

De Telecommunicatiewet: een tweede analyse¹

Nico van Eijk²

De Wet op de Telecommunicatievoorzieningen (WTV) is niet meer. In plaats daarvan komt een geheel nieuwe Telecommunicatiewet. Het betreffende wetsvoorstel³, waarmee de Eerste Kamer nog moet instemmen, treedt waarschijnlijk in oktober/november 1998 in werking. Oorspronkelijk was het de bedoeling om uiterlijk 1 januari 1998 de nieuwe wet in het Staatsblad te laten verschijnen, zodat Nederland geheel in de pas zou blijven lopen met de Europese regels inzake de liberalisering van de telecommunicatiesector. In dit artikel wordt een analyse gemaakt van een aantal centrale onderdelen van het wetsvoorstel. Daarbij is er voor gekozen om de structuur van de wet aan te houden. De bespreking beperkt zich tot de eerste negen hoofdstukken van de wet, met daarin de kern van de nieuwe telecommunicatiewetgeving. Verder wordt ingegaan op een aantal aspecten van het toezicht en het overgangsrecht. Onderwerpen als bescherming van persoonsgegevens en de persoonlijke levenssfeer, bevoegd aftappen en vergoedingen worden niet of slechts summier - wanneer passend in de context van de wel besproken hoofdstukken - behandeld.

Waarom een Telecommunicatiewet ?

Oorspronkelijk speelde de datum van 1 januari 1998 een grote rol bij de noodzaak voor een algehele herziening van de WTV, waarvan de voorbereidingen werden gestart met de 'hoofdpijnennotitie herziening Wet op de Telecommunicatievoorzieningen'.⁴ Op deze historische datum zou volgens het Europese schema de gehele telecommunicatiesector - zowel voor wat betreft de diensten als ten aanzien van de infrastructuur - moeten zijn geliberaliseerd. De regering wilde oorspronkelijk met ingang van deze datum de liberalisering van de spraaktelefonie realiseren. In de zogenaamde 'interimwetgeving' werd - vooruitlopend op de beoogde algehele liberalisering - reeds de aanleg van alternatieve infrastructuur in belangrijke mate vrijgegeven en werden beperkingen ten aanzien van al geliberaliseerde telecommunicatiediensten opgeheven.⁵ Door een amendement⁶ vanuit de Tweede Kamer werd het voorstel aangepast en bepaald dat de liberalisering van de spraaktelefonie naar voren moest worden gehaald en per 1 juli 1997 gestalte zou moeten krijgen. Via het zogenaamde 'reparatiewetje' werd de WTV nog verder aangepast om onvolkomenheden - met name de niet dan wel slechts gebrekkig geregelde interconnectie met het net van PTT Telecom - in de

¹ Deze tekst is een eerste bewerking van het artikel 'De Telecommunicatiewet: een eerste analyse', dat is gepubliceerd in *Computerrecht*, 1997/5, p. 200-213.

² Dr. N.A.N.M. van Eijk is verbonden aan het Instituut voor Informatierecht (IviR), Universiteit van Amsterdam.

³ .EK 1997-1998, 25,533, nr. 309.

⁴ .TK 1993-1994, 21.693, nr. 13.

⁵ .Stbl. 1996, 319 (vergunningenwet kabelgebonden telecommunicatie-infrastructuur), Stbl. 1996, 320 (kabelgebonden telecommunicatie) en Stbl. 1996, 321 (herplaatsing integrale tekst WTV).

⁶ .TK 1995-1996, 24.163, nr. 15.

regulering van de vrijgemaakte spraaktelefonie op te lossen⁷. Ook werd door druk vanuit de Tweede Kamer⁸ een onafhankelijke toezichthouder voor de post- en telecommunicatiesector ingesteld, de Onafhankelijke Post- en Telecommunicatie Autoriteit (OPTA), die per 1 augustus 1997 met haar werkzaamheden is gestart.⁹ Tussendoor werd onder meer de Europese regels inzake satellieten geïmplementeerd in de WTV.¹⁰ Ook werd het mogelijk gemaakt om etherfrequenties te veilen.¹¹ Begin 1998 zijn er voor de eerste maal frequenties geveild voor mobiele telecommunicatie.

Als gevolg van al deze tussentijdse aanpassingen is feitelijk een situatie ontstaan die niet ver afligt van het op Europees niveau nagestreefde doel. Maar tegelijkertijd is de huidige Wet op de Telecommunicatievoorzieningen (WTV) verworpen tot een kapot-geamendeerde lappendeken met rare aangroei's als de Vergunningenwet Kabelgebonden Telecommunicatie-infrastructuur en afstervende loten als de Radio Omroep Zenderwet. Sinds de inwerkingtreding in 1987 is de WTV minstens twintig keer gewijzigd. Ook het gehanteerde begrippenkader en de gekozen benadering (een concessiehouder met daarop via machtigingen/vergunningen geregelde uitzonderingen) sluit niet meer aan bij de huidige opvattingen omtrent de ordening van de telecommunicatie sector. De nieuwe Telecommunicatiewet wil met een meer samenhangende structuur weer wat meer ordening brengen.

De structuur van de wet

In de structuur van de Telecommunicatiewet wet zijn duidelijk de sporen van het Europese kader terug te vinden. Met nadruk is gepoogd om alle richtlijnen - al dan niet nog in het stadium van een gemeenschappelijk standpunt verkerend - te implementeren. De diverse hoofdstukken zijn voornamelijk gegroepeerd rond specifieke onderwerpen, die voor de kenners van de richtlijnen bekend in de oren klinken: interconnectie en bijzondere toegang, open netwerkvoorzieningen, huurlijnen en telefonie en universele dienstverlening.

In dit opzicht vertoont de Telecommunicatiewet een grote overeenkomst met de WTV. De WTV werd toentertijd geprezen voor het feit dat er rekening werd gehouden met het nieuwe Europese beleid inzake telecommunicatie. In de WTV zou zelfs worden vooruit gelopen op nog te aanvaarden richtlijnen. Zoals later is gebleken, school hierin ook een van de grootste tekortkomingen van de WTV. Telkens als er weer een nieuwe richtlijn van kracht werd, moest de WTV worden aangepast. Meestal gebeurde dat op een te laat moment en moest in de Staatscourant een bekendmaking verschijnen waarin de minister aangaf dat bepalingen uit de WTV niet langer behoeften te worden nageleefd.¹² Aan deze wijze van 'implementatie' en

⁷.Stbl. 1997, 296.

⁸.TK 1994-1995, 21.693, nr. 18 en TK 1994-1995, 23.900 XII, nr. 12.

⁹.Stbl. 1997, 320.

¹⁰.TK 1995-1996, 24.662, nrs. 1-3.

¹¹ Stb. 1997, 566

¹².Zie bijvoorbeeld het voorbeeld van de huurlijnen en de gedeeltelijke buiten toepassing verklaring van artikel 5 WTV: Bekendmaking van de minister van Verkeer en Waterstaat van 14 december 1992, nr. 92/29 353/HW,

regelgeving kleven in de regel tenminste twee bezwaren.

In de eerste plaats wordt inflexibiliteit gecreëerd. Gewijzigde Brusselse opvattingen vergen aanpassing van de wet, hetgeen een langdurig proces kan zijn. In feite ligt onder het huidige richtlijnenkader nog steeds het langzaam maar zeker eroderende fundament van het groenboek uit 1987.¹³ Verschillende richtlijnen zijn aan evaluaties toe, die zeker tot nieuwe of gewijzigde richtlijnen zullen leiden. Indien te strak wordt vast gehouden aan dit reeds meer dan tien jaar oude begrippenkader, zullen er op de middellange termijn aanpassingen van de regelgeving nodig zijn met een meer fundamenteel karakter. Klassieke onderscheidingen zoals openbaar/niet-openbaar, een van de belangrijkste hoekstenen van het Europese regelkader - en daarmee van de Telecommunicatiewet - zullen bijvoorbeeld door ontwikkelingen in de techniek als in de praktijk worden achterhaald. Openbare en niet-openbare netwerken zullen naar verwachting verder in elkaar opgaan en niet in onderscheidenlijke elementen meer afsplitsbaar zijn. Een ontwikkeling die vergelijkbaar is betreft de problematiek van convergentie tussen 'omroep'- en telecommunicatie-diensten c.q. -infrastructuur. Het toekennen van een bijzondere status aan kabeltelevisienetten (die in de Telecommunicatiewet voortaan 'omroepnetwerken' gaan heten) zal op termijn niet meer houdbaar zijn.

In de tweede plaats wordt aan de markt slechts schijnzekerheid geboden. De wet mag dan op sommige punten wel duidelijk lijken, de wetenschap dat het morgen wel weer eens anders kan zijn, leidt er niet bepaald toe dat de markt zijn gedrag uitsluitend door het wettelijk kader kan of moet laten bepalen. Een mooi voorbeeld dat verleden, heden en toekomst in dit verband overbrugt, zijn de infrastructuurvergunningen. Via een immense bureaucratische operatie zijn zo'n vijftienhonderd vergunningen verleend, die met de inwerkingtreding van de Telecommunicatiewet simpelweg weer komen te vervallen. Slechts voor de twee landelijke infrastructuurvergunninghouders blijven de verplichtingen nog voor kortere duur bestaan.

Aan dit tweede bezwaar valt op zich niet veel te doen, omdat het vooral een gevolg is van het dynamische karakter van de telecommunicatiesector. Maar het is wel aan de overheid om te voorkomen dat er verwachtingen worden gewekt die vervolgens niet kunnen worden nagekomen. Marktpartijen moeten zoveel mogelijk op onzekerheden worden gewezen, dan wel dient de overheid niet de veroorzaker van optredende onzekerheid te zijn.

Het eerste bezwaar van een moeilijk implementatieproces wordt in de nieuwe wet voor een belangrijk deel van een mogelijke oplossing voorzien. Hoofdstuk achttien kent een tweedelige regeling die het mogelijk maakt rekening te houden met de veranderende (regulatoire) omgeving. In artikel 18.2 wordt een ministeriële bevoegdheid opgenomen met betrekking tot de regels die dienen ter uitvoering van een voor Nederland verbindend verdrag of andere besluit van een volkenrechtelijke organisatie (lees: EU-richtlijnen). Hierin kan bij ministeriële regeling worden voorzien. Deze moeten binnen twee jaar weer vervangen zij door een definitieve regeling. Een in staatsrechtelijk opzicht gewaagd fenomeen, waar de Raad van State, die toch al niet veel moet hebben van de ruime delegatie bevoegdheden van de wet, enige kanttekeningen bij plaatst. De gekozen oplossing verdient misschien geen schoonheidsprijs maar is zeker een verbetering ten opzichte van de oude situatie. In artikel

Stcrt. 1992, 248.

¹³.Groenboek over de ontwikkeling van de gemeenschappelijk markt voor telecommunicatiediensten en -apparatuur, COM(87) 290 def.

