

Skype & Google: elektronische communicatiedienst of niet?

Telecomaanbieders dienen zelf te bepalen of de diensten, die zij in de Unie willen aanbieden, vallen onder de definities in de Kaderrichtlijn. Kwalificeert het aanbod als een elektronische communicatiedienst (ECD),¹ dan dient de aanbieder daarvan kennis te geven aan de in de lidstaat bevoegde nationale regelgevende instantie (NRI).² ECD vallen nu nog onder de materiële werkingsfeer van het Nieuwe Regelgevend Kader (NRK).³

Deze bijdrage begint met een opfrisser: welke elementen zijn bepalend voor de vraag of sprake is van een ECD en wat is de relevantie van kwalificatie als ECD? Daarna worden twee recente arresten van het Hof van Justitie van de EU (HvJ EU, of ‘Hof’) besproken:⁴ in hoeverre bieden deze nieuwe inzichten voor de kwalificatie van telecomdiensten? Hierbij wordt gekeken naar twee subvragen: wat betekent ‘aansprakelijkheid jegens de eindgebruikers’ en het stapelen van over-the-top (OTT) diensten bij de beoordeling?⁵ Ten slotte wordt kort ingegaan op de nieuwe definitie van ECD in de Europese Elektronische Communicatie Code (EECC of Telecomcode).

I. Elementen voor kwalificatie als ECD

De definitie van ECD draagt drie hoofdelementen in zich, die maatgevend zijn bij de beoordeling of een telecomdienst kwalificeert als ECD.⁶ Het *Google* en het *Skype*-arrest bevatten allebei een bespreking van deze elementen.

Het eerste element is “het overbrengen van signalen” en bestaat uit drie subonderdelen. Het eerste subonderdeel benadrukt dat het moet gaan om (a) een dienst die “(...) geheel of hoofdzakelijk bestaat (...)” in het overbrengen van deze signalen. Bij beide subonderdelen komt de ruime definitie van het begrip elektronische communicatienetwerk (ECN) prominenter in beeld.⁷ Het tweede subonderdeel memoreert dat dit

* Prof. mr. dr. S.J.H. Gijrath is advocaat te Amsterdam (C-Legal) en bijzonder hoogleraar telecommunicatierecht te Leiden. Met dank aan de redactie van dit blad voor hun suggesties.

1 Art. 2 aanhef c) Richtlijn 2002/21/EG van het Europees Parlement en de Raad van 7 maart 2002 inzake een gemeenschappelijk regelgevingskader voor elektronische communicatienetwerken en -diensten (Kaderrichtlijn) (PbEG 2002, L 108/33) is daarvoor nu nog maatgevend. De definitie van ECD is niet gewijzigd in de Richtlijn 2009/140/EG van het Europees Parlement en de Raad van 25 november 2009 tot wijziging van Richtlijn 2002/21/EG inzake een gemeenschappelijk regelgevingskader voor elektronische communicatienetwerken en -diensten, Richtlijn 2002/19/EG inzake de toegang tot en interconnectie van elektronische communicatienetwerken en bijbehorende faciliteiten, en Richtlijn 2002/20/EG betreffende de machtiging voor elektronische communicatienetwerken en -diensten (Richtlijn Betere Regelgeving) (PbEG 2009, L 337/37); noch in Richtlijn 2009/136/EG van het Europees Parlement en de Raad van 25 november tot wijziging onder meer van Richtlijn 2002/22/EG inzake de universele dienst en gebruikersrechten met betrekking tot elektronische communicatienetwerken en -diensten (PbEG 2009, L 337/11).

2 Zie bijv. https://www.acm.nl/sites/default/files/old_publication/publicaties/15456_informele-zienswijze-over-de-mededelingsplicht-telecommunicatiewet-2016-01-06.pdf. Voor een informele zienswijze van ACM hoe met het element om te gaan.

3 Dit geldt ook voor de exploitant van een elektronisch communicatienetwerk (ECN).

4 HvJ EU 5 juni 2019, ECLI:EU:C:2019:460 (*Skype*) en HvJ EU 13 juni 2019, ECLI:EU:C:2019:498 (*Google*). In beide zaken is er geen conclusie door de A-G gegeven.

5 Art. 2, leden 2 en 3 Richtlijn 2002/20/EG van het Europees Parlement en de Raad van 7 maart 2002 betreffende de machtiging voor elektronische communicatienetwerken en -diensten (Machtigingsrichtlijn) (PbEG L 108/21), overwegingen 2 en 9. Zie, meer algemeen, ook mijn eerdere bijdrage aan dit blad: “Innovatie en een gelijk speelveld”, *Mediaforum* 2017-5, p. 142-150.

6 Zie P.C. Knol’s aantekeningen bij het begrip elektronische communicatiedienst in *Tekst & Commentaar Privacy en Telecommunicatierecht*, zesde druk, Deventer: Wolters Kluwer 2018. Voluit luidt de definitie van ECD in de Kaderrichtlijn: “een 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. Hij omvat niet de diensten van de informatiemaatschappij zoals omschreven in artikel 1 van Richtlijn 98/34/EG, die niet geheel of hoofdzakelijk bestaan uit het overbrengen van signalen via elektronische-communicatienetwerken.”

7 Voluit luidt de ruime definitie van ECN in de Kaderrichtlijn: “de transmissiesystemen en in voorkomend geval de schakel- of routeringsapparatuur en andere middelen, waaronder netwerkelementen die niet actief zijn, die het mogelijk maken signalen over te brengen via draad, radiogolven, optische of andere elektromagnetische middelen waaronder satellietnetwerken, vaste (circuit- en pakketgeschakelde, met inbegrip van internet) en mobiele terrestrische netwerken, elektriciteitsnetten, voor zover deze voor overdracht van signalen worden gebruikt, netwerken voor radio- en televisieomroep en kabeltelevisienetwerken, ongeacht de aard van de overgebrachte informatie.”

[doorgaans] gebeurt (b) "(...) via elektronische-communicatienetwerken, waaronder telecommunicatiediensten en transmissiediensten (...)"⁸ In eerdere arresten kwalificeerde het Hof onder het begrip ECD ook een dienst die bestaat uit de overdracht van televisieprogramma's op een kabelnetwerk of een satellietnetwerk tot aan het aansluitpunt van de eindgebruiker. In die arresten oordeelt het Hof dat in feite maatgevend is welke partij "aansprakelijk" is voor de overdracht van signalen waardoor die eindgebruiker daadwerkelijk de dienst kan afnemen.⁹ Aansprakelijkheid voor het "overbrengen van signalen" is daarmee het derde subonderdeel dat een rol speelt bij de beoordeling of sprake is van een ECD.

