

Betreft : consultatie herdelegatie ENUM
Aan : Ministerie van Economische Zaken,
Van : Prof. dr. N.A.N.M. van Eijk, Instituut voor Informatierecht (IViR)
Datum : 9 oktober 2006

Gaarne geef ik gehoor aan het verzoek om commentaar op het voorstel tot herdelegatie van de Nederlandse ENUM domeinnaamzone. Met name de volgende punten vergen mijns inziens nadere aandacht:

1. Bevoegdheid tot herdelegatie

Gebaseerd op de overgelegde informatie (met name de *Raadpleging herdelegatieverzoek ENUM door Stichting ENUM Nederland*, hierna ‘de Raadpleging’) gaat het om de - ongeclausuleerde en voor onbepaalde tijd - overdracht van de aan de Nederlandse overheid toegekende bevoegdheid tot beheer van ENUM in Nederland. Deze bevoegdheid zou volgens het voorstel worden overgedragen aan de Stichting ENUM Nederland.

In de raadpleging wordt niet ingegaan op de vraag hoe de voorgestelde constructie - een overeenkomst tussen DGET en de Stichting ENUM Nederland - zich verhoudt tot de relevante staatsrechtelijke context. In de kern wordt een aan de overheid toegekende bevoegdheid overgedragen aan een private partij. Het is zeer de vraag of een contractuele relatie als zodanig de basis kan zijn voor de overdracht van staatsbevoegdheden.

2. Ongedaan maken herdelegatie

De Raadpleging (p. 12) geeft aan dat er geen bevoegdheid van de overheid resteert om de herdelegatie ongedaan te maken. De overheid kan slechts RIPE/NCC verzoeken om de aan de Stichting ENUM Nederland verleende bevoegdheid in te trekken. Op grond van hetgeen in de Raadpleging is aangegeven, lijkt daarmee een situatie te ontstaan waarbij in voorkomende gevallen uitsluitend RIPE/NCC bepaalt of a) daadwerkelijk tot intrekking wordt overgegaan en b) de bevoegdheid weer bij de Nederlandse staat komt te liggen. De Nederlandse Staat is als zodanig geen direct betrokken partij meer.

3. Gesloten system van de Telecommunicatiewet

De Telecommunicatiewet bevat een gesloten systeem voor de regulering van nummers. ENUM valt onder de definitie van nummer in de Telecommunicatiewet. Derhalve dient het beheer binnen de Telecommunicatiewet te worden gereguleerd. De beoogde herdelegatie komt er in feite op neer dat de waarborgen van de Telecommunicatiewet worden omzeild. De Telecommunicatiewet voorziet noch in herdelegatie noch in de mogelijkheid om via een

contractuele relatie nadere invulling te geven. De noodzaak om ENUM in de Telecommunicatiewet in te kaderen wordt onderstreept door hetgeen in de Raadpleging wordt opgemerkt onder 11 sub a. Daar wordt ondermeer de relatie wordt gelegd tussen ENUM en de integriteit van het nummerplan. Voor zover hoofdstuk 4 Telecommunicatiewet onvoldoende rekening houdt met onderwerpen als ENUM, dient eerst tot aanpassing van de wet te worden overgegaan.

4. Vermenging publiek en privaatrechtelijk systeem

Door de beoogde herdelegatie treedt een vermenging op van een publiekrechtelijk systeem en een privaatrechtelijk systeem. Er bestaan substantiële verschillen tussen beiden. Zo is een publiekrechtelijke systeem met beduidend betere waarborgen omkleed waar het gaat om zaken als rechtsbescherming, toezicht en transparantie. Hiertegenover staat een privaatrechtelijk systeem dat slechts met zeer geringe waarborgen is omkleed: minder sterke rechtsbescherming en beheer door een intransparante organisatie die grotendeels zelf invulling kan geven aan haar taken. Juist het feit dat bij ENUM er een koppeling ontstaat tussen het gewaarborgde telefoonnummersysteem en adressering op het internet brengt met zich mee dat – mede om de integriteit van het nummerplan te waarborgen – de keuze voor een publiekrechtelijke inkadering meer voor de hand had gelegen.