18.1 is voorts voorzien in de mogelijkheid om bij AMvB regels te stellen ‘om te onderzoeken of bepaalde ontwikkelingen in belangrijke mate kunnen bijdragen aan het bereiken van de doelstellingen van de wet’. Dergelijke experimenteerregels - bijvoorbeeld voor digitale aardse radio omroep (TDAB) - kunnen afwijken van het bij of krachtens de wet bepaalde. Wel blijven de betreffende regels slechts twee jaar geldig. De experimenten hebben dus in beginsel een maximale duur van twee jaar, tenzij er binnen die tijd een definitieve voorziening worden getroffen in de vorm van een AMvB of een wettelijke voorziening. Het is opmerkelijk te constateren dat in dit artikel wordt gesproken van ‘doelstellingen van de wet’ terwijl deze doelstellingen nergens in de wet worden vermeld. Slechts het algemeen deel van de memorie van toelichting start met een korte passage over de doelstellingen en uitgangspunten van de wet. Nu in de wettekst expliciet naar de doelstelling worden verwezen, zouden deze ook in de wet als zodanig moeten worden opgenomen.

Ook in andere opzichten is voor een pragmatische benadering gekozen. Hoofdstuk twee regelt bijvoorbeeld de zogenaamde registraties, die voor een groot aantal diensten en netwerken gelden. In volgende hoofdstukken zijn meer specifieke bepalingen te vinden over dergelijke diensten en netwerken. Dit duidt op een matrix-benadering voor wat betreft de structuur van de wet (indeling in ordeningsinstrumenten naast een indeling naar ‘rechtsobjecten’). Echter, andere ordeningsinstrument die naast de registratie wordt gehanteerd, zoals de vergunning en toekenning, blijken - waar van toepassing - te zijn ondergebracht in de afzonderlijke hoofdstukken waarin de rechtsobjecten staan beschreven (bijvoorbeeld: vergunningen voor frequenties in hoofdstuk drie, toekenningen van nummers in hoofdstuk vier etc). Indien daadwerkelijk een matrixstructuur wordt nagestreefd zouden alle ordeningsinstrumenten in hoofdstuk twee moeten zijn ondergebracht.

Een vergelijkbaar probleem doet zich voor bij het toezicht en de handhaving. Weliswaar is er een hoofdstuk (hoofdstuk 15) gewijd aan de handhaving, maar daarnaast vinden we in de wet op verschillende plaatsen bijzondere vormen van toezicht en handhaving. Hoofdstuk twaalf handelt over een bijzondere geschillencommissie en bij het toezicht op nummers duikt een aan te wijzen orgaan voor zelfregulering op. Het meest opvallend is wel dat de onafhankelijk toezichthouder op de post en telecommunicatiesector, OPTA, in een afzonderlijke wet blijft ondergebracht. Ook de Raad van State bracht in haar advies de mogelijke integratie van de OPTA-wet in de Telecommunicatiewet naar voren. De regering wijst een integratie af met het weinig overtuigende argument dat de OPTA ook bevoegd is ten aanzien van de post. Daarnaast zou het de voorkeur verdienen om de instelling van zelfstandige bestuursorganen steeds bij afzonderlijke wet te regelen.

Nog een laatste ondergeschikt aspect: in de wet wordt waar nodig gekozen voor een onderverdeling van de hoofdstukken in paragrafen (die overigens dezelfde nummers kunnen hebben als artikelen, zo begint paragraaf 3.1 met artikel 3.1). Dit gebeurt overigens niet geheel consistent. Hoofdstuk tien over randapparaten, radio-apparaten en overige apparaten vormt namelijk een uitzondering op deze regel. Het hoofdstuk kent vijf paragrafen die verdeeld zijn over twee titels. De Wet op de Telecommunicatievoorzieningen kent op meer plekken nog een dergelijke diffuse structuur van titels en paragrafen. Er zijn geen andere dan nostalgische redenen om in hoofdstuk tien nog twee titel op te nemen.

Definitiebepalingen

Het eerste hoofdstuk van de wet bevat de definitiebepalingen, die in veel gevallen identiek of vrijwel identiek zijn aan de definities uit de EU-richtlijnen. Hierbij moet worden opgemerkt dat binnen het Europese kader soms verschillende definities van dezelfde term voorkomen, waardoor het volledig synchroniseren van betekenissen niet wordt vereenvoudigd.¹⁴ Tenzij nadrukkelijk in de memorie van toelichting aangegeven, wordt er hier van uit gegaan dat het niet de bedoeling van de wetgever is om af te wijken de Europese definities (er wordt ‘materieel’ hetzelfde beoogd, aldus valt in de Memorie van toelichting te lezen). Wel kan het feit dat er gebruik wordt gemaakt van andere bewoordingen (zo wordt de richtlijnterm ‘transmissie’ telkens vervangen door ‘overdracht’) aanleiding geven tot mogelijk verschillen in interpretatie.

Eerste vertrekpunt, mede ontleent aan de huidige WTV, vormt het begrip *telecommunicatie*, waarna een onderscheid wordt gemaakt tussen *telecommunicatienetwerken* en *telecommunicatiediensten*. Telecommunicatienetwerken, waarvoor kenmerkend is dat het gaat over mogelijke overdracht van signalen tussen *aansluitpunten* kunnen openbaar zijn. Kenmerkend voor de omschrijving van *openbare telecommunicatienetwerken* zijn de elementen ‘voor de verrichting van openbare telecommunicatiediensten’ en ‘waarmee het publiek de mogelijkheid tot overdracht van signalen tussen netwerkaansluitpunten ter beschikking worden gesteld’. Het tweede criterium is interessant omdat het (gedeelten van) netten die in beginsel niet openbaar zijn onder de werkingssfeer van openbare netten brengt, zoals huurlijnen. Een nadere definitie van ‘het publiek’ ontbreekt waarmee er enige ruimte is voor de vraag of er in een concreet geval sprake is van een openbaar of een niet-openbaar netwerk. Een directe consequentie van het nieuwe begrippenkader is dat zogenaamde ‘internet access providers’ (eventueel te onderscheiden van ‘internet service providers’) geacht worden een openbare telecommunicatiedienst te verrichten wanneer zij hun diensten aan het publiek aanbieden. In de WTV wordt een beperktere omschrijving van het begrip openbare telecommunicatiedienst gehanteerd. De consequenties zullen nader aan de orde komen bij de bespreking van het nieuwe registratiestelsel.

Er zijn twee vormen van openbare telecommunicatienetten, vaste en mobiel. Kenmerkend verschil tussen beide netten is volgens de definitiebepalingen gelegen in het al dan niet op vaste locaties bevinden van netwerkaansluitpunten. Met name bij een verdergaande integratie van vaste en mobiele netten, zal de vraag aan de orde zijn wanneer en in hoeverre een netwerk mobiel of vast is. In de Verenigde Staten - maar impliciet ook in een Europees/Nederlandse context is bijvoorbeeld al eens ter discussie gesteld of het is toegestaan mobiele netwerken te gebruiken voor (semi-) vaste verbindingen, zoals ‘wireless local loop’.

Parallel aan de indeling naar openbare vaste en mobiele netten worden definities gegeven van de openbare vaste en mobiele telefoondienst. Uit de wijze van definiëren moet worden afgeleid dat uitsluitend spraaktelefonie een openbare telefoondienst is/kan zijn. Het begrip

¹⁴.Zie bijvoorbeeld de omschrijving van >openbaar telecommunicatienetwerk= in richtlijn nr. 96/19 (volledige mededinging) en in 97/33/EG (ONP).

spraaktelefonie, dat wel in de Europese regels wordt gehandhaafd¹⁵, komt echter niet meer in definities voor.

Eén wijziging van de definitiebepalingen zal met name de NS goed uitkomen. De gronden van de spoorwegen vallen niet langer onder de omschrijving van openbare grond. Daarmee vervallen ook bijzondere rechten en plichten die verbonden zijn aan de status van openbare grond. Oftewel de NS komt op gelijk niveau te staan met andere particuliere eigenaren van grond. Directe consequentie is bijvoorbeeld dat de NS derden kan verbieden om telefooncellen op haar grond te plaatsen. Op de gedoogrechtenproblematiek wordt ingegaan bij de bespreking van het betreffende hoofdstuk.

Eerder werd al gewezen op het feit dat er een afzonderlijk hoofdstuk is over omroepnetwerken ('kabeltelevisienetten') en omroepzendernetten. Beide begrippen komen niet voor in Europese richtlijnen, maar zijn een Nederlandse vinding. De netwerken worden gebruikt voor het verspreiden van programma's zoals gedefinieerd in de Mediawet. Een omroep(zender)netwerk is niet een telecommunicatienetwerk omdat naast het criterium van verspreiding van programma's het element van overdracht van signalen tussen netwerkaansluitpunten ontbreekt. De wijze waarop een omroep(zender)netwerk afzonderlijk wordt gedefinieerd leidt tot de situatie dat een telecommunicatienetwerk tevens een omroep(zender)netwerk kan zijn. Een programma dat verspreid wordt via een telecommunicatienetwerk maakt dat net namelijk ook tot een omroep(zender)netwerk. Daarmee zouden de verplichtingen die gelden voor omroep(zender)netwerken - als omschreven in hoofdstuk acht van de wet - ook kunnen gelden voor het telecommunicatienetwerk. Dit is niet een nieuw probleem, maar werd in het verleden ook al gesignaleerd in het kader van de kabeltelevisienetten, waarbij werd aangegeven dat de term 'draadomroepinrichting' impliceerde dat het type van verzorgde dienst tevens het netwerk karakteriseerde.¹⁶

Via de invoering van de Telecommunicatiewet worden trouwens ook de nodige definities in de Mediawet overhoop gehaald. In het hoofdstuk met wijzigingen in andere wetten wordt bijvoorbeeld abonneetelevisie onder de commerciële omroep gebracht, voor de eerste maal de termen 'media', 'kanaal' en 'publieke omroep' gedefinieerd en de regulering van de commerciële omroep verder uit de Mediawet gehaald. Interessante wijzigingen die een nadere beschouwing verdienen, maar buiten het kader van deze bijdrage vallen. In ieder geval kan er hoop uit een en ander geput worden: nog even en de omroepregulering wordt zoals dat al het geval was in de Telegraaf en Telefoonwet van 1904 weer geïntegreerd met de telecommunicatiewetgeving...

Voor wat betreft de overige definities in het eerste hoofdstuk kan nog worden gemeld dat de wet de term *systeem voor voorwaardelijke toegang* introduceert. Dit is een systeem met behulp waarvan toegang verkregen kan worden tot gecodeerde programma's of andere diensten die slechts gecodeerd kunnen worden ontvangen met behulp van een daartoe bestemd apparaat door degene die een daartoe strekkende overeenkomst heeft gesloten met de

¹⁵.Zie oa.: Richtlijn 98/10/EG van het Europees Parlement en de Raad van 26 februari 1998 inzake de toepassing van Open Network Provision (ONP) op spraaktelefonie en inzake de universele telecommunicatiedienst in een door concurrentie gekenmerkt klimaat (PbEG L 101, dd. 1/4/1998).

¹⁶.Van den Beukel, J, E.J. Dommering, N.A.N.M. van Eijk, P.B. Hugenholtz, >Boodschap aan de boodschappers=, Amsterdam, 1991, p. 7-8.

aanbieder van het systeem. Ofschoon systemen voor voorwaardelijke toegang met name spelen in het kader van de omroep (en ook nader zijn geregeld in het betreffende hoofdstuk), lijkt door de gekozen formulering niet uitgesloten dat bijvoorbeeld het digitale GSM en ERMES systeem onder de definitie kunnen vallen. Tijdens de parlementaire behandeling van de wet is dit echter door de minister tegengesproken.