Het tweede te beoordelen element is of het gaat om een "gewoonlijk tegen vergoeding aangeboden dienst".¹⁰ Het begrip komt uit de EU-Richtlijn Elektronische Handel.¹¹ Het woord 'gewoonlijk' suggereert dat betaling voor de dienst de norm is. De vergoeding hoeft echter niet uit een betaling in geld te bestaan. Het Hof heeft eerder geoordeeld dat bijvoorbeeld inkomsten, die de dienstverrichter van de informatiemaatschappij genereert door middel van voor de afnemer op de website gepubliceerde reclame, als vergoeding gelden.¹² Aangenomen wordt dat dit ook geldt voor de definitie van een ECD in de Kaderrichtlijn.¹³

Het derde element dat wordt genoemd als ECD is de "internettoegangsdienst". Deze circulaire definitie is opgenomen in art. 2, tweede lid, van de Open Internetverordening (OIV) onder de definitie van internettoegangsdienst: "een openbare telecommunicatiedienst die toegang tot het internet biedt en derhalve connectiviteit met vrijwel alle eindpunten van het internet, ongeacht de gebruikte netwerktechnologie en eindapparatuur".¹⁴ Net als bij het eerste element is ook hier relevant of de aanbieder "aansprakelijk" is voor de te verrichten dienst jegens de eindgebruiker. Dit element heeft daarmee een behoorlijk gro-

te impact aangezien er steeds meer diensten worden aangeboden door aanbieders die zelf geen internettoegangsdienst of andere ECD aanbieden en evenmin een ECN exploiteren.¹⁵ Vooral OTT-aanbieders maken geen, of zo weinig mogelijk, gebruik van een openbaar geschakeld telefoonnet (in het Engels: PSTN, voluit: *public switched telecommunication networks*) en meer van een op het Internet Protocol (IP) leunende technologie. OTT-aanbieders (zoals bijvoorbeeld WhatsApp en Skype) gaan er dus van uit dat hun gebruikers al beschikken over internettoegang, die zij bij een andere aanbieder moeten betrekken. Er is binnen de EU een stroming die het liefst iedere aanbieder van internettoegang (doorgaans afgekort in het Engels tot de *internet access service provider* 'IAP') onder het begrip ECD schaarst.¹⁶ Aangenomen dat deze IAP al zorgt voor het in goede banen leiden van het IP-verkeer, roept dat de vraag op of ook de OTT-dienst die daarop meelift nog als ECD moeten worden gekwalificeerd.

Relevantie van kwalificatie als ECD

Definiëring van de diensten is van substantieel belang voor het plannen van de *business case*: uit de kwalificatie vloeien verschillende plichten en enkele rechten voort voor de aanbieder van ECD of ECN, waarop zij moeten anticiperen. Kwalificeert de dienst als ECD, dan treedt het machtigingsregime in werking.¹⁷ Art. 6 lid 2 Machtigingsrichtlijn bevat hiervoor de juridische basis, waarbij wordt uitgegaan van een 'licht regime' bij het verstreken van de algemene machtiging.¹⁸ Art. 11 Machtigingsrichtlijn bevat, naast kennisgeving door de ECD aan de NRI, informatieplichten voor de aanbieder van ECD of ECN. Voorts zijn er verplichtingen bijvoorbeeld ten aanzien van consumentenbescherming, aftappen, bescherming van de persoonlijke levenssfeer, *roaming*, netneutraliteit, *spamming* en beveiliging. Aanbieders van ECD/ECN zijn (behoorlijk oplopende) administratieve bijdragen aan de NRI

8 Hieronder vallen ook 'bijbehorende diensten', art. 2 onder e bis Kaderrichtlijn.
9 Uitgebreid zie: P.C. Knol, *Tekst & Commentaar Privacy- en Telecommunicatierecht*, hoofdstuk 1, aant. 17, p. 405 e.v., Deventer: Wolters Kluwer 2018. In de eerste zaak ging het om de beoordeling of een bepaalde dienst: "(...) een dienst [is] die hoofdzakelijk bestaat in het overdragen van televisiecontent op het televisiedistributienetwerk per kabel tot aan het aansluitpunt van de eindgebruiker" waarbij het alleen van belang is dat de aanbieder jegens de eindgebruikers aansprakelijk is voor het overbrengen van het signaal waardoor die eindgebruikers de aanbieder wordt gewaarborgd van de dienst waarop zij zich hebben geabonneerd." HvJ EU 7 november 2013, ECLI:EU:C:2013:709 (UPC/Hilversum), *Mediaforum* 2014-2, nr. 3, m.nt. P.J. Kreijger; NTER 2914-1, p. 68-74, m.nt. G.P. van Duijvenvoorde; HvJ 30 april 2014, ECLI:EU:C:2014:285 (UPC/DTH).
10 Paul Knol wijst er terecht op dat de Richtlijn Elektronische Handel in art. 2 aan het onder a) hetzelfde element hanteert in het kader van kwalificatie van een dienst van de informatiemaatschappij, Richtlijn 2000/31/EG van het Europees Parlement en de Raad van 8 juni 2000 betreffende bepaalde juridische aspecten van de diensten van de informatiemaatschappij, met name de elektronische handel, in de interne markt (Richtlijn Elektronische Handel) (PbEG 2000, L 178/1).
11 Zie ook part II, chapters 3 en 4 in: S.J.H. Gijrath, S. van der Hof, A.R. Lodder, G.-J. Zwenne red., *Concise European Data Protection, E-Commerce and IT Law*, 3rd edition, Kluwer Law International, 2018. De Tw bevat geen definitie van internettoegangsdienst.
12 In de zin van art. 2 aanhef en onder a) van de Richtlijn Elektronische Handel, zie HvJ EU 11 september 2014, ECLI:EU:C:2014:2209 (Papasavvas).
13 En straks de EEC van Telecode. Richtlijn van het Europees Parlement en de Raad van 11 december 2018 tot vaststelling van het Europees wetboek voor elektronische communicatie (PbEU 2018, L 321/36) en 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 (BEREC-verordening) (PbEU 2018, L 321/1).
14 Ook wel: de netneutraliteitsverordening, Art. 2, tweede alinea, punt 2 Verordening (EU) 2015/2120 van het Europees Parlement en de Raad van 25 november

2015 tot vaststelling van maatregelen betreffende open-internettoegang en tot wijziging van Richtlijn 2002/22/EG inzake de dienst en gebruiksrechten met betrekking tot elektronische-communicatienetwerken en -diensten en Verordening (EU) nr. 531/2012 betreffende *roaming* op openbare mobiele-communicatienetwerken binnen de Unie (Verordening open-internettoegang) (PbEU 2015, L 310/1).
15 P.C. Knol & G.-J. Zwenne, *Tekst & Commentaar Privacy- en Telecommunicatierecht*, a.w., p. 1184 e.v. en het themanummer 'Netneutraliteit', *Mediaforum* 2012/7-8, p. 241-242.
16 Verder moet het gaan om een ECD die beschikbaar is voor het publiek. Ik sta in deze bijdrage niet opnieuw stil bij het begrip 'openbaarheid'. Zie: CBB 22 juni 2012 (SurfNet/OPTA). Zie *Mediaforum* 2013-2, p. 64-68.
17 De Machtigingsrichtlijn definieert de algemene machtiging als: "regelgeving door de lidstaten waarbij rechten worden verleend voor het aanbieden van elektronische-communicatienetwerken of -diensten en specifieke sectorgebonden verplichtingen worden vastgesteld die overeenkomstig de richtlijn kunnen gelden voor alle of voor specifieke soorten elektronische-communicatienetwerken en -diensten, overeenkomstig deze richtlijn." Zie ook Deel A, Bijlage I bij Richtlijn 2002/20/EG.
18 Zie o.m. overwegingen 7, 15 en art. 3 lid 2 Machtigingsrichtlijn: "Van de betrokken onderneming kan worden verlangd dat zij een kennisgeving indient, maar niet dat zij een expliciet besluit of andere bestuurshandeling van de nationale regelgevende instantie moet verkrijgen alvorens de uit de machtiging voortvloeiende rechten te kunnen uitoefenen. Na de eventueel vereiste kennisgeving kan een onderneming haar activiteiten aanvangen (...)." Zie ook het bepaalde in art. 3 lid 3: "De in lid 2 bedoelde kennisgeving behelst niet meer dan een verklaring waarmee een natuurlijk of rechtspersoon de nationale regelgevende instantie in kennis stelt van zijn voornemen om te beginnen met het aanbieden van elektronische-communicatienetwerken of -diensten en de indiening van de minimale informatie die nodig is om de nationale regelgevende instantie in staat te stellen een register of lijst van aanbieders van elektronische-communicatienetwerken en -diensten bij te houden." Betreft het gebruiksrechten op frequenties, dan gelden uitgebreidere voorwaarden en kan bevoegd Minister en de nationale regelgevende instantie aanvullende bepalingen opleggen. In deze bijdrage wordt niet apart stil gestaan bij de frequentiecentie.

