

# Telecommunicatie in de jaren negentig: Van de Big bang naar een geordend heelal of een nieuw zwart gat?

Door Egbert Dommering

## 1. Inleiding

### *Het Iterprogramma en de telecommunicatie*

Toen het Iter (1) programma in 1995 van start ging was telecommunicatie voor juristen nog een relatief onontgonnen gebied. De grote Europese ontwikkelingen in de telecommunicatie, feitelijk en juridisch, hebben zich in de looptijd van de Iter (1) - en Iter (2) programma's voltrokken, bij elkaar een periode van acht jaar omspannend. Het Iterprogramma heeft al in 1995 'telecommunicatie' als een van de hoofdthema's van onderzoek geformuleerd, en is dat in het Iter (2) programma blijven doen, zij het onder de iets aangepaste titel 'ICT en infrastructuur'. Terugblikkend geeft dat blijk van voorzienigheid. Mede door het Iterprogramma is het telecommunicatierecht (het geheel van regels met betrekking tot de organisatie en het gebruik van telecommunicatiemiddelen) in Nederland 'op de kaart gezet' zoals dat heet. Met name door het onderdeel 'kennisoverdracht' kon er al vrij snel een fundamentele cursus worden opgezet met als 'spin off' een handboek. Er heeft zich daarna een wetenschappelijk kader ontwikkeld, blijkende uit een groeiende stroom wetenschappelijke publicaties, systematische aandacht voor het onderwerp in de juridische tijdschriften *Mediaforum* en *Computerrecht*, en een verankering van het onderwerp in het academische en postacademische studiecurriculum aan verschillende Universiteiten. Een groot aantal juristen die bij de overheid, het bedrijfsleven en de consultancy in deze sector werkzaam zijn, kon daardoor tijdig worden opgeleid. Dat was met name in de periode van de explosieve boom van de telecommunicatie, toen er van alle kanten vraag naar deze kennis ontstond, een belangrijk gegeven. Het thema telecommunicatie paste ook prima in de doelstelling van Iter om multidisciplinair onderzoek te bevorderen. Zonder overdrijving kan worden gesteld dat de ontwikkeling van de beoefening van het telecommunicatierecht juristen, economen en telecommunicatie-ingenieurs nader tot elkaar heeft gebracht.

Heeft het Iterprogramma in dit hoofdthema dus haar wetenschappelijke doelstelling gehaald, dat kan niet gezegd worden van de andere doelstelling, namelijk om beleid en wetenschap nader tot elkaar te brengen. Geconstateerd moet worden dat 'de wetgever' niet in dezelfde mate van de ontwikkeling van de kennis heeft geprofiteerd als de wetenschap. Ook in de rechtstoepassing (de rechtspraak) is het profijt niet voldoende uitgebaat.

### *De inhoud van dit essay<sup>1</sup>*

Om de ontwikkeling in wetenschap, wetgeving en beleid, goed te kunnen duiden, zal eerst een overzicht worden gegeven van de ontwikkeling van de afgelopen acht jaar. Daarbij zal gebruik gemaakt worden van een vereenvoudigd lagenmodel, zoals wij dat in verschillende varianten in de telecommunicatie hebben leren hanteren, dat een onderscheid maakt tussen infrastructuur, de diensten die het gebruik van de

---

<sup>1</sup> Ik dank voor hun kritische en aandachtige commentaar op een eerdere versie van dit essay: Jan Reinier van Angeren, Lodewijk Asscher, Ot van Daalen, Nico van Eijk, Hans Fischer, Natalie Helberger, Annetje Ottow, Nirmala Sitompoel en Wilfred Steenbruggen.

infrastructuur aan de ene kant (ook wel netwerkdiensten genoemd) en de applicaties aan de andere kant faciliteren (de telediensten), en tenslotte de (menselijke) applicaties op de tele-infrastructuur: van menselijke toepassingen (applicaties) via software (de tele- en netwerkdiensten) naar fysiek transport (geleid door draden of ongeleid door radiospectrum).<sup>2</sup> Ik zal daarbij vooral een splitsing maken tussen de netwerklaag en de diensten zonder een al te scherp onderscheid te maken tussen tele- en informatiediensten, omdat het mij vooral interesseert om te laten zien hoe telediensten en informatiediensten steeds meer in elkaar grijpen. In de loop van het betoog zullen de relevante Ierstudies de revue passeren. Nadrukkelijk is geen inventarisatie van wetgeving, rechtspraak en literatuur (dus ook niet een inhoudelijke beoordeling van de Ierstudies) beoogd. Daarna zal worden afgerond met enige toekomstbespiegelingen