Registratiestelsel

Een van verbeteringen ten opzichte van de WTV is gelegen in de wijze waarop het verrichten van diensten of aanleggen van infrastructuur wordt geregeld. In de WTV waren er meerdere vormen van toestemming/machtiging/vergunningverlening. KPN heeft een concessie, voor kabeltelevisienetten geldt een machtigingregime terwijl voor telecommunicatie-infrastructuur op grond van de Wet kabelgebonden telecommunicatie een vergunningenstelsel geldt. In het geval van mobiele communicatie vallen bepaalde vormen onder het algemene stelsel van artikel 17 WTV inzake radio-elektrische zendingen, terwijl voor 'specifieke vormen van openbare mobiele telecommunicatie' op grond van hoofdstuk IIA WTV weer de vergunning als toewijzingsmechanisme wordt gehanteerd.

De Telecommunicatiewet brengt meer eenheid in dit onsamenhangende stelsel. Het mag van historische importantie worden genoemd dat de concessie verdwijnt. Ook de machtiging als uitzondering van op de concessie komt te vervallen. In de nieuwe wet blijven slechts de vergunning, de registratie en de toekenning als inrichtingsinstrument over. De toekenning, die met name speelt bij nummers, is in feite een vergunning. Overwogen zou kunnen worden ook het begrip toekenning te laten vervallen en te vervangen door vergunning.

In hoofdstuk twee van de Telecommunicatiewet wordt aangegeven in welke gevallen een registratie is vereist. Voor het aanleggen of aanbieden van een openbaar telecommunicatienetwerk, huurlijnen of een omroepnetwerk, dan wel voor het aanbieden van een openbare telecommunicatiedienst of een systeem voor voorwaardelijke toegang moet tot registratie worden overgegaan. Aanbieders van niet-openbare telecommunicatiewerken of niet-openbare telecommunicatiediensten kunnen zich niet laten registreren. Hun identiteit zal derhalve onbekend kunnen blijven. De aanleg van niet-openbare infrastructuur - zeker wanneer deze een substantiële omvang aanneemt - die vervolgens openbaar wordt gemaakt, kan een relevante omstandigheid zijn voor zowel de regulering als de markt. Verder behoeft er geen registratie plaats te vinden wanneer een vergunning is vereist of wanneer er sprake is van - bij algemene maatregel van bestuur aan te wijzen - categorieën van diensten of inrichtingen van geringe omvang of betekenis.

Consequentie van het registratieregime is dat allerlei dienstenaanbieders die voorheen niet op een of andere wijze zich bij de overheid hoefden te melden, nu registratieplichtig worden. Dit is met name het geval met de aanbieders van openbare telecommunicatiediensten. Onder andere de eerder genoemde internet access providers, die momenteel aan geen enkel vereiste zijn verbonden, zouden zich voortaan moeten laten registreren. Al eerder is er bezwaar gemaakt tegen het feit dat diensten die momenteel vrij zijn, onderhevig zouden worden

gemaakt aan een registratie of ander formeel vereiste.¹⁷ De Europese richtlijn inzake machtigingen en vergunningen gaat er bovendien van uit dat lidstaten geen machtigingstelsels in het leven roepen die van tevoren nog niet bestonden.¹⁸ De consequenties van dit ruime registratiestelsel worden niet in de memorie van toelichting aangegeven. Het zou nuttig zijn wanneer bijvoorbeeld een kwantitatieve inschatting was gemaakt. Gevreesd moet worden dat er inmiddels zeer grote aantallen registratieplichtigen ontstaan, waar voorheen geen formele vereisten golden. Daar komt bij dat de OPTA een ruime discretionaire bevoegdheid heeft om gegevens op te vragen ten behoeve van de registratie. In weinig beperkende termen gaat het daarbij onder meer om aan de minister te overleggen gegevens die van belang zijn voor de veiligheid van de staat, de strafrechtelijke handhaving van de rechtsorde en de voorbereiding op buitengewone omstandigheden. Deze bepaling (artikel 2.1, lid 1) lijkt aan te sluiten bij een meer algemene trend om de controle mogelijkheden van justitie en veiligheidsdiensten op de telecommunicatie te vergroten.¹⁹

De OPTA wordt zelfs expliciet verboden om registraties te weigeren wanneer registratie niet is voorgeschreven. Verder wordt registratie geweigerd wanneer er gebreken kleven aan de overgelegde gegevens. In het oorspronkelijk ontwerp was nog bepaald dat OPTA ook tot een weigering zou moeten overgaan wanneer er een vermoeden was dat activiteiten in strijd met het bepaalde bij of krachtens de wet zullen worden verricht. Deze weigeringsgrond is geschrapt naar aanleiding van kritiek van de Raad van State. De EU-richtlijn inzake machtigingen en vergunningen, die op dit punt aansluit bij de Europese opvattingen omtrent 'essentiële eisen'²⁰, zou een dergelijke ruime weigeringsbevoegdheid ook niet toelaten.

Het onderscheid tussen registratie en vergunning is overigens niet zo duidelijk als het lijkt. Verleende infrastructuurvergunningen zonder gebiedsbeperking (aan Enertel en Telfort) worden gelijkgesteld met een registratie, zo staat te lezen in een van de overgangsbepalingen (artikel 20.7). Op deze geregistreerden blijven wel de oorspronkelijke verplichtingen met betrekking tot het leveren van vaste verbindingen en het gebruik van toegekende radiofrequenties (resp. artikel 4b WTV en artikel 21 Vergunningenwet). Aan de infrastructuurvergunningen zonder gebiedsuitbreiding, waarvan er zo'n 1500 zijn verleend, komt met de invoering van de nieuwe wet een wettelijke status te ontvallen. Nog sterker: de verkrijgers van de betreffende vergunningen kunnen zich wederom op het papierwerk storten. Zij moeten binnen zes maanden na inwerkingtreding van de Telecommunicatiewet een registratie regelen (artikel 20.8). Om deze administratieve rompslomp te vermijden, had het wat meer voor de hand gelegen om de infrastructuurvergunningen bij wet om te zetten in

¹⁷.E.J. Dommering, N.A.N.M. van Eijk, G.J. Kemme en H.J. de Ru, >Een interim-regeling voor Telecommunicatiewetten=, Amsterdam 1995.

¹⁸.Overweging nr. 4 van de Richtlijn nr. 97/13/EG van het Europees Parlement en de Raad van de Europese Unie van 10 april 1997 betreffende een gemeenschappelijk kader voor algemene machtigingen en individuele vergunningen op het gebied van telecommunicatiediensten (PbEG L 117).

¹⁹.Zie bijvoorbeeld: N.A.N.M. van Eijk, >(G)een recht op vertrouwelijke communicatie: fax en email vogelvrij=, in NJB, 1997, afl. 33, p. 1554-1555.

²⁰.Zie voor een definitie van essentiële eisen: artikel 1, lid 2 van het Gemeenschappelijk standpunt (EG) Nr. 58/96 van 12 september 1996 met het oog op de aanneming van Richtlijn 97/51/EG van het Europees Parlement en de Raad tot wijziging van de Richtlijnen 90/387/EEG en 92/44/EEG met het oog op de aanpassing aan een door concurrentie gekenmerkte context in de telecommunicatie. (96/C 315/07) (PbEG C 315).

registraties.²¹

Frequenties

In een afzonderlijk hoofdstuk wordt de problematiek van frequenties en de verdeling ervan behandeld (met uitzondering van de omroepzendernetten die in een afzonderlijk hoofdstuk zijn ondergebracht. Zie de bespreking van hoofdstuk acht verderop in dit artikel). De systematiek is op zich duidelijk, zij het dat er nog steeds sprake is van een sterke koppeling van infrastructuur en diensten. Er wordt periodiek een frequentieplan vastgesteld, dat als basis dient voor zowel de toewijzing van frequenties als de bepaling van de aard van gebruik. In de Nota Frequentiebeleid²² werd al eerder aangegeven dat de vaststelling eens per twee jaar zal geschieden. De toegewezen frequenties worden genoteerd in een openbaar frequentieregister.

Lange tijd was de frequentieproblematiek buitengewoon ondoorzichtig (in feite is dat in vele opzichten nog steeds het geval). De frequentieplanning werd zelfstandig - op basis van uitkomsten van internationaal overleg binnen de Internationale Telecommunicatie Unie (ITU) en in voorkomend gevallen na overleg binnen het kabinet - verricht door de minister van Verkeer en Waterstaat en sinds enige tijd vastgelegd in een openbaar nationaal frequentieverdelingsplan²³, dat nu dus wettelijke status krijgt. De Nationale Frequentiecommissie (NFC) trad daarbij op als adviseur/klankbord²⁴. In de NFC, die een besloten karakter heeft, hebben vertegenwoordigers van de overheid en van de PTT en NOZEMA zitting. Voor derden was er nauwelijks toegang tot dit proces. De laatste jaren is hierin verandering opgetreden doordat regelmatig over planningsvraagstukken hoorzittingen werden belegd. Deze verandering was niet uitsluitend spontaan, maar werd vooral ingegeven door de inwerkingtreding van de Algemene Wet Bestuursrecht, die in afdeling 3.4 verplicht tot het openbaar bekend maken van voornemens tot aanpassing van besluiten zoals een nationaal frequentieplan. Belanghebbenden moeten bovendien in de gelegenheid zijn hun zienswijze mondeling of schriftelijk naar voren te brengen. Dit proces is gebruikt voor zowel de standpuntbepaling in het internationaal overleg als ten aanzien van nationale verdelingen.

Het internationale overleg is voor de nationale frequentieplanning buitengewoon bepalend. Het betreft langdurige procedures met soms verstrekkende consequenties. Uit de tekst van de wet, noch uit de toelichting blijkt dat de betrokkenheid van derden bij het internationale proces gegarandeerd is. De procedure ex afdeling 3.4 van de AWB heeft uitsluitend betrekking op het nationale frequentieplan, zo lijkt de conclusie te moeten zijn. Ook is onduidelijk wat de status van de NFC zal zijn. Het zou voor de hand liggen om óf de status van een geïnstitutionaliseerd overleg met relevante marktpartijen te formaliseren óf de NFC

²¹.Te meer daar de minister van Verkeer en Waterstaat enige tijd geleden een brief rondzond voor een advies over het verminderen van administratieve lasten (brief dd. 9 september aan de deelnemers aan het overleg in overlegorganen Verkeer en Waterstaat, kenmerk OVW-97/16).

²².TK 1994-1995, 24.095, nr 1.

²³.In dit plan staat de verdeling aangegeven van frequentieruimte naar bestemming/categorieën van gebruik. De laatste versie: Nationaal Frequentieverdelingsplan (NFVP) 1995, Ministerie van Verkeer en Waterstaat.

²⁴.Besluit Nationale Frequentiecommissie, Stct. 1990,81, laatstelijk gewijzigd Stct. 1996,16.

op te heffen. Het enkele feit dat de NFC nu samengesteld is uit zowel overheid als marktpartijen (KPN en NOZEMA) maakt dat handhaving in de huidige vorm ongewenst. De noodzaak tot een betere positionering van het proces wordt nog eens verstrekt doordat bepaalde marktpartijen als ‘erkende ondernemingen’ zich een geprivilegieerde status binnen de ITU kunnen verschaffen, hetgeen tot nieuwe onevenwichtigheden in de belangenbehartiging kan leiden. In de nieuwe wet wordt ruimhartig omgesprongen met het toebedelen van de status van ‘erkende onderneming’ (artikel 18.5). Het is de bedoeling om na de invoering van de Telecommunicatiewet tenminste de betrokkenheid van derden bij de frequentieproblematiek meer transparant te maken.