verschuldigd. Deze worden per lidstaat vastgesteld. Ook kan een aanbieder van ECD op de voet van de Universeledienstenrichtlijn verplichtingen opgelegd krijgen.¹⁹ Voor aanbieders van diensten die niet vallen onder de begrippen ECD of ECN geldt daarentegen: geen verplichte naleving van de consumentenbepalingen en – vooralsnog – geen aftapverplichtingen; dat er evenmin directe toegangsrechten zijn, is met de voortschrijdende netwerktechnologie eigenlijk voor de aanbieder niet zo relevant. De netwerktopologie in de Skype-zaak laat zien dat er steeds meer mogelijkheden zijn om het netwerk en de diensten anders te configureren. Telecomaandieners kunnen de netwerkparameters prima zelf contractueel uitonderhandelen. Hoewel nieuwe toetreders dus ook rechten (bijvoorbeeld op het gebied van toegang en interconnectie²⁰) ontlenen aan de kwalificatie als ECD, is de perceptie dat aan melding²¹ meer na- dan voordelen kleven. Nieuwe toetreders zijn dan ook eerder geneigd het machtingsregime te willen omzeilen.

2. Achtergrond procedures Skype en Google

Zowel Skype als Google betogen in verschillende procedures bij de bevoegde NRI's in de lidstaat waar zij hun diensten aanbieden dat deze niet als ECD kunnen worden aangemerkt en daarom niet aan het machtingsregime in de EU-regelgeving zijn onderworpen.

De eerste zaak betreft de nieuwe dienst SkypeOut. In 2011 start het Belgisch Instituut voor postdiensten en telecommunicatie (BIPT) een handhavingprocedure tegen Skype. Skype biedt dan al sinds meer dan tien jaar haar klanten de mogelijkheid om – met gebruikmaking van het IP – spraak- en/of videogesprekken te voeren met andere Skype-gebruikers. Hiervoor zijn geen telefoonnummers nodig; een registratie met een e-mailaccount volstaat. De SkypeOut dienst gaat verder dan het klassieke Skype: met deze dienst kunnen Skype-gebruikers desgewenst ook gesprekken voeren naar openbare, vaste en mobiele telefoonnummers in de PSTNs van andere ECD/ECN-aanbieders. Voor de functie SkypeOut brengt Skype een vergoeding in rekening. Vanwege de eind-tot-eindverbinding met het PSTN en de door Skype in rekening te brengen vergoeding is de Belgische NRI van mening dat SkypeOut als een ECD kwalificeert. Dientengevolge is SkypeOut onder meer onderworpen aan de kennisgevingsplicht in België. Maar Skype heeft de SkypeOut-dienst niet gemeld bij BIPT.

De tweede zaak gaat over de Gmail-dienst. Gmail is een – wellicht – wat bekendere dienst dan SkypeOut; het is een voor Google-gebruikers beschikbare web-gebaseerde e-maildienst. In 2010 heeft de Duitse NRI (dan nog: het Bundesnetzagentur für Elektrizität, Gas, Telekommunikation, Post und Eisenbahnen, BNetzA) Google om inlichtingen verzocht over de aard van de Gmail-dienst. In tegenstelling tot Skype verlangt Google voor Gmail geen vergoeding van haar gebruikers. Wel kan gezegd worden dat Gmail mede werd gefinancierd met behulp van advertenties die gebruikers te zien krijgen wanneer zij e-mails ontvangen, archiveren en verzenden.²² Het BNetzA is, gelijk BIPT bij SkypeOut, van mening dat

voor Google in Duitsland een kennisgevingsplicht geldt, in dit geval voor de Gmail-dienst.

De prejudiciële vragen in de Skype- en Google-arresten

De Belgische en de Duitse verwijzende rechters hebben het HvJ EU verschillende, voor een deel overlappende, prejudiciële vragen gesteld. Opvalt dat vooral BNetzA van de gelegenheid gebruikmaakt om via de verwijzende rechter vragen voor te leggen. De vragen worden in deze bijdrage achter elkaar gezet, opdat de lezer ze eenvoudiger kan vinden. De volledige vragen en de arresten zijn elders in dit nummer terug te lezen.²³

Skype: vragen en antwoorden

In de SkypeOut-zaak vraagt de verwijzende rechter, samen-gevat:

1. Of een via software aangeboden VoIP-dienst waarbij de oproep via een openbaar geschakeld telefoonnet wordt afgegeven aan een vast of mobiel E.164-nummer van een nationaal nummerplan, moet worden gekwalificeerd als ECD, ook al is de internettoegangsdiens waarmee een gebruiker tot die VoIP-dienst toegang heeft, op zich al een ECD, wanneer de softwareaanbieder die dienst tegen vergoeding aanbiedt en met de telecomaandieners, die zijn gemachtigd om oproepen naar het PSTN over te brengen en daaraan af te geven, overeenkomsten sluit waardoor de gespreksafgifte aan een vast of mobiel nummer van een nationaal nummerplan mogelijk is;²⁴
2. Of, als de eerste vraag bevestigend wordt beantwoord, het antwoord ongewijzigd blijft als er rekening mee wordt gehouden dat de softwarefunctionaliteit die de spraakoproep mogelijk maakt, slechts een functionaliteit van die software is en de software ook zonder die functionaliteit kan worden gebruikt;
3. Of het antwoord op de eerste vraag ongewijzigd blijft als er rekening mee wordt gehouden dat de dienstverrichter in de algemene voorwaarden bepaalt dat zij geen aansprakelijkheid jegens de eindgebruiker aanvaardt voor het overbrengen van de signalen; en
4. Of het antwoord op de eerste vraag ongewijzigd blijft als er rekening mee wordt gehouden dat de verrichte dienst ook aan de definitie van “dienst van de informatiemaatschappij” voldoet.

Het Hof geeft in de Skype-zaak (in een hele lange zin) een helder antwoord op de slim gestelde vragen. Het gebruikmaken van softwarefunctionaliteit waarmee een nieuwe VoIP-dienst ter beschikking wordt gesteld en waardoor de gebruiker via het PSTN in een lidstaat vanaf een terminal naar een vast of mobiel nummer van een nationaal nummerplan kan bellen (vraag 2), kwalificeert als een ECD. Ook al is de internettoegangsdiens aan de poort al een ECD, Het Hof schaaft de topologie van de VoIP-dienst – met of zonder de speciale softwarefunctionaliteit – onder het brede eerste element “overbrengen van signalen”. Het Hof maakt korte metten met Skype's argument dat er voor de VoIP-naar-vast-dienst gebruik wordt gemaakt van speciale software, waardoor SkypeOut niet als ECD kwalificeert. In het geval van SkypeOut is een technologi-

19 Art. 6, lid 2 Richtlijn 2002/20 onder verwijzing naar art. 17 van Richtlijn 2002/22 met de wijzigingen voortvloeiende uit de Richtlijn Betere Regelgeving 2009/140/EG.

20 Zie o.a. art. 4 en 5 Richtlijn 2002/19/EG met wijzigingen voortvloeiende uit Richtlijn Betere Regelgeving 2009/140/EG.

21 Voorheen in de meeste lidstaten: registratie of vergunning.

22 Zie het hiervoor genoemde Papisavvas-arrest.

23 HvJ EU 5 juni 2019, ECLI:EU:C:2019:460 (Skype), hierna opgenomen onder jurisprudentienr. 7, p. 7, en HvJ EU 13 juni 2019, ECLI:EU:C:2019:498 (Google), hierna opgenomen onder jurisprudentienr. 8, p. 8.

