aanbieder van een elektronisch communicatienetwerk.

In het verzoek om een informele zienswijze worden drie opties voor aan te bieden dienstvormen beschreven.

Dienstvormen

Optie 1
De applicatie wordt aan de klant verkocht. De klant heeft zijn eigen hardware en servers waarop deze applicatie draait. De dienstenaanbieder zorgt enkel voor het installeren en passend maken van het product op de server van de klant. Verder monitort en verricht de dienstenaanbieder onderhoud aan de hardware en software vanuit een datacenter op afstand. Voor de functionaliteit van extern bellen via PSTN moet de klant zelf zorgen. Dit is geen onderdeel van het dienstenaanbod.

Optie 2

Bij deze optie heeft de dienstenaanbieder de hardware e.d. om de applicatie te implementeren bij zakelijke klanten onder eigen beheer op afstand van de klant. De dienstenaanbieder maakt gebruik van haar eigen capaciteit op haar netwerk om deze dienst aan de klant te kunnen aanbieden. Dit kan mogelijk via een cloud service of een data center waarover de dienstenaanbieder beschikt, hetzij in eigendom hetzij middels een huurovereenkomst. Ook bij deze optie dient de klant zelf te zorgen voor 'fysieke' connectie tussen gebruikers. De klant moet zelf beschikken over een internetverbinding om te kunnen inloggen op de applicatie van de dienstenaanbieder. De dienstenaanbieder heeft aangeven dat hij deze optie op maat levert. Dit betekent dat deze dienst per klant kan verschillen.

Optie 3

Het aanbod is voor deze dienstvorm grotendeels hetzelfde als bij optie 2. Het essentiële verschil met optie 2 is dat bij deze optie de dienstenaanbieder tevens zorgt voor de internetverbinding die nodig is om extern te kunnen bellen. De klant hoeft voor de internetverbinding zelf geen overeenkomst met een derde, namelijk een Internet Service Provider, te sluiten. De dienstenaanbieder kwalificeert dit extra onderdeel van het dienstenaanbod als wederverkoop.

Verdere informatie ten aanzien van het dienstenaanbod

De dienstenaanbieder geeft aan dat de aangeboden dienst specifiek en uniek is. Met andere woorden, de dienst is niet voor eenieder toegankelijk en daarmee volgens de dienstenaanbieder dus niet openbaar. De dienstenaanbieder is van mening dat de opstelling die aan de klant wordt geboden voor deze klant uniek is en niet kan worden geboden aan een andere klant. Volgens de dienstenaanbieder moet hij bij iedere individuele klant specifieke hardware bij de klant installeren en specifieke software op de server installeren waarvoor de klant een licentie moet kopen.

Verder stelt de dienstenaanbieder dat individuen geen gebruik kunnen maken van deze dienst, omdat het aanbod enkel bedoeld is voor bedrijven die deze dienst in gebruik nemen voor hun eigen personeel.

3. Overwegingen

Voor beantwoording van de vraag of de diensten die de dienstenaanbieder overweegt op de Nederlandse markt te brengen, vallen onder de mededelingsplicht als bedoeld in artikel 2.1 van de Tw moeten de volgende vragen worden beantwoord.

- Is sprake is van een elektronische communicatiedienst?
- En zo ja, is de elektronische communicatiedienst openbaar?

Is sprake is van een elektronische communicatiedienst?

Het doorslaggevende element voor de kwalificatie van een elektronische communicatiedienst, zoals neergelegd in artikel 1.1, aanhef, onderdeel f, van de Tw, is dat het moet gaan om een:

> *''gewoonlijk tegen vergoeding aangeboden dienst die geheel of hoofdzakelijk bestaat in het overbrengen van signalen via elektronische communicatienetwerken (..)''*.