Voor frequenties geldt in beginsel een vergunningregime. Dit is in overeenstemming met het Europese kader inzake machtigingen en vergunningen. Geen vergunning is vereist voor frequenties die voor algemeen gebruik worden vrijgegeven (bijvoorbeeld voor radiografische besturing van speelgoed, garagedeuren, etc) of die bestemd zijn voor veiligheidsdiensten, defensie en voor de strafrechtelijke handhaving van de rechtsorde. De laatste categorie is beperkter dan in de huidige WTV, die een algemene bevoegdheid kent om overheidsinstanties en categorieën van natuurlijke of rechtspersonen aan te wijzen, die uitgesloten zijn van het machtigingsvereiste (artikel 17, lid 2 WTV). Echter, dit laat onverlet dat de minister binnen het nationale frequentieverdelingsplan frequenties kan reserveren ten behoeve van ‘gebruik voor vitale overheidstaken’, hetgeen een ruime categorie is, waaronder ook nooddiensten, zoals de brandweer en rampenbestrijding vallen. Bovendien geldt voor de vitale overheidstaken een voorkeursrecht op frequenties (artikel 3.3, lid 2).

Naast de vitale overheidstaken kent de Telecommunicatiewet een voorkeursrecht op frequenties toe voor ‘het verzorgen van taken op het terrein van de publieke omroep’. Het is voor de eerste maal dat de term publieke omroep een wettelijke basis krijgt. Daartoe wordt een nieuwe omschrijving in de Mediawet opgenomen, die de landelijke, regionale en lokale omroepen die zendtijd hebben gekregen (ter onderscheiding van commerciële omroepinstellingen) onder de omschrijving van publieke omroep laat vallen. Het lijkt mij dat de opstellers van het voorstel hier een steekje hebben laten vallen en het ook de bedoeling is dat de Wereldomroep tot de publieke omroep wordt gerekend. Het voorkeursrecht is absoluut voor wat betreft de landelijke en regionale omroep (landelijk ten aanzien van radio en televisie, regionaal voor wat betreft radio). De toewijzing van de lokale omroep (alleen radio) wordt afhankelijk gemaakt van de technische mogelijkheid en een doelmatigheidstoets. Waarom uitsluitend voor lokale omroep en niet voor de andere delen van de publieke omroep een doelmatigheidstoets geldt, wordt niet in de memorie van toelichting bij dit artikel niet uitgelegd.²⁵ Meer in het algemeen dringt zich de vraag op of het wel strikt noodzakelijk is een zo specifieke en gedetailleerde regeling voor de publieke omroep vaststellen in plaats van te kiezen voor een volledige aansluiting bij het meer globale regime dat geldt voor de vitale overheidsdiensten.

Voor de verlening van vergunningen - de vitale overheidsdiensten en publieke omroep uitgezonderd vanwege het toegekende voorkeursrecht - zijn drie instrumenten beschikbaar: volgorde van binnenkomst van de aanvragen (‘first come, first served’), de vergelijkende toets

²⁵.Mede naar aanleiding van het advies van de Raad van State wordt in de memorie van toelichting wel ingegaan op de doelmatigheidstoets als opgenomen in artikel 3.5. Niet buiten twijfel wordt gesteld dat dit een zelfde doelmatigheidstoets is.

en de veiling. Vervolgens wordt nog bepaald dat voor commerciële omroep afstemming moet plaats vinden met de minister van OCW, maar overigens kan de uitwerking van de verdeling geheel bij algemene maatregel worden vastgesteld. Een typisch voorbeeld van kaderwetgeving. Dit is opmerkelijk omdat nog recent het wetsvoorstel ‘veilen frequenties mobiele telecommunicatie’ is behandeld. Hierin is een veel gedetailleerdere regeling opgenomen en aangegeven dat in beginsel de veiling het eerste verdeelinstrument is voor frequenties ten behoeve van mobiele communicatie. Kennelijk wordt het nu niet meer nodig geacht op een zo specifieke regeling te handhaven. Door de drie verdeelingsinstrumenten met naam en toenaam te noemen worden andere verdeelmethoden uitgesloten (zoals de loting) en is het onzeker of er voldoende ruimte is voor eventuele combinaties (een beperkte vergelijkende toets in combinatie met een veiling of loting). Overwogen had kunnen worden of een open einde-regeling, die ook andere vormen van verdeling en combinaties expliciet als een mogelijkheid noemt, niet nog beter aansluit bij het karakter van een kaderregeling. Deze keus is evenwel niet gemaakt.

De wet geeft niet aan dat de duur van vergunningen beperkt is. Het is niet geheel ongebruikelijk om in wetgeving aan te geven dat er sprake is van een maximale duur van de vergunning, dan wel aan te geven wat eventueel randvoorwaarden zijn voor duurbeperingen. De huidige wettekst maakt het mogelijk dat de minister vergunningen verstrekt die in tijd onbeperkt zijn. Dit is een onwenselijke situatie aangezien het onder meer moeilijk te herziene rechten creëert.

Vergunningen kunnen worden ingetrokken. De wet geeft geen expliciete basis voor tijdelijke of conditionele intrekkingen, bijvoorbeeld te hanteren als een sanctiemiddel. De minister heeft echter te kennen gegeven dat in de ruimere bevoegdheid van intrekking ook de mogelijkheid tot voorwaardelijke intrekking moet worden gelezen. Hetzelfde geldt ten aanzien van de vraag op waarom in het hoofdstuk niet gewag wordt gemaakt van de mogelijkheid om partijen in de gelegenheid te stellen eventuele gebreken te herstellen. Deze mogelijkheid - inclusief een daarvoor geldende duurbepering van twee maanden – die is terug te vinden in de vergunningenrichtlijn, moet geacht worden in de ruimere sanctiemogelijkheden besloten te liggen. Bij amendement is ook wijziging van de voorwaarden als sanctie in de wet opgenomen (artikel 3.7, derde lid).

Het wetsvoorstel bepaalde oorspronkelijk dat vergunningen voor frequenties niet kunnen worden overgedragen tenzij de minister daartoe ontheffing verleent. Een dergelijke restrictieve benadering werd wenselijk geacht vanwege de aan de vergunning te koppelen vereisten en de naleving ervan. In de WTV is alleen ten aanzien van bepaalde vormen van ethergebruik een dergelijke restrictie ingebouwd (artikel 13u). In het ontwerp waarover advies werd gevraagd aan de Raad van State was nog een positieve formulering opgenomen. Vergunningen zijn overdraagbaar met toestemming van de minister, zo luidde de tekst, maar de Raad vond dat een omkering gezien de restrictieve bedoeling van de wetgever meer voor de hand lag. Dit neemt niet weg dat het om een - wellicht niet bedoelde maar toch - fundamentele aanpassing ging. Immers het niet kunnen overdragen werd hoofdregel, terwijl het eerder in de rede zou hebben gelegen om meer marktdynamiek te introduceren door uit te gaan van overdracht en het onthouden van instemming aan bepaalde voorwaarden te binden. Een amendement heeft er toe geleid dat overdracht weer uitgangspunt is geworden (artikel 3.8).

Onbeantwoord blijft overigens ook de vraag wat nu precies onder overdracht moet worden verstaan. Gaat het bijvoorbeeld uitsluitend om het in handen geven van de vergunning aan een andere rechtspersoon of is een overdracht van een meerderheidsbelang in de vergunning houdende rechtspersoon of een andere vorm van overdracht van economische eigendom tevens relevant. Het zou onder meer gezien de motivering van de overdrachtsbeperking voor de hand liggen om dergelijke vormen van de facto overdracht tevens aan het toestemmingsvereiste te onderwerpen. Een ander aspect dat aandacht verdient is de situatie dat met een overdracht wordt ingestemd, waarbij tevens nieuwe beperkingen en voorschriften worden opgelegd (ex artikel 3.8, lid 2). Hierdoor kan de situatie ontstaan dat ook andere partijen die eerder niet in aanmerking kwamen voor de vergunning omdat zij niet voldeden aan de oorspronkelijke voorwaarden en beperkingen, ook in aanmerking zouden zijn gekomen wanneer de eerste vergunningverlening had plaats gevonden op basis van de gewijzigde voorwaarden en beperkingen. Voorts bestaat de kans dat gewijzigde voorwaarden en beperkingen op oneigenlijke wijze de marktverhoudingen kunnen beïnvloeden. In ieder geval zal een dergelijke vorm van overdracht c.q. wijziging vergezeld moeten gaan van een transparantie procedure waarbij derden in de gelegenheid zullen zijn van dergelijke voornemens kennis te nemen, daarop te reageren en daartegen in beroep te gaan.

Onder het kopje bijzonder gebruik van frequentieruimte worden twee onderwerpen behandeld die niets met elkaar te maken hebben. Artikel 3.9 gaat over de situatie dat vergunninghouders moeten samenwerken bij het gebruik van aan hen toegewezen frequentieruimte. De minister heeft dan bevoegdheden om geschillen te beslechten. Het tweede deel van de paragraaf (artikel 3.10) gaat over de mogelijkheid van de minister om bijzondere frequentieruimte toe te wijzen aan justitie en binnenlandse zaken. Van dit toestemmingsvereiste, zo staat te lezen in het derde lid, kan zelfs vrijstelling worden verleend. Ook hier is dus weer sprake van een ruime discretionaire kader ten behoeve van justitie en veiligheidsdiensten.

Tenslotte is in het hoofdstuk de door de Tweede Kamer voorgestelde en in het wetsvoorstel 'Veilen frequenties mobiele telecommunicatie' opgenomen regeling inzake het delen van antenne-opstelplaatsen overgenomen (artikel 3.11). Bij amendement is toegevoegd dat site sharing ook moet kunnen gelden voor omroepzendernetten.

Frequentie-bevoegdheden van minister overhevelen naar OPTA

Het meest discutabel aan het hoofdstuk over frequenties blijft het feit dat de minister uitsluitend bevoegd is met betrekking tot de verdeling van frequenties. Dit is opmerkelijk omdat ten aanzien van alle andere uitvoerende werkzaamheden uit hoofde van de Telecommunicatiewet de OPTA competent is. Deze discussie is reeds uitgebreider aan de orde geweest bij de behandeling van het wetsvoorstel voor de instelling van de OPTA.²⁶ De argumenten - het belang van frequenties en het feit dat zojuist de taken bij een afzonderlijke agency, de Rijksdienst voor de Radiocommunicatie, RDR, zijn ondergebracht - zijn weinig

²⁶.TK 1996-1997, nr. 25.128.

overtuigend en moeten worden afgezet tegen onder meer het feit dat veel operators een integratie van mobiele en vaste netwerken nastreven dan wel met veel vaste netwerken deels ook gebruik maken van frequenties. In dit laatste geval ontbreekt eenheid op uitvoeringsniveau en heeft men te maken met twee regulators. Systematisch gezien zou de minister inderdaad bevoegd moeten zijn om het frequentieplan op te stellen maar zou de toewijzing van vergunningen aan OPTA moeten worden toegekend. Hooguit zouden de frequenties die nu een voorrangspositie hebben (art. 3.3, lid 2: ‘frequentieruimte ten behoeve van de uitvoering van vitale overheidstaken, van het verzorgen van taken op het terrein van de publieke omroep (...) of ter uitvoering van een wettelijk voorschrift’) hiervan kunnen worden uitgezonderd. De Kamer heeft wel over dit onderwerp gediscussieerd, maar er bleek geen meerderheid voor het geheel of gedeeltelijk overdragen van de betreffende bevoegdheden. Wel is bepaald dat de OPTA door de minister moet worden geconsulteerd alvorens vergunningen voor openbare netwerken of diensten worden verleend (artikel 3.5, eerste lid).