24 Voor meer achtergrond: 2007 ERG commentaar op de position on VoIP services, ERG (07) 56rev2.

sche bypass niet voldoende om de kwalificatie van de dienst te omzeilen. Er moet naar de dienst in zijn geheel worden gekeken, dus ook het toegangselement en de overige omstandigheden. De omstandigheid dat het overbrengen van signalen geschiedt door middel van niet aan Skype toebehorende infrastructuur is niet relevant voor de beoordeling van de aard van de dienst. Doorslaggevend blijft de aard van de signalen, of er nu speciale software aan te pas komt of niet. De omstandigheid dat de provider van SkypeOut met het oog op het aanbieden van de diensten, op het *wholesale* niveau interconnectieovereenkomsten moet afsluiten met telecomaandieners die naar behoren zijn gemachtigd om oproepen naar het PSTN over te brengen en af te leveren, onderstreept ook dat sprake is van het overbrengen van signalen.²⁵ Het Hof doelt hier vermoedelijk mede op het definitie-element dat gebruik wordt gemaakt van het ECN van een derde.²⁶ Het Hof kent belang toe aan de in het *UPC/DTH*-arrest gekwalificeerde subonderdeel dat alleen de uiteindelijke dienstverrichter (Skype) jegens de eindgebruikers “aansprakelijk is” voor het overbrengen van het signaal, waardoor die eindgebruikers “de aanbidding wordt gewaarborgd van de dienst waarop zij zich hebben geabonneerd.” Het lijkt erop dat Skype wil benadrukken dat de uitbreiding van de VoIP-dienst met de PSTN break-out-functie niet meer onder haar verantwoordelijkheid valt,²⁷ gezien de omstandigheid dat de dienst zowel bestaat uit het overbrengen van: (1) de spraaksignalen van de oproepende gebruiker tot aan de gateway tussen het internet en het PSTN door de IAP en (2) de signalen via het PSTN tot aan het vaste of mobiele eindpunt. De eerste dienst valt onder de aansprakelijkheid van de IAP van de oproepende gebruiker. De tweede dienst valt onder de gezamenlijke aansprakelijkheid van Skype en de telecomaandieners waarop de opgeroepen personen en beroep doen. Skype doet ook een beroep op haar algemene voorwaarden. Daarin wijst Skype de aansprakelijkheid jegens haar gebruikers voor het overbrengen van signalen af. Interessant is vraag (3), of het Hof meer inzicht geeft in het subelement “aansprakelijk naar de eindgebruiker.” Ook al is het aanbieden van afgifte van mobiele en vaste diensten via het PSTN een ECD, de partij die de afwikkeling verricht heeft geen contractuele band met de gebruikers van SkypeOut. De afwikkeling vindt plaats op basis van een *wholesale*-overeenkomst tussen die aanbieder en Skype. Ook al zijn de telecomaandieners op basis van een *wholesale*-overeenkomst aansprakelijk jegens Skype, uiteindelijk gaat het niet om de bouwstenen voor de dienst, maar om Skype’s VoIP-dienst aan haar gebruikers.

Wellicht heeft Skype onderbouwd dat de uitsluiting van aansprakelijkheid voor VoIP-dienst gemeengoed is in de sec-

tor en dat het haar moet vrijstaan om zich – ook voor nieuwe diensten – te beroepen op een standaarduitsluiting in de algemene voorwaarden met de gebruikers, juist ook omdat Skype overeenkomsten met derden sluit. Hier is sprake van samenloop tussen regelgevend en privaatrecht. Los van de vraag of het recht inzake algemene voorwaarden toestaat dat een dienstverrichter alle aansprakelijkheid voor het verrichten van de kernprestatie (in dit geval: het overbrengen van signalen) uitsluit, kan met een dergelijke stipulatie niet om een wettelijke verplichting heen worden gezeild. De Richtlijn Oneerlijke Bedingen uit 1993 is van toepassing op dienstverrichters.²⁸ Deze richtlijn bevat in de Bijlage bij art. 3, derde lid, een beding onder b) dat op de blauwe lijst staat inhoudende dat de dienstverrichter niet aansprakelijkheid voor de kernprestatie mag uitsluiten.²⁹ De kernprestatie is het verrichten van de SkypeOut-dienst met gebruikmaken van door derden aangeleverde bouwstenen. Het zou toch wat gek zijn als een dienstverrichter zich voor een ECD die uit verschillende elementen bestaat buiten het NRK zou kunnen plaatsen door een – mogelijk – nietige of vernietigbare uitsluitingsbepaling op te nemen in de eigen algemene voorwaarden? Ik vind het dan ook een vergezocht argument. Het Hof is op dit punt glashelder en wijst het argument in niet mis te verstane bewoordingen af.³⁰ Skype komt niet onder de ECD-kwalificatie uit met een beroep op gedeelde of verschuivende verantwoordelijkheden of aansprakelijkheden. Het feit dat i.c. aan de ontwikkelaar op het *wholesale* niveau voor het aanbieden van de SkypeOut-dienst door Skype een vergoeding aan de softwareontwikkelaar wordt betaald,³¹ verandert aan het voorgaande evenmin iets.

Het Hof onderzoekt niet of die vergoeding wordt doorbelast, of wordt aangeboden samen met een dienst waarvoor de gebruiker betaalt. Tot slot benadrukt het Hof nog eens dat het niet uitmaakt dat de al bestaande “*internettoegangsdienst*” waarmee een gebruiker tot die VoIP-dienst toegang heeft op zichzelf als ECD kwalificeert.³² Dat er eventueel deels ook sprake is van een “*dienst van de informatiemaatschappij*” (vraag 4) neemt het Hof voor lief. Het sluit niet uit dat een aanpalende dienst – al dan niet gedeeltelijk – een ECD is. Daarmee is vraag 1 beantwoord.

Google: vragen en antwoorden

In de *Gmail*-zaak heeft de Keulse administratieve rechter geoordeeld dat Gmail een ECD is.³³ De hoogste bestuursrechter van de deelstaat Noordrijn-Westfalen, Duitsland is er nog niet zo zeker van en stelt een groot aantal prejudiciële vragen aan het Hof. Ook de Commissie mengt zich in de discussie bij

25 Zie r.o. 32 en 34: logischerwijs betaalt Skype een vergoeding aan telecomaandieners in de vorm van afgiftetarieven voor vaste oproepen (*fixed termination rates* (FTR)) en voor mobiele oproepen (*mobile termination rates* (MTR)).

26 Zie het *UPC/DTH*-arrest, waarin is overwogen dat een dienst, die geheel of hoofdzakelijk bestaat in het overbrengen van signalen inhoudt dat de aanbieder verantwoordelijk is jegens de eindgebruiker voor de specifieke overdracht van signalen, en dat bepalend is voor de levering van de dienst. HvJ EU 30 april 2014, C-475/12, EU:C:2014:285 (*UPC/DTH*).

27 Zie r.o. 38-39.

28 Richtlijn 93/13/EEG van het Europees Parlement en de Raad van 5 april 1993 betreffende oneerlijke bedingen in consumentenovereenkomsten, (Richtlijn Oneerlijke Bedingen) (*PbEG* L 095/29).