Dat de dienstenaanbieder de dienst tegen een vergoeding aanbiedt en dat de dienst via een elektronisch communicatienetwerk wordt geleverd is evident. De vraag die hier moet worden beantwoord is wie de verantwoordelijkheid draagt voor het overbrengen van het signaal van de aangeboden dienst via een elektronisch communicatienetwerk. Immers, volgens jurisprudentie kan alleen de aanbieder die hiervoor verantwoordelijk is gekwalificeerd worden als een aanbieder van een elektronische communicatiedienst.

Zo heeft in een recente uitspraak in de zaak *ACM/Digital Magazines*[1] het College van Beroep voor het bedrijfsleven (hierna: CBb) geoordeeld dat aanbieders van e-maildiensten, zoals Gmail of Hotmail, niet beschouwd kunnen worden als aanbieders van elektronische communicatiediensten. Volgens het CBb zijn het niet de aanbieders van de e-maildiensten die de signalen waaruit de e-maildiensten bestaan via een elektronisch communicatienetwerk overbrengen. Het CBb verwoordt dit als volgt:

> "*De aanbieders van e-maildiensten, zoals Gmail of Hotmail, zijn doorgaans immers niet degenen die de signalen waaruit die e-maildiensten bestaan via elektronische communicatienetwerken overbrengen, zodat de e-maildiensten die zij leveren niet kunnen worden beschouwd als elektronische communicatiediensten als bedoeld in artikel 1.1, aanhef en onder f, van de Tw*.''

Deze uitspraak is in lijn met wat het Europese Hof van Justitie (hierna: het Hof) heeft geoordeeld in de zaak *UPC DTH v. NMHH, case C-475/12*[2]. In deze zaak werden prejudiciële vragen gesteld aan het Hof. Eén daarvan betrof de vraag:

> *''of een dienst die bestaat in het onder bezwarende titel voorwaardelijke toegang verlenen tot een via de satelliet overgebracht programmapakket dat radio- en televisieprogramma's omvat, onder het begrip „elektronische communicatiedienst" in de zin van artikel 2, sub c, van de kaderrichtlijn valt, dan wel moet worden aangemerkt als een „systeem voor voorwaardelijke toegang" in de zin van artikel 2, sub f, van die richtlijn. De verwijzende rechter wenst ook te vernemen of de verrichter van een dergelijke dienst overeenkomstig het NRK moet worden aangemerkt als een aanbieder van elektronische communicatiediensten.''*

In overweging 37 van deze uitspraak wordt hieromtrent het volgende overwogen:

> *''Het Hof heeft voorts benadrukt dat indien de klanten van UPC Nederland BV een abonnement nemen om toegang te krijgen tot het door die vennootschap aangeboden basispakket via de kabel, zulks nog niet impliceert dat de activiteit van UPC Nederland BV, die bestaat in de uitzending van door de uitgevers van content – in casu de radio- en televisiezenders – geproduceerde programma's door deze te leveren tot aan het netwerkaansluitpunt in de woning van de abonnee, moet worden uitgesloten van het begrip „elektronisch communicatiedienst" in de zin van artikel 2, sub c, van de kaderrichtlijn (zie arrest UPC Nederland, EU:C:2013:709, punt 43).''*

[1] CBb 3 december 2014, Digital Magazines, ECLI:NL:CBB:2014:438
[2] Uitspraak van het Europese Hof van Justitie van 30 april 2014.

UPC stelde in deze zaak dat zij geen elektronische communicatiedienst in de zin van artikel 2, sub c, van de kaderrichtlijn aanbiedt, aangezien zij geen signalen overbrengt en geen elektronisch communicatienetwerk, namelijk een satellietinfrastructuur, bezit. Daartoe maakt zij gebruik van de diensten en de uitrusting van derden. Ten aanzien van dit verweer oordeelde het Hof in overweging 43 van deze uitspraak als volgt:

> *''In dit verband zij opgemerkt dat de omstandigheid dat het signaal wordt overgebracht door middel van infrastructuur die niet aan UPC toebehoort, niet relevant is voor de beoordeling van de aard van de dienst. Dienaangaande is immers alleen van belang dat UPC jegens de eindgebruikers aansprakelijk is voor het overbrengen van het signaal waardoor die eindgebruikers de aanbieding wordt gewaarborgd van de dienst waarop zij zich hebben geabonneerd.''*

Het Hof geeft in deze uitspraak dus aan dat noch de aard van de dienst die door UPC wordt aangeboden aan eindgebruikers noch de infrastructuur via welke de dienst wordt geleverd, relevant is voor de vraag of UPC aanbieder is van een elektronische communicatiedienst. Het gaat volgens het Hof in feite om degene die aansprakelijk is voor de overdracht van signalen waardoor die eindgebruiker daadwerkelijk de dienst kan afnemen. In casu was die partij UPC. Het oordeel van het CBb in de *ACM/Digital Magazine*-zaak is in lijn met deze uitspraak van het Hof.

Hieruit kan worden geconcludeerd dat degene die zich jegens de eindgebruiker aansprakelijk stelt voor het overbrengen van het signaal, waaruit de aangeboden dienst bestaat, via een elektronisch communicatienetwerk kwalificeert als aanbieder van een elektronische communicatiedienst.

Gelet op het voorgaande wordt het volgende overwogen ten aanzien van de geschetste opties door de dienstenaanbieder:

<u>Optie 1</u>
Op basis van de gegevens die door de dienstenaanbieder zijn verstrekt en in lijn met de aangehaalde jurisprudentie, concludeer ik dat de dienstenaanbieder bij deze optie niet degene is die de signalen waaruit deze dienst bestaat via een elektronisch communicatienetwerk overbrengt. Uit de informatie van de dienstenaanbieder komt naar voren dat een derde (ISP'er) hiervoor moet zorgen en hiervoor verantwoordelijk is. Gelet hierop kwalificeert de dienstenaanbieder niet als aanbieder van een elektronische communicatiedienst als bedoeld in artikel 1.1, aanhef en onder f, van de Tw.

<u>Optie 2</u>
Bij deze optie heeft de dienstenaanbieder de hardware e.d. om de applicatie te implementeren bij zakelijke klanten onder eigen beheer op afstand van de klant en maakt zij gebruik van haar eigen capaciteit op haar netwerk om deze dienst aan de klant te kunnen aanbieden, via een cloud service of een data center. De dienstenaanbieder geeft aan dat deze optie op maat wordt geleverd waardoor deze dienst per klant kan verschillen. Om te kunnen concluderen of de dienstenaanbieder al dan niet degene is die aansprakelijk is voor het overbrengen van de signalen waaruit de dienst bestaat via een elektronisch communicatienetwerk en daarmee ten aanzien van optie 2 kwalificeert als een ECD, moeten ook de aard en omstandigheden van de dienst per geval bij het oordeel worden betrokken. Contracten en voorwaarden die zijn overeengekomen tussen partijen kunnen doorslaggevend zijn voor het antwoord op de vraag of deze dienst kwalificeert als een ECD en moeten daarom bij de beoordeling worden betrokken.

Voor deze optie kan ik, op basis van de gegevens die door de dienstenaanbieder zijn verstrekt en in lijn met de aangehaalde jurisprudentie, op voorhand niet concluderen of de dienstenaanbieder al dan niet degene is die aansprakelijk is voor het overbrengen van de signalen waaruit de dienst bestaat

via een elektronisch communicatienetwerk. Vooralsnog is sprake van een hypothetische situatie waarbij de aangeleverde informatie niet afdoende is om te beoordelen of deze dienst kwalificeert als een ECD.