Nummers

Nummerbeleid en nummerbeheer worden in hoofdstuk 4 behandeld. Nummers zijn een typisch voorbeeld van een uitvoeringsproblematiek, die weliswaar verstrekkende implicaties heeft, maar niet bij voorbaat de omslachtige regeling behoeft die nu wordt voorgestaan. In de wetgeving kan in beginsel worden volstaan met het aangeven van de reguleringsbevoegdheid in deze, en de verdere concretisering worden overgelaten aan het uitvoeringsniveau. De regeling inzake het verdelen van frequenties kan hier deels als voorbeeld dienen.

De vaststelling van nummerplannen, waarin wordt aangegeven welke bestemming aan nummers wordt toegekend, is een bevoegdheid van de minister. Vervolgens kunnen de nummers naar de aard van bestemming door OPTA worden uitgegeven. Ten einde te voorkomen dat nummers voor een andere bestemming worden gebruikt dan waarvoor zij zijn bestemd is een daartoe strekkend verbod opgenomen. Het is dus niet mogelijk een nummer dat in de categorie ‘gratis’ (de zogenaamde 0800-nummers) valt te gebruiken als ‘betaalnummer’ (de zogenaamde 0900-informatienummers).

Voor de verdeling van de nummers kan OPTA als gevolg van een amendement kiezen tussen drie verdeelinstrumenten: ‘first come, first served’, veiling en lotterij (artikel 4.2). Hiermee blijft een feit dat er frequenties en nummers niet dezelfde verdeelmethoden beschikbaar.

Weliswaar komt aan OPTA de bevoegdheid toe om nummers toe te wijzen, daarbij is de autoriteit gebonden aan bij algemene maatregel van bestuur te formuleren randvoorwaarden. Zo kunnen nummers worden toegewezen aan telecommunicatie-operators, telecommunicatie-dienstenaanbieders en aan natuurlijke of rechtspersonen die een openbare telecommunicatiedienst gebruiken, maar de minister kan bijvoorbeeld bepalen dat particulieren geen nummers kunnen krijgen ten behoeve van bepaalde bestemmingen. Daarbij moet gedacht worden aan het niet toestaan dat particulieren ‘bezit’ krijgen van hun eigen telefoonnummer. Anderzijds is al eerder een breuk met het verleden ingezet door telecommunicatie-dienstenaanbieders rechtstreeks gratis en informatienummers toe te wijzen. Doelmatigheidscriteria kunnen eveneens een beperking opleveren ten aanzien van de

toebedeling van nummers. Zo kan toekenning worden geweigerd als onduidelijk is of de nummers ook daadwerkelijk in gebruik worden genomen. Dit kan betekenen dat ondernemingsplannen moeten worden overgelegd ten einde vast te stellen of er voldoende financiële middelen zijn. Dit is een verstreckende bevoegdheid en men kan de vraag stellen of het belang van de overheid niet op andere wijze voldoende kan worden zeker gesteld, bijvoorbeeld door te volstaan met een bankgarantie of door de termijn van ingebruikname te bekorten. In artikel 4.4 was oorspronkelijk bepaald dat OPTA nummers voor maximaal drie jaar nummers mag reserveren. Bij nota van wijziging is dit gewijzigd in een bevoegdheid voor OPTA voor de maximale duur van drie jaar reserveringen toe te staan. De regels voor reserveren komen grotendeels overeen met die voor toekenning. Van bijzonder belang is de bevoegdheid om een toekenning of reservering te wijzigen of in te trekken. In feite gaat het om een zelfde problematiek als ten aanzien van frequenties (ook nu ontbreekt de mogelijkheid van voorwaardelijke wijziging of intrekking). Toewijzingen kunnen worden gewijzigd, waarbij het niet uitsluitend om de omvang van de toegekende nummers gaat of om administratieve aanpassingen, maar waarbij de wijziging in feite neer kan komen op een overdracht van nummers. Uit de wet, die in de bij het parlement ingediende versie in dit hoofdstuk de term overdracht niet als zodanig bezigt - in hoofdstuk drie wordt ten aanzien van frequenties wel expliciet van overdracht gesproken - maar overdracht in de vorm van een 'wijziging' dus wel mogelijk maakt, blijkt opnieuw niet dat voor een overdracht van nummers een transparante procedure moet worden gevolgd en niet uitsluitend kan worden volstaan met het aantekenen van de overdracht in het openbare nummerregister. In het geval van intrekking meldt de toelichting nog wel dat het onder meer noodzakelijk zal zijn om alle omstandigheden in ogenschouw te nemen, zoals het belang van de eventuele gebruikers van de toegekende nummers. Interessant dat dit hier in de toelichting bij het artikel wordt gemeld, terwijl een vergelijkbare passage bij etherfrequenties ontbreekt. Kennelijk worden de specifieke gebruikersbelangen bij de ether van ondergeschikt belang geacht.

Tegelijkertijd met het mogelijk maken van de overdracht van nummers, heeft de Kamer de wet zodanig gewijzigd dat handel in nummers wordt tegengegaan (artikel 4.7, lid 4 sub b). Het onderscheid tussen overdracht en handel moet vooral gezocht worden in het speculatieve aspect van handel. Het is niet de bedoeling dat een 'normale' zakelijke transactie waarvan de overdracht van nummers deel uitmaakt (bijvoorbeeld bij de overname van een bedrijf) wordt belemmerd.

Een toekenning of reservering van een nummer zou op grond van het oorspronkelijke wetsvoorstel moeten worden ingetrokken wanneer een 'erkende instelling' om intrekking vraagt nadat zij van oordeel is dat de houder van een nummer in strijd heeft gehandeld met een op te stellen gedragscode. Het is echter onwenselijk om dergelijke verstreckende consequenties te verbinden aan het eventuele oordeel van een zelfregulerings instantie. Bovendien ontstaat er zo een situatie dat de OPTA zowel op grond van een eigen beoordeling als via een gebonden beschikking (het opvolgen van een oordeel van de zelfregulerings instantie tot intrekking kan overgaan. Het oordeel of er eventueel sprake is van een vorm van gebruik van nummers die niet wenselijk is, dient bij voorkeur altijd genomen te worden door de OPTA. Niet alleen is het wenselijk dat er zoveel mogelijk naar eenheid van toezicht wordt gestreefd, ook is OPTA met meer waarborgen omkleed en in de positie om ook andere belangen dan die van de bij de zelfregulering betrokken markt- en consumentenpartijen te laten meewegen. Aan de problematiek zijn namelijk tevens vraagstukken met een meer

fundamenteel karakter verbonden.²⁷ In ieder geval is het raadzaam om de een dergelijke automatische intrekking als gevolg van een oordeel van de zelfregulerende instantie minder prohibitief te maken. Dat een uitspraak van de zelfregulerende instantie tot intrekking *kan* leiden ligt meer voor de hand. Bij amendement heeft de Tweede Kamer tot een overeenkomstige wijziging (zie artikel 4.7).

ONP-achtige voorwaarden zijn terug te vinden in de artikelen 4.8 en 4.9. Houders van nummers die deze in gebruik geven bij anderen moeten dit doen op niet-discriminerende en transparante wijze met gebruikmaking van objectieve criteria. Deze bepaling richt zich onder meer op marktpartijen als PTT Telecom die grote blokken nummers ten behoeve van individuele gebruikers krijgen toegewezen. De verdeling binnen die toegewezen blokken van bijvoorbeeld ‘mooie’ nummers moet aan de genoemde randvoorwaarden voldoen. Het betreft hier een interessante problematiek: kan bijvoorbeeld PTT Telecom aantrekkelijke nummers gaan veilen? Op zich zou in een dergelijke situatie sprake kunnen zijn van objectieve criteria, non-discriminatie en transparantie. Artikel 4.9 handelt over nummerportabiliteit. Bij algemene maatregel van bestuur aan te wijzen aanbieders van eveneens aan te wijzen categorieën van telecommunicatiediensten kunnen worden verplicht om abonnee’s nummers te laten ‘meenemen’ wanneer zij van operator willen veranderen. Het artikel richt zich in eerste instantie tot de aanbieders van telecommunicatiediensten, maar aanbieders van onderliggende netwerken dienen er eveneens voor te zorgen dat nummerportabiliteit technisch mogelijk is. Om de kosten van nummerportabiliteit in de gaten te houden, worden bij AMvB regels gesteld met betrekking tot de doorberekening van kosten.

Het is niet vreemd wanneer men aan het einde van hoofdstuk vier tot de conclusie komt dat het in belangrijke mate dezelfde problematiek behandelt als hoofdstuk drie. In beide hoofdstukken gaat het om een vergunningstelsel ten aanzien van schaarse goederen. Desalniettemin is te constateren dat op diverse onderdelen de systematiek en voorwaarden verschillen zonder dat daartoe een specifieke noodzaak gegeven is. Het ware beter geweest om beide hoofdstukken nader op elkaar af te stemmen.

‘Graafrechten’

²⁷.N.A.N.M. van Eijk, >Nummers= in: Computerrecht 1996-5, p. 166-169.

Sinds de interimwetgeving, staat het vraagstuk van de graafrechten prominent in de belangstelling. Hieronder wordt met name verstaan 'de gedoogplicht ten aanzien van de aanleg, instandhouding en opruiming van kabels', het onderwerp van hoofdstuk 6 van de Telecommunicatiewet. Onder de Wet op de Telecommunicatievoorzieningen was het een weinig controversieel onderwerp. In de artikelen 31 t/m 40 werd bepaald dat een ieder verplicht was om de aanleg van kabels door de concessiehouder te gedogen. De gedoogregeling geldt voor wat betreft lokale kabels alleen voor openbare gronden. Bij interlokale en internationale kabels heeft het recht betrekking op alle gronden behalve afgesloten tuinen en erven die met de woning een geheel vormen. Voor huisaansluitkabels en voor luchtlijnen zonder aanraking of aanhechting is het gedoogrecht van toepassing op alle gronden.²⁸ Indien er geen overeenstemming met grondeigenaren kan worden bereikt, kan de minister in het geschil een beschikking treffen. Eventuele schade dient te worden vergoed, maar beperkt zich bij openbare gronden tot een vergoeding van de kosten 'der voorzieningen en van de meerdere kosten van onderhoud'. Een vergoeding voor het gedoogrecht als zodanig is daarmee uitgesloten. Al met al is het een ruime regeling die de concessiehouder een sterke positie verschaft. Anderen dan de concessiehouder hadden onder de oorspronkelijke tekst van de WTV geen aanspraak op gedoogrechten. Voor draadomroepinrichtingen en andere kabelwerken (kabeltelevisienetten en infrastructuur voor besloten bedrijfstoeepassingen) dienden de machtigingshouders zelfstandig tot overeenstemming te komen met de grondeigenaren. In voorkomende gevallen leidde dit er toe dat bijvoorbeeld gemeenten overgingen tot het instellen van een precario-heffing. De gedoogregeling is vervolgens een eerste maal uitgebreid naar kabels voor vergunninghouders (mobiele telecommunicatie) wanneer die zelf kabels aanleggen nadat de concessiehouder niet tot de levering van de benodigde voorzieningen was overgegaan.