29 Voluit: “(...) de wettelijke rechten van de consument ten aanzien van de verkoper of een andere partij in geval van volledige of gedeeltelijke wanprestatie of van gebrekkige uitvoering door de verkoper van een van diens contractuele verplichtingen, met inbegrip van de mogelijkheid om een schuld jegens de verkoper te compenseren met een schuldvordering jegens deze, op ongepaste wijze uit te sluiten of te beperken.” Inmiddels is ‘verkoper’ gelijkgesteld met ‘dienstverrichter’, Richtlijn 2011/83/EU van het Europees Parlement en de Raad van 25 oktober 2011 betreffende consumentenrechten, tot wijziging van Richtlijn 93/13/EEG van de Raad en van

Richtlijn 1999/44/EG van het Europees Parlement en de Raad en tot intrekking van Richtlijn 85/577/EEG en van Richtlijn 97/7/EG van het Europees Parlement en de Raad, (Richtlijn Consumentenrechten) (*PbEU* L 304/64).

30 Zie in vergelijkbare bewoordingen r.o. 45: “Indien werd erkend dat de aanbieder van een dienst die feitelijk als „elektronische-communicatiedienst” moet worden aangemerkt, zich aan de werkingssfeer van de kaderrichtlijn kan onttrekken door in zijn algemene voorwaarden een beding op te nemen waarbij elke aansprakelijkheid wordt uitgesloten, zou immers elke betekenis worden ontnomen aan het nieuwe regelgevingskader voor elektronische-communicatiediensten, dat tot doel heeft een daadwerkelijke interne markt voor elektronische communicatie tot stand te brengen in het kader waarvan deze uiteindelijk volledig wordt geregeld door het mededingingsrecht.”

31 Zie over de aard van de vergoeding het *Gmail*-arrest hierna.

32 Zie r.o. 37-38.

33 R.o. 14 bevat het uitgangspunt voor *BNetA*: Gmail is een ECD. Zie ook de samenvatting van het standpunt van de NRI in r.o. 23-24. Aangezien één van de te bespreken arresten nu juist gaat over de kwalificatie van Gmail is het aardig te vermelden dat het CBB al in 2014 oordeelde dat een e-maildienst, zoals Gmail, niet als ECD kwalificeert, CBB 3 december 2014, ECLI:NL:CBB:2014:438 (*Digital Magazines*).

het Hof. De eerste vraag richt zich vooral weer op het element “*overbrengen van signalen*”. De tweede vraag is wellicht wat spannender nu het daar gaat om het “*stapelen van diensten*”.

1. Eerst wil de verwijzende rechter weten of webgebaseerde e-maildiensten die via het open internet worden aangeboden door aanbieders die zelf geen internettoegang verschaffen toch vallen onder de ook in het *SkypeOut*-arrest besproken tweede kwalificatie-element “*dienst die geheel of hoofdzakelijk bestaat in het overbrengen van signalen via elektronische communicatienetwerken*”.³⁴
 - a) De eerste subvraag richt zich erop of aan het element “*het overbrengen van signalen*” pas is voldaan wanneer IAP's de datapakketten die via de e-maildienst worden aangeboden (zelf) die datapakketten via het internet toegeven. Het BNetzA stuurt erop aan dat de activiteiten die de aanbieder van de Gmaildienst verricht – zoals IT-verwerkingshandelingen via zijn e-mailservers doordat hij (1) IP-adressen van de betrokken fysieke verbindingen aan de e-mailadressen linkt en (2) de in datapakketten opgesplitste e-mails op basis van verschillende protocollen van de IP-reeks op het open internet plaatst of (3) – omgekeerd – deze e-mails ontvangt, maken dat de e-mailfunctie als het “*overbrengen van signalen*” moeten worden beschouwd.
 - b) De verwijzende rechter stelt als aanvullende vraag of het “*overbrengen van signalen*” in dit geval betekent dat wanneer de IAP's (dus niet: Google) de in datapakketten opgesplitste e-mails via het open internet doorgeven, deze doorgifte *toch* kan worden toegerekend aan Google als aanbieder van de e-maildienst. Ook wordt gevraagd onder welke voorwaarden een dergelijke toerekening mogelijk is. De vraag is, anders dan bij *SkypeOut*, minder gericht op het subelement “*aansprakelijkheid jegens de eindgebruiker*”.³⁵
 - c) In het geval dat het antwoord op 1 b) luidt dat Google wordt geacht hetzij zelf, hetzij via de IAP signalen over te brengen, kan dan worden gezegd dat de Gmaildienst, ongeacht eventuele aanvullende functies³⁶ en ongeacht de technische inspanning van de aanbieder met betrekking tot de verschillende functies geheel of hoofdzakelijk bestaat in het overbrengen van signalen “*aangezien functioneel beschouwd vanuit het perspectief van de gebruiker de communicatiefunctie van de dienst op de voorgrond staat*”?
2. Mocht Het Hof vinden dat er geen sprake is van het “*overbrengen van signalen*” door Google, wil de verwijzende rechter van het Hof weten onder welke voorwaarden de Gmail-dienst *toch* als ECD kwalificeert nu Google in feite diensten stapelt en een aantal eigen, met het internet verbonden ECN exploiteert, die ook ten behoeve van de e-maildienst kunnen worden gebruikt. Met andere woorden: of er een soort *spill-over*-effect van OTD-diensten kan ontstaan naar een algehele kwalificatie als ECD.
3. De verwijzende rechter heeft ook behoefte aan uitleg van het element “*gewoonlijk tegen vergoeding aangeboden*”.³⁷ Dit leidt tot de volgende subvragen:

- a) Is vereist dat de gebruikers van de Gmail-dienst daarvoor een bijdrage betalen of kan de vergoeding er ook in bestaan dat zij een andere tegenprestatie leveren.
- b) Mag de vergoeding, zonder dat daarvan kan worden afgeweken, worden betaald door degene te wiens behoeve de dienst wordt verricht, of kan ook gedeeltelijke dan wel volledige financiering van de dienst door derden, bijvoorbeeld uit reclame op de website van de aanbieder van de dienst, volstaan?
- c) Heeft meer in het bijzonder het begrip “gewoonlijk” in dit verband betrekking op de omstandigheden waarin de aanbieder van een concrete dienst deze dienst verricht, dan wel op de omstandigheden waarin identieke of vergelijkbare diensten in het algemeen worden verricht?

Ook in de *Google*-zaak draagt de verwijzende rechter flink wat vragen aan om aan het Hof voor te leggen, maar de hoofdvraag is toch echt minder complex dan bij *Skype*. Er is bij het Hof ook duidelijk meer scepsis dan bij *Skype*, of *Gmail* wel als ECD kwalificeert.

Uitgangspunt is dat Google met het verrichten van de webgebaseerde e-maildienst, signalen overbrengt.³⁸ Door-slaggevend voor de vraag of deze dienst al dan niet als ECD kwalificeert is de toerekening van de verantwoordelijkheid (aansprakelijkheid)³⁹ bij het “*overbrengen van signalen*” door Google wanneer een mailbericht wordt verstuurd of ontvangen. Volgens het Hof zijn dat toch vooral de IAP's. Het Hof overweegt dat het NRK en de Mededingingsrichtlijn⁴⁰ onderscheid maken tussen (verantwoordelijkheid voor) de productie en de overbrenging van inhoud. Tot nog toe was de implicatie dat productie – in tegenstelling tot overbrenging – van inhoud redactionele verantwoordelijkheid betekent.⁴¹ Dat is bij *Gmail* niet het geval. Het Hof volgt het argument van de Commissie (kort gezegd) dat een aanbieder van webgebaseerde e-mail niet het signaaltransport door de betrokken IAP's en IP-netwerkexploitanten controleert op een manier die zou leiden tot toewijzing van dit signaal aan de e-mailaanbieder.⁴² Het Hof verwerpt daarmee ook het standpunt van de Duitse NRI dat de Gmail-dienst weliswaar niet gepaard gaat met een wijziging van de inhoud van de e-mails of de data, maar dat deze worden opgesplitst in meerdere aparte datapakketten die naar de ontvanger worden overgebracht door middel van gestandaardiseerde communicatieprotocollen voor berichtendiensten (TCP-IP en SMTP). Het Hof acht voorts niet relevant dat de gebruiker technisch gezien in haar browser of e-mailclientprogramma de inhoud van de e-mail creëert en de ontvanger(s) ervan bepaalt. Evenmin relevant is voor het Hof dat de gebruiker de e-mail overdraagt aan Google door de verzendingsprocedure in gang te zetten. Samengevat: op de vraag of Google als aanbieder van webgebaseerde e-mail betrokken is bij het overbrengen van signalen die nodig zijn voor het transport van de e-mails oordeelt het Hof – op basis van dezelfde drie elementen die ook in *Skype* worden beoordeeld – dat de betrokkenheid bij en aansprakelijkheid voor signaalover-