Optie 3
Op basis van de gegevens die door de dienstenaanbieder zijn verstrekt en in lijn met de jurisprudentie, concludeer ik dat de dienstenaanbieder door middel van wederverkoop de internetverbinding verzorgt die nodig is om de signalen waaruit deze dienst bestaat, over te brengen. Hiermee stelt de dienstenaanbieder zich aansprakelijk voor het deel van de dienst dat via het PSTN netwerk gaat en is de dienstenaanbieder dus aansprakelijk voor het transport van signalen over dat deel. Daarom kwalificeert de dienstenaanbieder voor deze optie als aanbieder van een elektronische communicatiedienst als bedoeld in artikel 1.1, aanhef en onder f, van de Tw.

Conclusie wat betreft de vraag of sprake is van een ECD
Gelet op het voorgaande luidt de conclusie dat het dienstenaanbod zoals beschreven onder optie 1 niet kwalificeert als een elektronische communicatiedienst. Daarom valt de diensten buiten de reikwijdte van de Tw. Over optie 2 kan vooralsnog geen oordeel worden geveld, omdat de aard en omstandigheden van de aangeboden dienst per geval beoordeeld zal moeten worden. Met betrekking tot deze twee opties kom ik niet toe aan het tweede toetsingscriterium, namelijk of de dienst al dan niet als openbaar kan worden gekwalificeerd. Het dienstenaanbod onder optie 3 kwalificeert als een elektronische communicatiedienst, dus rijst de vervolgvraag of deze dienst ook openbaar voor een ieder beschikbaar is. In het hiernavolgende wordt hierop ingegaan.

Is sprake van een openbare elektronische communicatiedienst?

Er is sprake van een openbare elektronische communicatiedienst als de dienst als bedoeld in artikel 1.1, aanhef en onder g, van de Tw, '*beschikbaar is voor het publiek'* (onderstreping toegevoegd ter verduidelijking hieronder). In de wetsgeschiedenis[3] staat het begrip 'publiek' als volgt uitgelegd:

> "*Het begrip openbare elektronische communicatiedienst dat in onderdeel g is opgenomen, sluit aan bij het bestaande begrip openbare telecommunicatiedienst. Het gaat om openbare elektronische communicatiediensten die beschikbaar zijn voor het publiek.* ***Daarmee wordt bedoeld dat de desbetreffende dienst door de desbetreffende onderneming in beginsel openbaar wordt aangeboden en beschikbaar is voor een ieder die van dat aanbod gebruik wil maken. Het feit dat een onderneming een dienst aan een bepaalde groep van gebruikers*** *– bijvoorbeeld een bedrijf of overheidsinstelling –* ***onder bijzondere condities aanbiedt, betekent nog niet dat deze dienst niet openbaar is.*** *Dit is eerst het geval als de dienst ook aan andere gebruikers wordt aangeboden, ongeacht de condities waaronder dit geschiedt."* (red. vet gemarkeerd ter verduidelijking)

Daarnaast geeft ook de volgende passage uit de wetgeschiedenis[4] aan wanneer er sprake is van een openbaar aanbod:

> *''Daarmee wordt bedoeld dat de* ***betreffende dienst openbaar wordt aangeboden en beschikbaar is voor eenieder die van dat aanbod gebruik wil maken tegen de in het openbare aanbod vermelde condities.*** *Het gaat er om dat door de* ***condities die voor het aanbod gelden de kring van degenen die van het aanbod gebruik kunnen maken niet zodanig beperkt is dat niet van een openbaar aanbod gesproken kan worden.***

[3] *Kamerstukken II* 2002-2003, 28 851, nr. 3, p. 89.
[4] *Kamerstukken* II 1996 -1997, 25 553, nr. 3, p. 72.

> *Dit betekent dat telecommunicatiediensten die uitsluitend beschikbaar zijn voor leden van* ***een besloten gebruikersgroep*** *geen openbare telecommunicatiediensten zijn. Indien echter de aanbieder van telecommunicatiediensten deze op verzoek beschikbaar stelt aan alle gebruikers of groepen gebruikers die van het aanbod gebruik wensen te maken, dan kan gesproken worden van een openbaar aanbod."* (red. vet gemarkeerd ter verduidelijking)

De dienstenaanbieder stelt dat zijn dienst niet openbaar is, omdat het product op maat wordt geleverd aan de afnemer. Volgens de dienstenaanbieder kan zijn aangeboden dienst dus niet weer aan een andere afnemer worden aangeboden en daarom is de aangeboden dienst per afnemer uniek. Bovendien stelt de dienstenaanbieder dat bij elke afnemer aparte hardware en software geïnstalleerd dient te worden, waarvoor de klant een licentie dient te kopen.