Een meer fundamentele wijziging vond plaats in het kader van de interimwetgeving. De 'graafrechten' werden uitgebreid tot de houders van infrastructuurvergunningen, die voor deze rechten ook weer plichten kregen opgelegd (o.a. OPN-regels en universele dienstverleningsverplichtingen). De aard en omvang van de gedoogrechten veranderde niet, maar de bepalingen uit de WTV werden tevens van toepassing verklaard op infrastructuurvergunningen. Via een amendement werd nog vastgelegd dat voor het overige de status quo met betrekking tot precariorechten niet mocht worden gewijzigd.²⁹

In het ontwerp voor de Telecommunicatiewet stond oorspronkelijk te lezen dat de gedoogrechten van toepassing zouden zijn op kabels ten dienste van een openbaar telecommunicatienetwerk of van een omroepnetwerk. Daarmee zouden de rechten met name worden uitgebreid naar de kabeltelevisienetten en van toepassing zijn op alle vormen van infrastructuur waaraan eventueel bijzondere verplichtingen zouden kunnen worden verbonden. In de tekst die aan het parlement is toegezonden wordt dit bredere gedoogrecht gehandhaafd, maar niet dan nadat het kabinet een negatieve beslissing nam ten aanzien van het mogelijk invoeren van een generiek recht op een precario-vergoedingen voor het leggen van kabels. Zelfs het netwerk van de voormalige concessiehouder zou in dit alternatief voortaan door de gemeenten worden 'belast'. De belangrijkste motivering voor deze mogelijke standpuntswijziging lag in het feit dat de gemeenten door de oorspronkelijke tekst

²⁸.TK 1987-1988, 20369, memorie van antwoord.

²⁹.TK 1995-1996, 24.163, nr. 26.

een inkomstenbron zouden kwijt raken.

Terecht heeft kabinet het alternatief afgewezen. Gemeenten zouden hiermee als lokale instituties een te grote greep hebben gekregen op de ontwikkeling van de telecommunicatiesector, die primair een landelijk en internationaal karakter kent. Er zou een remmend karakter van zijn uitgaan op de verdere ontwikkeling van competitieve infrastructuur. Nieuwe operators zouden immers met extra kosten worden geconfronteerd terwijl de concessiehouder in een gunstigere positie zou komen aangezien hij reeds inkomsten heeft staan tegen over de extra kosten. Nieuwe marktpartijen zouden vergelijkbare inkomsten eerst na bepaalde tijd hebben opgebouwd. Verder moet niet uit het oog worden verloren dat zich een substantiële overgangsproblematiek zou gaan voordoen. Nog maar zeer recent zijn meer dan 1500 infrastructuurvergunningen verleend met een duur van twintig jaar. Onderdeel van die vergunning is de toekenning van graafrechten. Bovendien moest voor het verkrijgen van de vergunning een businessplan worden overgelegd. Voor zover bekend heeft geen van de partijen daarin voorzien dat er precariorechten verschuldigd zijn. Er zou zich bij invoering van een generiek precariorecht dan ook een aantasting van de rechtszekerheid voordoen waarvan het de vraag is of deze in stand zou kunnen blijven. Ook zou een onduidelijk situatie zijn ontstaan ten aanzien van de tarieven. Waarschijnlijk zouden de gemeenten als beheerders/eigenaar van de openbare grond in de verleiding komen om hun exclusieve positie uit te buiten en discriminerende tarieven te hanteren. Belangrijke afwijzingsgrond voor het kabinet was evenwel het gegeven dat de tarieven zouden worden doorberekend aan de consumenten. Deels volgt dit min of meer voort uit de wijze waarop KPN haar tarieven aan de consumenten mag/moet doorberekenen. Om de gemeenten nog enigszins tegemoet te komen zal de Staat hen voor gedeelde inkomsten compenseren. Deze compensatie beperkt zich slechts tot de draadomroepinrichtingen. Met de Vereniging van Nederlandse Gemeenten zal over de uitwerking van de compensatieregeling worden overlegd.

Weliswaar is een generiek precario-recht afgewezen en geopteerd voor een algemeen gedoogrecht, maar men kan ter discussie stellen of het gedoogrecht zoals nu neergelegd in de wet niet een wel erg ruime formulering kent. Het creëert een wel zeer sterk recht voor operators waartegenover een forse aantasting van eigendomsrechten staat. Dit is met name relevant bij particulieren. Interlokale en internationale kabels mogen in beginsel onbeperkt in particuliere grond (met uitzondering van afgesloten tuinen en erven die met bewoonde percelen één geheel vormen) worden aangelegd. Een alternatief dat had kunnen worden overwogen is het inperken van dit recht tot particulieren 'met een aanmerkelijke macht' op de 'markt' van graafrechten, zoals grootgrondbezitters of eigenaren van strategisch gelegen particuliere gronden. Dit zou ook het probleem oplossen dat mogelijk ontstaat omdat de gronden van de NS niet langer als openbare grond worden aangemerkt en mitsdien onder een lichtere gedoogplicht komen te vallen. Dat de NS als een op termijn te privatiseren onderneming niet meer over 'openbare grond' beschikt, is te billijken, maar tegelijkertijd moet niet uit het oog worden verloren dat NS ook een van grootste grondeigenaren is met mogelijk een aanmerkelijke macht op markt van voor telecommunicatiedoeleinden relevante gronden.

Voor zover gemeenten menen bevoegdheden te moeten claimen ten einde te voorkomen dat permanent de straten open liggen, wordt hier in door het voorstel voorzien. De gemeenten krijgen een coördinerende bevoegdheid ten aanzien van de op hun grondgebied uit te voeren werkzaamheden. Deze bevoegdheid betreft niet alleen de openbare grond maar omvat ook de

particuliere grond waarop eventueel gedoogrechten rusten. Naar mijn mening gaat deze laatste bevoegdheid te ver en biedt dit de gemeente een ongewenste ruimte om ook zeggenschap uit te oefenen over kabels die niet in de openbare grond worden gelegd. Slechts wanneer hieraan openbare orde aspecten zijn verbonden zou een zekere (deel)verantwoordelijkheid van gemeenten op de plaats zijn. De noodzaak daartoe wordt nog eens onderstreept door het feit dat bij de uitoefening van de coördinatiebevoegdheid ook werkzaamheden kunnen worden betrokken met een andere belang dan het belang waarin de wet voorziet. Het gaat dan bijvoorbeeld om het leggen van leidingen voor nutsvoorzieningen. De wet bepaalt weliswaar nog wel dat de coördinatiebevoegdheid niet mag leiden tot 'zodanige vertraging van voorgenomen werkzaamheden dat redelijkerwijs niet meer kan worden gesproken van gedogen ..', maar dit laat veel ruimte voor uitleg. In feite wordt ten opzichte van de oude situatie een extra laag ingevoegd. Immers bij eventuele geschillen blijft de OPTA bevoegd om een beschikking te nemen wanneer er geen overeenstemming kan worden bereikt over de gedoogrechten. Echter, de OPTA is vreemd genoeg niet bevoegd ten aanzien van geschillen met betrekking tot de coördinatiebevoegdheid. Op dit punt had beter aan OPTA de taak kunnen worden gegeven om richtlijnen uit te vaardigen en geschillen op te lossen. Gemeenten zouden verplicht moeten zijn om eventuele regelingen ter goedkeuring of ter kennisneming aan OPTA te doen toekomen.

Zoals dat al het geval is bij antenne-opstelpunten, geldt op grond van artikel 5.10 (in de wet gebracht bij amendement) dat aanbieders van openbare telecommunicatienetwerken en omroepnetwerken over en weer verplicht zijn te voldoen aan redelijke verzoeken tot het medegebruik van voorzieningen terzake van aanleg en instandhouding van kabels.

Interconnectie en bijzondere toegang

Volgens de definitiebepaling - die nog in het ontwerp stond, maar in het wetsvoorstel alleen nog in beperkte vorm in de memorie van toelichting is terug te vinden - gaat het bij interconnectie om het fysiek en logisch verbinden van telecommunicatienetwerken. Met interconnectie wordt gestreefd naar 'interoperabiliteit'. Hierdoor zijn abonnees van verschillende diensten of netten in de gelegenheid om met elkaar te communiceren. Spraaktelefonie is de dienst die het meest direct is gebaat bij interconnectie en was de dienst waarvoor reeds in de WTV interconnectie verplichtingen waren opgenomen. In de Telecommunicatiewet wordt interconnectie uitgebreid tot alle openbare telecommunicatiediensten voor eindgebruikers. Dit impliceert dat er ook interconnectie verplichtingen gelden met betrekking tot de mobiele spraaktelefonie. De wet schrijft voor dat er tussen aanbieders van openbare netwerken en openbare telecommunicatiediensten overeenkomsten moeten worden afgesloten, die bij de OPTA moeten worden gedeponereerd en hebben als zodanig - met uitzondering van bedrijfsvertrouwelijke gegevens - een openbaar karakter. Op dit moment kunnen derden geen inzage krijgen in afgesloten interconnectie-overeenkomsten. OPTA heeft niet alleen de mogelijkheid om ontheffing te verlenen met betrekking tot het sluiten van een interconnectie-overeenkomst, maar kan ook wijzigingen voorstellen indien de overeenkomsten strijdig zijn met het bij of krachtens de wet bepaalde. Niet onvermeld mag blijven dat de minister bij of krachtens AMVB nadere regels kan stellen over interconnectie. De ruim geformuleerde bevoegdheid wordt niet nader toegelicht, maar herbergt een gevaar in

zich. De minister vaardigde toen zij onder de WTV nog de bevoegdheden inzake interconnectie had zogenaamde richtsnoeren uit voor de wijze waarop geschillen zouden worden beslecht. OPTA, die nu belast is met de geschillenbeslechting, is niet gebonden aan deze richtsnoeren en zou eigen beleidsregels kunnen opstellen. Via de bevoegdheid om nadere regels te kunnen stellen bij AMVB bestaat er de mogelijkheid dat OPTA wordt overruled.

Er is bij marktpartijen met name discussie ontstaan over de wijze waarop geschillen over interconnectie beslecht gaan worden. OPTA heeft op grond van artikel 6.3 de bevoegdheid om regels te stellen die tussen partijen gaan gelden wanneer zij niet tot een overeenkomst komen.

Naast de algemene verplichting van een interconnectie-overeenkomst, gelden er aanvullende voorwaarden met betrekking tot de interconnectie wanneer er sprake is van - door OPTA aan te wijzen - aanbieders met een aanmerkelijke macht op de markt. De kring van aanbieders die hieronder kan vallen is groot: aanbieders van vaste openbare telefoonnetwerken en vaste openbare telefoondiensten, de aanbieders van mobiele openbare telefoonnetwerken en mobiele openbare telefoondiensten, en de aanbieders van huurlijnen. Het college kan ook partijen aanwijzen die in een combinatie van mobiel en vast over een aanmerkelijk belang beschikken. Van een aanmerkelijk belang is sprake wanneer het betreft aanbieders met een aandeel op de relevante markt van 25%. OPTA mag hier naar boven en naar beneden van afwijken. Wat onder een relevante markt wordt verstaan wordt in ieder geval niet in de wet noch in de memorie van toelichting erg duidelijk. In het Europese kader ligt dat overigens niet veel anders.