34 Art. 2, onder c) Kaderrichtlijn.

35 R.o. 19. De administratieve rechtbank Keulen oordeelt dat het subelement “aansprakelijkheid” geen doorslaggevende betekenis toekomt.

36 De vrager noemt als voorbeelden: het bewerken, opslaan en sorteren van e-mails of het beheren van contactgegevens.

37 Art. 2, onder c), Kaderrichtlijn.

38 R.o. 34.

39 R.o. 36 en 38.

40 Richtlijn 2002/77.

41 HvJ EU 30 april 2014, C-475/12, EU:C:2014:285 (UPC DTH), punt 36. Zie ook de in de vorige noot vermelde uitspraak van UPC tegen de Gemeente Hilversum.

42 R.o. 36 voluit luidt als volgt: “Zoals de Europese Commissie met name heeft aangevoerd in haar schriftelijke opmerkingen, wordt voor het overbrengen van de signalen die de werking van om het even welke webgebaseerde e-maildienst vereist, namelijk in wezen gezorgd door de IAP's van de afzenders en ontvangers van e-mails – en in voorkomend geval de aanbieders van webgebaseerde e-maildiensten – alsook door de beheerders van de verschillende netwerken die het open internet vormen, en zijn zij voor die overbrenging aansprakelijk in de zin van het arrest van 30 april 2014, UPC DTH (C-475/12, EU:C:2014:285, punt 43).”

dracht onvoldoende is om Google als aanbieder van webgebaseerde e-mail als een ECD te kwalificeren. Het Hof kiest ervoor om vragen 1 en 2 tegelijk te beantwoorden. Het Hof is niet bereid om in te gaan op de in vraag 2 gevraagde voorwaarden ter bepaling of gestapelde diensten mede als ECD te kwalificeren. Dit impliceert mijns inziens dat het Hof van oordeel is dat het stapelen van diensten door Google en andere IAP's, aanbieders van diensten van de informatiemaatschappij of OTT niet meegeleept worden indien een dienstverrichter voor bepaalde diensten als ECD kwalificeert.

Begrijpelijkerwijs komt het Hof niet toe aan de derde vraag over wat nu wordt bedoeld met het element "gewoonlijk tegen vergoeding aangeboden". Een enkele opmerking over subvraag 2 is of de gebruiker aan wie de dienst wordt geleverd de vergoeding betaalt, haar persoonsgegevens verstrekt of dat volstaat wanneer een andere partij de dienst (ten minste) gedeeltelijk financiert, bijvoorbeeld door middel van reclame. Dit element is voor telecomdiensten nog niet specifiek onderzocht. Er bestaat een verschil met diensten van de informatiemaatschappij en het NRK in die zin dat de ECD niet alleen onder het consumentenrecht valt, maar daarnaast is gereguleerd door het telecomrecht met de daarbij behorende verplichtingen. Betekent het verschil tussen de kwalificatie als ECD of als dienst van de informatiemaatschappij nog iets voor het vergoedingselement?⁴³ Bij een ECD was er eerder sprake van een – soms verkapte – vergoeding. De trend, zeker bij OTT-diensten, is al vrij lang dat er andere verkapte vergoedingsmodellen worden gehanteerd. De gratis dienst kan worden geschaard onder de terugkerende vergoeding voor internettoegang. Maar de tegenprestatie kan verscheidene andere vormen aannemen. Overeenkomstig de rechtspraak van het Hof inzake artikel 57 VWEU (1) is er ook sprake van dienstverrichting tegen vergoeding, wanneer de dienstaanbieder wordt betaald door een derde partij en niet door de ontvanger van de dienst. Het begrip vergoeding is daarom m.i. in principe ook van toepassing op situaties waarin een eindgebruiker als voorwaarde om toegang te krijgen tot de dienst wordt blootgesteld aan reclame, of waarin de dienstverrichter de overeenkomstig de AVG verzamelde gegevens te gelde maakt.

Skype versus Google

Kort gezegd is de uitkomst dat Gmail niet en SkypeOut om vier redenen wel als ECD kwalificeert. Is daarmee de kous af, of toch niet helemaal? Niet geheel onverwacht valt in vergelijking met de *Gmail*-zaak in de *Skype*-zaak de sterke nadruk op technische details en functionaliteit op. Het Hof houdt zich in beide zaken in en beperkt zich tot een casuïstische aanpak: Is het al voldoende om in het specifieke geval als ECD te kwalificeren als een dienstverrichter 'hoofdzakelijk' signalen via ECN overbrengt, zoals we in eerdere arresten zagen?⁴⁴ Jammer maar begrijpelijk is dat het Hof niet ingaat op de subvragen, zoals bijvoorbeeld de invulling van het subonderdeel aansprakelijkheid en het element "gewoonlijk tegen vergoeding": welke criteria zijn relevant bij de bepaling of sprake is van het aanbieden van een dienst tegen een vergoeding.⁴⁵ Ook de bespreking van het begrip "internettoegangsdienst" is beknopt. Het Hof gaat in de *Gmail*-zaak evenmin in op eventuele gevolgen

van het stapelen van diensten. Hoofregel blijft dat, zelfs als Google's technische infrastructuur als ECN en/of Gmail als ECD zou kwalificeren, dit niet maakt dat alle diensten die Google via haar platforms verricht dan ook als ECD's kwalificeren (r.o. 40 *Gmail*-arrest).

3. Duidelijkheid voor marktpartijen?

In hoeverre verschafft het HvJ EU in de twee uitspraken de door marktpartijen gewenste duidelijkheid?⁴⁶ Welke elementen zijn maatgevend? Welke nieuwe inzichten biedt het Hof?

Hof: meer technische dan functionele benadering

De *Skype* en de *Gmail*-arresten laten zien dat de technische parameters van een ECD of ECN doorslaggevend zijn voor de zwaarte van de regulering. De meeste aandacht gaat uit naar het element "overbrengen van signalen". Voor zowel *Skype* als *Google* speelt bij de beoordeling van de elementen, die bepalen of sprake is van een ECD, de beoordeling van netwerktopologie en innovatieve softwarematige diensten een toonaangevende rol. Waar in het *Skype*-arrest het overbrengen van spraaksignalen naar een PSTN-ontvanger via het gebruik van (wholesale) PSTN-interconnectiedienstverrichters wordt toegeschreven aan *Skype* in haar relatie tot de eindgebruikers (r.o. 38-40 *SkypeOut*-arrest) is dit in de *Gmail*-zaak minder het geval.