Echter, het feit dat de dienst op de afnemer wordt toegesneden, is niet doorslaggevend voor de vraag of de dienst al dan niet openbaar is. Doorslaggevend is of een ieder kan ingaan op het aanbod van de dienstenaanbieder. Als dat het geval is, dan is de dienst openbaar.

Deze beoordeling is in lijn met de uitspraak van de Rechtbank Rotterdam[5] waarin de rechter heeft geoordeeld dat:

> *"(…) bepalend is of eenieder van het aanbod van de aanbiedende onderneming gebruik kan maken. Niet is vereist dat sprake is van een standaardaanbod tegen een tevoren door de aanbieder vastgestelde prijs. Dat de aanbieder zich uitsluitend op de zakelijke markt of een of meer nichemarkten richt, is in dit kader niet relevant. Waar het om gaat is dat eenieder gebruik kan maken van de door de betrokken onderneming aangeboden telecommunicatiedienst."*

Uit de hierboven aangehaalde passages kan worden geconcludeerd dat het niet relevant is dat de dienst, zoals de dienstenaanbieder in zijn informatie aangeeft, alleen op bedrijven is gericht die deze dienst in gebruik nemen voor hun eigen personeel. Het feit dat een onderneming een dienst aan een bepaalde groep van gebruikers en onder bijzondere condities aanbiedt, betekent niet dat deze dienst niet openbaar is.

Gelet op het vorenstaande is het genoemde dienstenaanbod dus openbaar. Daarmee is voor het dienstenaanbod onder optie 3 sprake van een openbare elektronische communicatiedienst als bedoeld in artikel 1.1, aanhef en onder g, van de Tw.

4. Conclusie

De conclusie van het voorgaande is dat het dienstenaanbod zoals beschreven onder optie 1 niet kwalificeert als een elektronische communicatiedienst. Daarmee valt deze dienst buiten de reikwijdte van de Tw. Over optie 2 kan vooralsnog geen oordeel worden geveld, omdat de aard en omstandigheden van de aangeboden dienst per geval moeten worden beoordeeld. De onder optie 3 beschreven dienst is een openbare elektronische communicatiedienst. Daarmee valt de aanbieder van deze dienst onder de mededelingsplicht als bedoeld in artikel 2.1 van de Tw.

Tot slot wijs ik u erop dat de hier geschetste zienswijze een informeel karakter heeft. De zienswijze bindt ACM niet en het staat haar te allen tijde vrij anders te oordelen. Er wordt in dit verband op gewezen dat ook de Europese Commissie zich bezig houdt met een onderzoek naar het wettelijk kader en in hoeverre dit van toepassing zou moeten zijn op over-the-top-diensten en -aanbieders. Het uiteindelijke standpunt van de Europese Commissie kan voor ACM aanleiding zijn in de toekomst anders te oordelen.

[5] Rechtbank Rotterdam 17 juli 2002, ECLI:NL:RBROT:2002:BH9917.

Daarnaast laat deze zienswijze onverlet dat andere nationale dan wel Europese wetgeving op de onderhavige situatie van toepassing kan zijn, en daarom mogelijk een of meer andere instanties (eveneens) bevoegd kunnen zijn. Deze andere instanties zijn evenmin aan deze zienswijze gebonden en kunnen anders oordelen.

Hoogachtend,

Autoriteit Consument en Markt
namens deze,

w.g.

drs. A.J.M. Kleijweg
Teammanager Telecom, Vervoer en Post