De betreffende marktpartijen moeten ex artikel 6.5 voldoen aan een Open Network Provision-regime (ONP). Zij moeten iedereen onder gelijke voorwaarden en onder gelijke omstandigheden interconnectie verlenen. Er mogen een andere voorwaarden worden gehanteerd dan men voor zichzelf of dochterondernemingen hanteert. Op aanvraag moet alle benodigde informatie worden verstrekt inclusief gegevens over voorgenomen wijzigingen binnen de komende zes maanden. Hiermee wordt onder andere voorkomen dat interconnectie-zoekende partijen niet op de hoogte zijn van bijvoorbeeld nieuwe diensten die een operator op zijn netwerk wil implementeren. Informatie die door de interconnectie-zoekers wordt verstrekt mag uitsluitend worden gebruikt voor het doel waarvoor deze werd verstrekt. Er moeten dus zogenaamde 'chinese walls' bestaan. Het mag niet zo zijn dat informatie over de gevraagde capaciteit of over de gerealiseerde afname van diensten wordt doorgespeeld aan de marketingafdeling. Artikel 6.6 voeg hier aan toe de verplichting om transparante, kost-georiënteerde en voldoende uitgesplitste tarieven te hanteren. Er kunnen ministeriële regels worden gesteld omtrent de te hanteren kostentoe rekeningsmethodiek. OPTA moet met dit systeem instemmen. Hier is opnieuw te zien hoe moeilijk het onderscheid tussen beleid en uitvoering ligt. In vele buitenland is de kostentoe rekeningsmethodiek geheel in handen van de onafhankelijke toezichthouder. Dat deze nu bij de minister ligt is des te opmerkelijker omdat momenteel op grond van artikel 34 OPTA-wet OPTA wel bevoegd is. Er wordt hier dus een eerder toegekende bevoegdheid ontnomen. Aan de lijst met voorwaarden voegt artikel 6.7 toe dat het college een zogenaamde 'referentie-aanbieding' kan voorschrijven. Deze omkering van het initiatief maakt het voor marktpartijen inzichtelijker wat het aanbod van een operator is. Tenslotte geldt er in beginsel nog een verplichting tot het houden van een gescheiden boekhouding van de interconnectie- en andere activiteiten.

Interessant wordt het wanneer we naar de regels voor bijzondere toegang kijken. Bijzondere toegang is de toegang tot een telecommunicatienetwerk op andere punten dan de netwerkaansluitpunten die aan de meeste gebruikers worden aangeboden (artikel 1.1 onder j. Hier dus in tegenstelling tot interconnectie wel een bijzondere definitiebepaling). Voorbeelden van bijzondere toegang zijn personal numbering en carriersselectie.

Het regime voor bijzondere toegang wijkt af van dat voor interconnectie. Alleen de regels ex artikel 6.5 zijn voor iedereen die interconnectie moet bieden van toepassing. Aanbieders van vaste openbare telefoonnetwerken moeten ook voldoen aan artikel 6.6, maar de mogelijkheid tot het opstellen van referentie-aanbieding of de verplichting tot een gescheiden boekhouding gelden niet voor bijzondere toegang. Wel kunnen er nog nadere regels bij of krachtens AMVB worden gesteld. De consequentie van dit stelsel is dat een mobiele operator met een aanmerkelijke macht - maar niet tevens aanbieder van vaste telefoonnetwerken - (lees: Libertel) in het geval van bijzondere toegang geen kostengeoriënteerde en uitgesplitste tarieven behoeft te hanteren. Anderzijds moet PTT Telecom omdat zij zowel een vast als mobiel net exploiteert weer wel aan deze voorwaarden voldoen. Deze inconsequenties zijn slechts te verklaren uit het feit dat klakkeloos het regime - c.q. de politieke compromissen - van de Europese richtlijnen zijn overgenomen. Een meer systematische benadering wordt kennelijk niet voorgestaan, ondanks dat inmiddels wel duidelijk is dat de problematiek van bijzondere toegang niet onderdoet bij die van de interconnectie (mede als gevolg van het soms vage onderscheid tussen beide).

In artikel 6.9, lid 4 is bepaald dat de minister ontheffing kan verlenen van de verplichting tot het leveren van bijzondere toegang indien de bijzondere toegang betrekking heeft op de verzorging van openbare telecommunicatiediensten van en naar een ander land, en de naleving van de verplichting tot een verstoring van de mededinging leidt. In het ontwerp stond oorspronkelijk in hoofdstuk zeven een artikel dat - met uitzondering van EU-landen - een reciprociteitsbeginsel geïntroduceerd voor het aanbieden van openbaar telefonieverkeer vanuit het buitenland in Nederland of vanuit Nederland naar het buitenland. Voor het verzorgen van dergelijk internationaal telefoonverkeer zou een vergunning nodig zijn. Het is de vraag of van een dergelijke rigide stelsel effectief zou blijken te zijn (zoals nu kennelijk ook de wetgever zich lijkt te hebben gerealiseerd). De landen waarmee intensief telefoonverkeer plaats heeft zijn meestal reeds geliberaliseerd op een wijze als met het artikel beoogd. Anderzijds is het de vraag wat het belang is om bepaalde niche-markten af te schermen via dit artikel. In dergelijke gevallen zal waarschijnlijk meer bereikt kunnen worden in het kader van algemeen handelsoverleg tot Nederland en het betrokken land. Een verbod zou hooguit hebben geleid tot meer creativiteit bij operators, die telefoonverkeer naar 'verboden landen' zullen afhandelen via u-bochtconstructies. Tenslotte bestaat het gevaar van een ricochet-effect omdat buitenlandse vergelijkbare beperkingen zullen inroepen tegen Nederlandse marktpartijen. Juist doordat een specifiek vergunningvereiste ontbreekt voor internationale telefonie hebben Nederlandse partijen een sterke onderhandelingspositie bij het zich toegang verschaffen tot buitenlandse markten.

Open netwerk voorziening, huurlijnen en telefonie

Twee Europese richtlijnen behandelen ONP in relatie tot respectievelijk huurlijnen en spraaktelefonie. Dit is de belangrijkste reden waarom er een afzonderlijk hoofdstuk gaat over huurlijnen en telefonie. De titel is niet geheel juridisch correct omdat - naast huurlijnen - uitsluitend spraaktelefonie aan de orde. Ook is het aardig om te constateren dat de term 'vaste verbindingen' zoals gebruikt in de WTV niet meer wordt toegepast. Een kleine overwinning voor het 'gewone spraakgebruik'.³⁰

Het zal geen verbazing wekken dat voor huurlijnen en telefonie vrijwel identieke voorwaarden gelden als voor interconnectie. Deze voorwaarden zijn ook nu weer bedoeld voor aanbieders met een aanmerkelijke macht op de relevante markt. Meer in het bijzonder worden regels gesteld met betrekking tot a) de voorwaarden voor levering en gebruik, b) de capaciteit, kwaliteit en eigenschappen van het aanbod, c) de tarieven, d) het verstrekken van informatie over het aanbod ten behoeve van gebruikers en e) voor wat betreft huurlijnen moet hier nog aan toe worden gevoegd het stellen van regels over tarieven en het voeren van een gescheiden boekhouding. Deze twee (d en e) en het regelen van aanvullende faciliteiten alsook de toegang tot een vast openbaar telefoonnet zijn optioneel voor wat betreft spraaktelefonie. Aanbieders van spraaktelefonie moeten verder hun abonneegegevens onderling uitwisselen in verband met de uitgifte van telefoongidsen en de beschikbaarheid van een abonnee-informatiedienst en mogen geen belemmeringen opwerpen voor het gebruik van alarmnummers.

Voor eventuele conflicten inzake deze ONP-regels schrijft het Europese kader voor dat wordt voorzien in een geschillenregeling. De wet volstaat met een zeer summiere regeling op dit punt. De OPTA zal bevoegd zijn, maar bij algemene maatregel van bestuur worden de procedure en nadere regels vastgesteld.

Op grond van de tekst van de wet die aan het parlement werd voorgelegd was het mogelijk dat aanbieders met een aanmerkelijke macht op de markt tot zogenaamde 'tariefsdifferentiatie' zouden kunnen overgaan. Daarmee is het bijvoorbeeld mogelijk dat op regionale markten met concurrentie andere (lees: lagere) tarieven worden gehanteerd dan in de rest van het land. De Kamer vond evenwel dat tariefsdifferentie slechts behoorde te worden toegestaan wanneer er sprake zou zijn van voldoende concurrentie op de betreffende markt (artikel 7.3, eerste lid, onderdeel c; artikel 7.4, tweede lid, onderdeel a).

De omroep en voorwaardelijke toegangssystemen

³⁰.TK 1987-1988, 20.369, nr. 3.

Een vreemde eend in de bijt vormt de uitzonderingspositie die in hoofdstuk acht wordt toegekend aan de 'omroep'. Zoals reeds aangegeven bij de beschrijving van het definitiehoofdstuk kent de wet een bijzondere betekenis toe aan 'omroepnetwerken' en 'omroepzendernetwerken'. Omdat het netwerken betreft waaraan volgens de memorie van toelichting een aansluitpunt - als gedefinieerd in het eerste hoofdstuk de wet - ontbreekt, worden zij apart behandeld. Ook zouden radio- en televisietoestellen geen randapparaat zijn. Dit is niet een sterke argumentatie. Allereerst is zij te sterk technologie bepaald en wordt onvoldoende rekening gehouden met convergenties die zich voordoen. Functionaliteiten van omroepnetwerken en telecommunicatienetwerken worden bijvoorbeeld in toenemende mate op niet te onderscheiden wijze gecombineerd. Ook is de stelling dat radio- en televisietoestellen geen randapparaten zijn in de zin van de wet onjuist dan wel betwistbaar. Randapparaten³¹ zijn volgens de definitiebepaling in artikel 1.1 sub x niet alleen apparaten die rechtstreeks op netwerkaansluitpunten kunnen worden aangesloten, maar omvat ook apparaten die 'kunnen dienen voor interactie met een openbaar telecommunicatienetwerk via directe of indirecte aansluiting op netwerkaansluitpunten ten behoeve van de overbrenging, verwerking of ontvangst van informatie'.

Evenzo zeer had er voor kunnen worden gekozen om de omroepnetwerken onder te brengen in het algemene regelkader voor openbare telecommunicatienetwerken en de omroepzendernetwerken te behandelen in hoofdstuk drie over frequentiebeleid en frequentiebeheer. Eventuele problemen met radio- en televisietoestellen passen beter in het hoofdstuk over randapparatuur.