Hierbij passeren overwegingen uit het *UPC/DIH*-arrest over aansprakelijkheid van een dienstaanbieder jegens de eindgebruiker de revue, maar echt nieuwe inzichten over relevantie van het begrip "aansprakelijkheid" jegens haar gebruikers, lijkt het Hof niet te geven. Wellicht komt dit doordat *Google* en *Skype* beiden het subelement in hun voordeel willen uitleggen, maar het Hof de nieuwe argumenten weinig overtuigend vindt. Overigens vind ik dat het begrip "aansprakelijkheid" in de *UPC*-arresten een andere betekenis toekomen dan in het *Skype* en het *Google*-arrest. Een belangrijk criterium in de *Google*-zaak lijkt te zijn dat voor webgebaseerde e-maildiensten de verantwoordelijkheid voor de levering van een e-mail van de afzender aan de ontvanger wordt gedeeld door verschillende partijen en dat de berichten over verschillende lagen (in het OSI-model) gaan. Dit zijn de IAP's van de afzender, de ontvanger en de e-mailserviceprovider en andere betrokken IP-netwerkeexploitanten. Dat levert een complexe analyse op van de feitelijke verantwoordelijkheid. De contractueel afgesproken aansprakelijkheid lijkt mij minder maatgevend.

Commissie/BEREC: diensten stapelen en meer functionele benadering?

In vraag 2 van de *Gmail*-zaak suggereert de NRI dat als een partij een ECD aanbiedt en daarop nieuwe diensten stapelt, deze ook als ECD zouden moeten gelden. Dat is voor het Hof een stap te ver. Het Hof bevestigt slechts dat een partij die middels het bieden van internettoegang toch al een ECD aan haar klanten aanbiedt, telkens wanneer het nieuwe telecommuni-

43 P.C. Knol ziet aanleiding om ze gelijk te stellen, zie T&C, H.1, aant. 17, p. 405.

44 Zie ook het hiervoor genoemde *UPC/Gemeente Hilversum*-arrest. (Toen nog) *UPC* vroeg in een prejudiciële kwalificatievraag aan het Hof of het verzorgen van een basispakket via de kabel als ECD kon worden aangemerkt.

45 Vgl. de hiervoor vermelde uitspraak HvJ EU 11 september 2014, ECLI:EU:C:2014:2209 (*Papasavvas*).

46 Naast deze twee uitspraken wordt ook teruggekeken op het hiervoor genoemde *UPC/DIH*-arrest.

47 Merk op dat de internettoegangsdienst ten tijde van de *UPC/Hilversum* en *UPC/DIH*-arresten nog niet in de telecomwetgeving was gedefinieerd.

catie- of transmissiediensten toevoegt, moet toetsen of deze nieuwe dienst onder het kader valt.⁴⁷ Telecoomaanbieders kunnen op het dienstenniveau de grenzen blijven opzoeken, maar met één paraplu-kennisgeving van één ECD aan de NRI is de aanbieder er nog niet als zij meer diensten wil aanbieden. Omgekeerd lijkt het Hof *in casu* er weinig heil in te zien dat overlappende ECD's automatisch onder een bestaande machtiging vallen. Niet valt uit te sluiten dat beide uitspraken ertoe leiden dat NRI's nog eens de diensten van OTT-aanbieders onder de loep zullen nemen. De beoordeling achteraf is casuïstisch. Dat biedt wellicht minder zekerheid maar ook meer ondernemingsvrijheid voor nieuwe toetreders. BEREC-richtlijnen zouden handig zijn.

Aardig aan het oordeel van het Hof in de *Skype*-zaak is dat deze ruimte laat om OTT-spelers die voor hun dienstverlening vooral gebruikmaken van IP-technologie, afhankelijk van de gekozen netwerktopologie, op basis van een technische beoordeling eventueel kunnen worden gekenmerkt als partijen die ECD aanbieden. OTT's die van buiten de EU innovatieve diensten aanbieden blijven vermoedelijk wel flexibeler in vergelijking met de zittende spelers, die voortdurend bezig zijn met technologische innovatie, maar die hun netwerk- en/of technische parameters wellicht minder snel zullen kunnen aanpassen.

Zullen de Commissie en BEREC in volgende ECD-zaken voor een meer functionele benadering kiezen? In 2016 meende BEREC dat het de voorkeur verdiende om definities op te nemen die meer de nadruk leggen op de dienstfunctionaliteit en daarmee samenhangende karakteristieken in plaats van de technische karakteristieken. Het Hof kijkt in de *Skype* en *Google*-arresten niet vooruit. Wat zegt de Telecomcode?

4. De Telecomcode: enkele slotopmerkingen

Het groeiende en veranderende definitiewoud loopt als een rode draad door het NRK, (in mindere mate) de Richtlijn Beterere Regelgeving,⁴⁸ de Open Internetverordening naar de Telecomcode.⁴⁹ De definitie van ECD in art. 2, vierde lid, Telecomcode bevat nu drie types diensten, die onvermijdelijk elkaar gedeeltelijk kunnen overlappen. Het betreft: internettoegangsdiensten als gedefinieerd in artikel 2, punt 2, van de Open Internet Verordening⁵⁰, interpersoonlijke communicatiediensten als gedefinieerd in de Telecomcode en de in de

Skype en *Google*-arresten een centrale plaats innemende diensten, die volledig of hoofdzakelijk bestaan uit het “overbrengen van signalen”. De Telecomcode hangt onder de definitie van de interpersoonlijke communicatiedienst de nummergebaseerde- en de nummeronafhankelijke interpersoonlijke communicatiedienst.⁵¹ Deze nieuwe definities zouden ervoor moeten zorgen dat de specifieke rechten en verplichtingen van aanbieders, gebruikers en afnemers in het kader van de verschillende soorten diensten doelgericht en per geval kunnen worden toegepast. Overweging 15 van de Telecomcode introduceert de nieuwe definities. Zal er meer aandacht komen voor hoe de eindgebruiker de diensten percipieert? Overwegingen 17-18 proberen het begrip interpersoonlijke communicatiedienst af te bakenen. Overweging 17 is tamelijk uitgebreid: het noemt bijvoorbeeld de groepschat. Overweging 17 bevat vooral een interessante caveat: in uitzonderlijke gevallen mag een dienst niet als een interpersoonlijke communicatiedienst en dus niet als ECD worden gekwalificeerd.⁵² Het betreft de situatie waarbij de persoonlijke en interactieve communicatiemogelijkheid slechts een beperkte en louter bijkomstige functie vormt bij een andere dienst en om objectieve technische redenen niet zonder die hoofddienst kan worden gebruikt en de integratie daarvan geen middel is om de regels inzake ECD te omzeilen. Die laatste voorwaarde is natuurlijk wel een erg open einde. Bij wie ligt de bewijslast? Ik vermoed dat de telecoomaanbieder met argumenten zal moeten komen dat zij niet de regels van de Telecomcode wil omzeilen. Ik vraag me af of de nieuwe definities een einde maken aan dubbelzinnige situaties. Maar niet getreurd, er komt ook wat verduidelijking. De Commissie duikt nog een niveau lager:⁵³ Het gebruik van een nummer als identificatiemiddel mag in ieder geval niet op gelijke voet worden gesteld met het gebruik van een nummer om verbinding te maken met openbaar toegewezen nummers. Daarmee wordt verduidelijkt dat het gebruik van een nummer niet volstaat om te oordelen dat een dienst als een nummergebaseerde interpersoonlijke communicatiedienst (en dus als interpersoonlijke communicatiedienst) geldt.