5. Zelfregulering

De Raadpleging hinkt op twee met elkaar niet te verenigen gedachten. Enerzijds wordt het algemeen belang van ENUM meermalen onderstreept, anderzijds wordt zelfregulering als enige optie gezien. Zelfregulering pas bij een situatie waar er geen (relevant) algemeen wordt onderkend en autonomie in de eigen kring voorop staat. Het ligt daarom voor de hand om ENUM rechtstreeks onder de invloedssfeer van de overheid te houden en hooguit een model van co-regulering (waarbij er een onderliggende wettelijke grondslag is, waarborgen gereguleerd zijn, bevoegdheden weer kunnen worden teruggehaald, etc) te implementeren.

6. Stichting ENUM Nederland

In de Raadpleging wordt voorgesteld om tot herdelegatie over te gaan aan de Stichting ENUM Nederland. Daarmee wordt aan deze stichting een monopolie toegekend. Het is niet gebruikelijk om publiekrechtelijke monopolies te privatiseren, dan wel monopolies als zodanig in een private sfeer te creëren of te stimuleren. Ik volsta hier met een verwijzing naar de discussie rond de recente verkoop van Nozema. Voorafgaand aan de verkoop zijn ‘monopolie-activiteiten’ ondergebracht bij een nieuwe staatsonderneming (NOVEC) waarbij nadrukkelijk werd aangegeven dat vervreemding van NOVEC niet zal plaatsvinden. De Stichting ENUM Nederland is een personele unie met de SIDN. Daarmee wordt de bij de

SIDN bestaande intransparantie en zelfcoöptatie gecontinueerd. In de statuten van de Stichting ENUM Nederland zijn geen waarborgen ingebouwd op grond waarvan de overheid voorwaarden kan stellen, een rol kan spelen bij de benoeming van bestuurders of anderszins kan interveniëren.

Voorts kan niet worden voorbijgegaan aan het feit dat SIDN-belangen zullen prevaleren bij de besluitvorming binnen de Stichting ENUM Nederland (boven belangen van algemeen belang, zoals de integriteit van het nummerplan). In de Raadpleging wordt aan dit risico voorbijgegaan, evenmin wordt aangegeven waarom niet voor een openbare tender is gekozen zodat ook andere partijen zich als gegadigden hadden kunnen melden. Ik wijs in dit verband op de procedure die door Europese Unie is gevolgd bij de aanwijzing van een Registry voor het .eu-domein.

6. Voorwaarden en toezicht

Zelfs wanneer herdelegatie aan de Stichting ENUM Nederland zou plaats vinden, zullen afdoende waarborgen moeten worden ingebouwd in de vorm van contractuele voorwaarden en handhavingstoezicht. In de Raadpleging (p. 11) worden weliswaar randvoorwaarden genoemd, maar deze worden niet verder geconcretiseerd, noch wordt aangegeven hoe naleving is gegarandeerd. Begrippen als non-discriminatie, transparantie en kostengeoriënteerde tarieven zijn gekende begrippen in het telecommunicatierecht maar dan wel binnen een publiekrechtelijk inkadering en gereguleerd toezicht. Het zou meer voor de hand hebben gelegen wanneer er een expliciete bevoegdheid zou zijn gecreëerd waarbij OPTA vooraf geraadpleegd moet worden over de invulling van randvoorwaarden, voorstellen van OPTA dienaangaande bindend zijn en OPTA tevens gehouden is om (proactief) toezicht te houden op de Stichting ENUM Nederland. Recente ervaringen met zelfregulering in de telecommunicatiesector geven aan dat er de nodige reële risico's zijn te onderkennen.

7. Alternatieven

In de Raadpleging is voorbijgegaan aan mogelijke alternatieven, waarbij onder meer gedacht kan worden aan:

- a) geen herdelegatie en behoud van de onderliggende bevoegdheid bij de overheid;
- b) het onderbrengen van het beheer c.q. delegeren ervan bij de al bestaande toezichthouder in de telecommunicatiesector, die reeds ten aanzien van nummers over vergelijkbare verantwoordelijkheden beschikt. Een en ander zou de samenhang versterken en waarborgen vergroten en;
- c) uitsluitend de operationele aspecten op te dragen aan een private partij via een openbare tender.

8. Herdelegatie opgestart vóór uitkomst consultatie

Het is opmerkelijk dat de Stichting ENUM Nederland al een verzoek tot herdelegatie heeft ingediend voordat de uitkomsten van de raadpleging bekend zijn (zie de brief van de SIDN dd. 30/8/2006). Kennelijk zijn de kaarten reeds geschud ondanks het feit dat er meerdere vragen, zoals hiervoor geschetst, vooralsnog onbeantwoord zijn gebleven.