Voor wat betreft de omroepnetwerken (kabeltelevisienetten) wordt in artikel 8.1 een koppeling gelegd met de bepaling in de Mediawet over de verplicht door te geven programma's (het 'must carry'-pakket). Vanuit de redenering dat de samenstelling van een dergelijk programmapakket een culturele/inhoudelijke kwestie is, kan worden verklaard dat dit onderwerp binnen het kader van de Mediawet valt. Dit wordt nog verstrekt door de bepaling dat het Commissariaat voor de Media toeziet op de naleving van deze bepaling. Echter, in artikel 8.2 wordt vervolgens bepaald dat OPTA geheel of gedeeltelijke ontheffing van deze verplichting kan verlenen wanneer het gaat om een aanbieder van een omroepnetwerk die in zijn verzorgingsgebied niet beschikt over een aanmerkelijk belang op de markt. Dit is eigenaardig: OPTA krijgt een vrijwel ongelimiteerde bevoegdheid om het must carry-pakket in bepaalde gevallen te beperken. Het is onduidelijk waarom dit nu in eens niet meer als een culturele/inhoudelijke beoordeling wordt gezien. In ieder geval kan geconstateerd worden dat ten aanzien van het 'must carry'-pakket zowel het Commissariaat voor de Media als OPTA bevoegdheden hebben. Het is systematisch juist om of alle bevoegdheden in deze onder te brengen bij een toezichthouder. Een vergelijkbaar fenomeen doet zich voor met het tweede lid van artikel 8.1. Hierin wordt bepaald dat de aanbieder van een omroepnetwerk de vergoedingsregels (lees: tarieven) in acht moet nemen die bij of krachtens de Mediawet zijn bepaald. Maar OPTA is vervolgens degene die met de handhaving van deze bepaling is belast.

³¹.De definitie stelt weliswaar dat het moet gaan >apparaten die *bestemd* zijn om op een openbaar telecommunicatienetwerk te worden aangesloten=, maar nu het niet gaat om een exclusieve of primaire bestemming, is ieder apparaat dat tevens - direct of indirect - kan worden aangesloten op een openbaar telecommunicatienetwerk een randapparaat in zin van de wet.

Overigens zou de argeloze lezer wellicht tot de gedachte kunnen komen in verband met nieuwe de regulering van omroepnetwerken, een aantal regels inzake omroepnetwerken komen te vervallen. Zo verdwijnen de recentelijk uit de Mediawet overgekomen verplichtingen uit artikel 22e WTV (onverkorte en gelijktijdige uitzending) en artikel 22f WTV (smaller basispakket indien door abonnee gewenst). Dit blijkt bij nadere bestudering van de overgangsbepalingen niet het geval. De betreffende regels keren weer terug in de Mediawet.

Aan omroepzendernetwerken wordt slechts één bepaling gewijd. Artikel 8.3 bepaalt dat de minister tenminste één aanbieder kan aanwijzen van een omroepzendernetwerk ten behoeve van de publieke omroep. Deze aanwijzingsbevoegd – voor zover nodig - kan eenvoudig in hoofdstuk drie worden ingebed, dan wel gezien worden als een te waarborgen vorm van universele dienstverlening

Systemen voor voorwaardelijke toegang

In 1995 vaardigden de Europese Raad en het Europese parlement een richtlijn uit over het ‘gebruik van normen voor het uitzenden van televisiesignalen’. De richtlijn schrijft voor dat bij ‘digitale televisiediensten’ het uitgangspunt van eerlijke, redelijke en niet-discriminatoire voorwaarden moet gelden. Op deze wijze zou moeten worden voorkomen dat - zoals dit bij de analoge televisiediensten het geval is - gebruik wordt gemaakt van gesloten transmissie en decoderstandaarden waarvan slechts geselecteerde partijen gebruik mogen maken. Overigens heeft de richtlijn niet kunnen voorkomen dat er ook rond de ‘digitale decoder’ een richtingstrijd heerst, waarvan de controle over de consument het belangrijkste aspect is. Verschillende digitale decoders zijn reeds op de markt zonder dat er sprake is van één standaard.

De richtlijn is de reden waarom in het ontwerp voor hoofdstuk acht een bepaling is opgenomen over ‘systemen voor voorwaardelijke toegang’. Het betreffende artikel 8.5 bevat in veel opzichten citaten uit de richtlijn. In de memorie van toelichting wordt gesteld dat een afzonderlijke bepaling in hoofdstuk acht op zijn plaats is omdat het gaat om de toegang tot netwerken en diensten. Voorwaardelijke toegangssystemen hebben weliswaar te maken met ‘digitale televisiediensten’ zijn dit beperkt hun relevantie niet tot uitsluitend omroepnetwerken en omroepzendernetwerken. De voorwaarden dienen in beginsel ook van toepassing te zijn op digitale televisiediensten die via andere netwerken worden verspreid. Een andere vraag die niet ongesteld kan blijven: waarom heeft de wetgever er niet voor gekozen om het onderscheid tussen analoge en digitale toegangssystemen te laten vervallen. Immers, ook bij analoge toegangssystemen doet zich een vergelijkbare problematiek voor, zoals al meerdere malen is gesignaleerd. Onder de WTV is het bijvoorbeeld niet mogelijk om voor analoge toegangssystemen regels te stellen over de verdeling van transportcapaciteit, tarieven en andere leveringsvoorwaarden. Het ontbreken van voldoende samenhang in het ontwerp voor de nieuwe wet wordt nog duidelijker wanneer wordt bedacht dat er voor digitale televisiediensten toezichtsregels (te handhaven door OPTA) van toepassing kunnen/moeten zijn die voor omroepnetten grotendeels worden afgeschaft. Immers, het sectorspecifieke toezicht op de toegang tot de kabel moet per 1 januari 1998 plaats maken voor toezicht op

grond van de Mededingingswet.

De Tweede Kamer blijkt de kritiek in belangrijke mate tot de zijne te hebben gemaakt. In amendementen is het onderscheid tussen analoog en digitaal verwijderd, door artikel 8.5 niet langer te beperken tot uitsluitend digitale televisiediensten. Ook is het sectorspecifieke toezicht op de kabel opnieuw ingevoerd. De OPTA krijgt dezelfde bevoegdheden als tot 1 januari 1998 bij het Commissariaat voor de Media lagen (artikel 8.7).

Universele dienstverlening

Als keerzijde van de liberalisering van de telecommunicatiesector, wordt in hoofdstuk negen de basis gelegd voor universele dienstverlening, een onderwerp waaraan in de WTV nog maar beperkt aandacht wordt besteed. Zoals de memorie van toelichting al stelt moet universele dienstverlening ruim worden opgevat. Er kunnen verplichtingen worden opgelegd ten aanzien van openbare telecommunicatiediensten en daarmee samenhangende voorzieningen. Belangrijkste kenmerk van deze universele dienstverlening is dat deze voor een ieder tegen een betaalbare prijs en in een bepaalde kwaliteit beschikbaar moet zijn. Er wordt ruimte gelaten op de nodige differentiatie aan te brengen.

Uitgangspunt is dat de universele dienstverlening door het normaal functioneren van de markt wordt en zal worden gegarandeerd. Indien dit niet het geval is kan voor een periode van ten hoogste vijf jaar universele dienstverlening worden opgedragen aan degene die de laagste totale netto kosten verwacht. Om tot deze 'gelukkige' te komen bevat hoofdstuk negen een ingewikkelde procedure, die er op neer komt dat in eerste instantie een soort van omgekeerd 'right of first refusal' wordt toegekend aan de degene die binnen het verzorgingsgebied op de relevante markt beschikt over een aanmerkelijke macht. Anderen dan de dominante marktpartij worden in de gelegenheid gesteld om de dienst voor een lager bedrag aan te bieden.

Voor het verzorgen van de opgedragen universele dienst kan een vergoeding worden verstrekt voor de gemaakte netto kosten. De financiering wordt verkregen door een heffing op andere aanbieders van dezelfde dienst afhankelijk van de door hen behaalde minimum-omzet. Alleen aanbieders van spraaktelefonie betalen voor de vervulling van gebreken in de universele dienstverplichting op het gebied van spraaktelefonie. Maatstaf is de behaalde jaaromzet. Dit betekent dat eventuele historische factoren niet in ogenschouw worden genomen, maar eerder een soort van omslagsysteem wordt gehanteerd. Andere bekende verdelingssystemen van de kosten die met universele dienstverlening samen hangen zoals een toeslag op de toegangstarieven ('access deficit charges') worden niet overwogen, althans door het wetsvoorstel uitgesloten.

Enige relativerende opmerkingen

De Telecommunicatiewet vervangt de lappendeken van de WTV door een meer gestructureerde wet. Tegelijkertijd wordt invulling gegeven aan de implementatie van de vele Europese richtlijnen. De wet geeft daarmee invulling aan een nadrukkelijke behoefte aan meer transparante wetgeving. Dit neemt niet weg dat er ook kanttekeningen bij het voorstel kunnen worden gemaakt. Dit is reeds gedaan bij de bespreking van de afzonderlijke hoofdstukken. Tot slot nog enige algemene opmerkingen.

De nieuwe Telecommunicatiewet kent in hoofdzaak een doorzichtige structuur en kenmerkt zich door een pragmatische benadering. Dit laat onverlet dat mogelijke verbeteringen kunnen worden aangebracht en op sommige punten verheldering dient te worden geboden. Het zal duidelijk zijn dat de gekozen pragmatische benadering ook haar natuurlijke grenzen kent. De Telecommunicatiewet zal over enige tijd - evenals haar voorganger de Wet op de Telecommunicatievoorzieningen - aan een fundamentele herziening toe zijn.

Het is jammer dat een duidelijk oogmerk ontbreekt, dan wel dat de doelstellingen van de wet slechts in de Memorie van Toelichting zijn te traceren. Europese richtlijnen, die aan de basis liggen van gekozen pragmatische benadering, verschaffen vooral middelen voor het bereiken van een bepaald doel, namelijk het vormen van een open en competitieve markt: In dit geval een open en competitieve telecommunicatiemarkt. Er dient voor te worden gewaakt dat de middelen niet de doelen gaan overschaduw. Interconnectie, nummerportabiliteit en ONP zijn slechts middelen en geen op zichzelf staande doelen. Het gaat er niet om dat er interconnectie-overeenkomsten komen, maar dat als gevolg van deze overeenkomsten een competitieve telecommunicatiemarkt tot ontwikkeling komt.

In het voorstel en in de kritiek van de Raad van State valt de permanente worsteling rond van toezicht en bevoegdheden op. Mijns inziens had de lat voor het onderscheid tussen beleid en uitvoering nog hoger moeten liggen. Sommige taken, die voornamelijk een uitvoerend karakter hebben, worden nog te gemakkelijk als beleid gezien en daarmee tot de ministeriële verantwoordelijkheid gerekend. In de wet is ogenschijnlijk een centrale rol weggelegd voor de Onafhankelijke Post- en Telecommunicatieautoriteit (OPTA). Naast OPTA worden er nog een aantal andere instituties geïntroduceerd of belast met 'regulator'-bevoegdheden. Daarbij springt de rol van de minister voor wat betreft frequenties het meest in het oog. Ondanks het feit dat convergentie ook van belang is voor de relatie tussen mobiele en vaste infrastructuur/diensten en operators meer en meer accenten leggen op de integratie van vast en mobiel, is de minister uitsluitend bevoegd ten aanzien het toewijzen van frequentiegebruik. Uitvoerende taken ten aanzien van frequenties hadden gewoon bij de OPTA moeten worden ondergebracht. In een aantal gevallen hadden bevoegdheden die nu op AMVB-niveau liggen aan OPTA kunnen worden overgelaten. Zo komt het in het buitenland voor dat de verantwoordelijkheid voor het nummerplan bij de onafhankelijke toezichthouder wordt gelegd.

Nico van Eijk
Amsterdam, 1 maart 2013

Versie: 2.0