In de afgelopen periode is er behoorlijk wat discussie gevoerd over de vraag of OTT-diensten (zoals instant messaging-apps, spraak-/video-oproepdiensten) op dezelfde manier moeten worden gereguleerd als de traditionele telecoomdiensten. De toevoeging van de “interpersoonlijke communicatiedienst” aan het palet met definities in art. 2, vierde lid, Telecomcode zal vermoedelijk geen waterscheiding teweeg-

48 Richtlijn Beterere Regelgeving.

49 EEC, “netwerkaansluitpunt” art. 1 onder d) (NAP) en “oproep”, in art. 1 onder a).

50 Zie ook art. 2, tweede alinea, punt 2 Verordening (EU) 2015/2120: “internettoegangsdienst”: een openbare elektronische communicatiedienst die toegang tot het internet biedt en derhalve connectiviteit met vrijwel alle eindpunten van het internet, ongeacht de gebruikte netwerktechnologie en eindapparatuur.

51 Art. 2.4 b.); en de art. 2.5, 2.6 en 2.7 Telecomcode. Volgens overweging 17 zijn interpersoonlijke communicatiediensten: “diensten die een interactieve uitwisseling van informatie tussen personen mogelijk maken, zoals traditionele telefoongesprekken tussen twee personen, maar ook alle soorten e-mails, berichtendiensten of groepchats. Interpersoonlijke communicatiediensten omvatten alleen communicatie tussen een door de afzender van de communicatie bepaald aantal, d.w.z. een niet potentieel oneindig aantal, natuurlijke personen.” Deze overweging bevat ook een aanzienlijk aantal diensten die erbuiten vallen (bijv. een website).

52 R.o. 17 luidt als volgt: “Interpersoonlijke communicatiediensten zijn diensten die een interactieve uitwisseling van informatie tussen personen mogelijk maken, zoals traditionele telefoongesprekken tussen twee personen, maar ook alle soorten e-mails, berichtendiensten of groepchats. Interpersoonlijke communicatiediensten omvatten alleen communicatie tussen een door de afzender van de communicatie bepaald aantal, d.w.z. een niet potentieel oneindig aantal, natuurlijke personen. Communicatie

waarbij rechtspersonen zijn betrokken, moet onder de definitie vallen wanneer natuurlijke personen namens die rechtspersoon handelen of minstens bij één kant van de communicatie zijn betrokken. Interactieve communicatie betekent dat de dienst de ontvanger van de informatie de mogelijkheid biedt te antwoorden. Diensten die niet aan die eisen voldoen, zoals lineaire uitzendingen, video op verzoek, websites, sociale netwerken, blogs of de uitwisseling van informatie tussen machines, mogen niet als interpersoonlijke communicatiediensten worden beschouwd. In uitzonderlijke gevallen mag een dienst niet als een interpersoonlijke communicatiedienst worden beschouwd wanneer de persoonlijke en interactieve communicatiemogelijkheid slechts een beperkte en louter bijkomstige functie is bij een andere dienst en om objectieve technische redenen niet zonder die hoofddienst kan worden gebruikt en de integratie daarvan geen middel is om de regels inzake elektronische communicatiediensten te omzeilen. Als onderdeel van een vrijstelling van de definitie moeten de termen „beperkt” en „louter bijkomstig” restrictief en vanuit een objectief eindgebruikersperspectief worden geïnterpreteerd. Een interpersoonlijke communicatiefunctie kan als beperkt worden beschouwd wanneer het objectieve nut ervan voor een eindgebruiker zeer gering is en wanneer zij in werkelijkheid nauwelijks door eindgebruikers wordt gebruikt. Een voorbeeld van een kenmerk dat buiten het toepassingsgebied van de definitie van interpersoonlijke communicatiediensten zou kunnen vallen, zou, in principe, een communicatiekanaal in onlinespellen kunnen zijn, afhankelijk van de kenmerken van de communicatiemogelijkheid van de dienst.”

53 R.o. 18 Telecomcode.

brenge, maar is wel opmerkelijk, in die zin dat het als subelement toch wordt afgezet tegen het technische criterium “*het overbrengen van signalen*”.⁵⁴ Het lijkt erop dat de Telecomcode met de toevoeging van de definitie van “*interpersoonlijke communicatiediensten*” de werkingssfeer van de ECD wil kunnen vergroten en tegelijkertijd meer wil oog wil hebben voor de perceptie van de dienst door de gebruiker. De aard van de diensten zal met de komst van 5G en toepassingen als robotica en IoT immers wezenlijk kunnen veranderen. Eindgebruikers zullen steeds meer gebruikmaken van functioneel gelijkwaardige onlinediensten zoals VoIP, berichtendiensten en webmail. De Europese regelgever is zich hiervan terdege bewust; de overwegingen bij de Telecomcode wasemen *forward-looking thinking* uit.

Waar de notie van het “*overbrengen van signalen*” in de definitie van ECD in art. 2 lid 4 Telecomcode als apart subonderdeel wordt genoemd, is mijns inziens geen sprake van demotie en verschuiving naar louter een functionele beoordeling. Ondanks dat de definitie iets meer is gericht op transmissie van inhoud blijft de notie een belangrijke parameter om te bepalen welke diensten onder werkingssfeer van de regulering vallen. Zo zijn we ook terug bij de eindgebruiker, voor wie niet erg relevant of begrijpelijk is wat het belang is of de aanbieder zelf signalen overbrengt, dan wel of de communicatie via een internettoegangsdienst tot stand komt: het lijkt mij dat die duidelijkheid er niet snel zal zijn. BEREC zal, gezien de casuïstische aanpak, vermoedelijk net zo min als het Hof algehele zekerheid vooraf aan de marktpartijen kunnen geven.

Het uitvoeren van een kwalificatietoets zal achteraf blijven plaatsvinden en een nationale aangelegenheid blijven.⁵⁵ BEREC ziet voortuitgang richting meer helderheid, maar ik vind de analyse uit 2016 wel wat optimistisch.⁵⁶

Tot slot: hoewel de Telecomcode met de artikelen 3, 12 en 13 de harmonisatie verder probeert te bevorderen, blijven afwijkingen in de nationale regulering van de lidstaten mogelijk.⁵⁷ Wanneer achteraf de dienstenkwalificatie door een rechterlijke uitspraak anders kleurt, moet de gereguleerde dienstenaanbieder nog steeds per lidstaat waar zij actief is de verpakking van de getroffen diensten opnieuw bezien en wellicht aanpassen. Hoewel een algemene Europese machtiging voor ECD of ECN het niet heeft gered, kan het eenvormig classificatiesysteem mijns inziens een betekenisvolle bijdrage leveren aan het bevorderen van convergerende voorwaarden voor investeringen in en het aanbieden van ECN en ECD in de Unie. Het grootste wapenfeit van de Telecomcode is wellicht dat het NRK met behulp van het “*regulatory fitness & performance programme* (REFIT) is teruggebracht tot één code. Ook het meer en strakker betrekken van BEREC kan worden gezien als (institutionele) vooruitgang. De grotere transparantie, vormgegeven door informatieplichten voor de ECD-aanbieder is welkom. Daar staat tegenover dat kan worden betwijfeld of de – soms wat bureaucratische verplichtingen – die gelden ten aanzien van de algemene machtiging, altijd bijdragen aan de door de EU vurig gewenste verbetering van de positie van de Unie in de wereldeconomie.

54 Dat element wordt nu losgetrokken, zie Art. 2, vierde lid, aanhef sub (iii) Telecomcode.

55 Evengoed heeft BEREC op 19 juni 2019 een consultatie uitgeschreven over het template van de machtiging, zoals dit is verankerd in art. 12, vierde lid, Telecomcode; zie draft BEREC Guidelines for the notification template as in article 12, paragraph 4 EECC.

56 BEREC high-level Opinion on the European Commission's proposals for a review of the electronic communications framework, BoR (16) 213, p. 4-5.

57 Uiterlijk 21 december 2020 moet de omzetting van de Telecomcode in de lidstaten zijn voltooid.