## *2. Historische analyse: Een explosie wordt binnen de perken van taaië instituties gehouden*

### **2.1. Algemeen**

#### 2.1.1 Rechtsvinding en regulering

##### *Rechtsvinding*

Het aantrekkelijke van het privaatrecht (daarom ook wel de moeder van alle rechtsgebieden genoemd) is dat het een consistent geheel van regels vormt dat gebaseerd is op redelijkheid en logica. Het beweegt zich op een abstract niveau dat het de rechtsbetrekkingen tussen natuurlijke en rechtspersonen in hun onderlinge relatie en in relatie tot de omringende wereld van goederen vormgeeft zonder te veel af te dalen in concrete histories. Het is een open systeem dat geschikt is nieuwe maatschappelijke ontwikkelingen in zich op te nemen die vertaald worden in de beginselen van redelijkheid die aan het systeem ten grondslag liggen. Zo kunnen zulke uiteenlopende maatschappelijke verschijnselen als industriële hinder, misbruik van machtspositie en stalking van een ex echtgenote via de algemene norm van de maatschappelijke zorgvuldigheid in het systeem worden ingepast. Aangezien het om open normen gaat, moeten deze verder ontwikkeld en geïnterpreteerd worden. De rechter heeft daardoor binnen de grenzen van de *trias politica* een belangrijke *rechtsvindende* taak. *Rechtsvinding* is een onderwerp dat altijd hoog op de wetenschappelijke agenda van de privaatrechtelijke rechtsgeleerdheid heeft gestaan. Het is een ideaalbeeld dat ik hier schets. In het privaatrecht hebben zich aan alle kanten pokken van technische en concrete normen in het systeem genesteld, die het minder flexibel maken. Vaak bieden de algemene normen geen soelaas meer en kan het open systeem zich niet meer via de rechtsvinding van de concrete toepassing van de algemene norm aanpassen. Evenals elders leidt het tot verdichting van regels en een groter beroep op de wetgever. Toch wil ik hier vasthouden aan het contrast van het flexibele open rechtssysteem van het privaatrecht, omdat het in het publiekrecht zo anders toegaat.

Het publiekrecht (en ik heb het hier met name over het staats- en bestuursrecht; mutatis mutandis geldt echter hetzelfde voor het strafrecht) heeft een andere strekking. Het probeert de bevoegdheden van de overheidsorganen ten opzicht van elkaar en ten opzichte van de burgers nauwkeurig te omschrijven. Die bevoegdheden kunnen hun grondslag vinden in het ongeschreven recht (in die zin heeft het bestuursrechtelijke systeem zich ontwikkeld tot een open systeem), maar het perspectief is anders. Het gaat

---

<sup>2</sup> Dommering e.a 1999, p. 11 en p. 61.

om *legitimatie* van overheidsbeslissingen en *rechtsbescherming* van burgers.<sup>3</sup> Het *legaliteitsbeginsel* staat daarbij centraal.<sup>4</sup> Dit verticale perspectief van het publiekrecht geeft het toch een formeler karakter. Een dergelijke benadering vindt men bijvoorbeeld bij de Ru, die, om allerlei redenen, iedere gelegenheid te baat neemt met een beroep op het legaliteitsbeginsel vage normen, bestuurlijke beoordelingsruimte en discretionaire bevoegdheden bij markttoezicht te bestrijden. Daarbij wordt de retoriek niet geschuwd. Onder de leuze ‘Toezicht mag geen nieuwe staatsmacht worden’ wordt het misverstand dat de vage norm onverenigbaar is met het legaliteitsbeginsel breed uitgemeten.<sup>5</sup> Daarbij wordt zelfs het Fluorideringsarrest van 1973 uit de kast gehaald en uit zijn verband geciteerd, omdat die beslissing van de HR betrekking had ‘op een maatregel van zo ingrijpende aard (namelijk fluoridering van drinkwater)’ dat een waterleidingbedrijf daartoe niet mag overgaan zonder wettelijke grondslag.<sup>6</sup> Alsof markttoezichthouders met de invulling van het begrip ‘redelijk verzoek tot toegang’ of ‘misbruik van een dominante positie’ bezig zijn de incumbent illegaal te fluorideren!

Er is een ander belangrijk verschil, en dat is met name bij het economische orderingsrecht (wat telecommunicatierecht voor een groot deel is) het geval. Dat verschil is het sterk instrumentele karakter van het publiekrecht. De overheid intervenueert in samenleving en markt omdat het een bepaald doel wil bereiken. De doelbinding van het publiekrecht legt ook het spanningsveld bloot met het legaliteitsbeginsel, omdat overheidsorganen met een bepaald doel voor ogen de (economische en maatschappelijke) vrijheden van burgers en private organisaties (ondernemingen) beperken. Wij zullen zien dat dit in de toepassing en de ontwikkeling van het telecommunicatierecht van de afgelopen jaren tot tal van problemen heeft geleid.

#### *Rechtstoepassing bij een nieuwe technologie*

Verschillende studies van Iter hebben zich beziggehouden met de gevolgen van ICT voor de rechtstoepassing.<sup>7</sup> Dit gaat dus niet alleen om de besproken vraag of de juridische norm te technologiespecifiek is geformuleerd, maar ook hoe de juridische norm op de nieuwe technologie moet worden toegepast. Samenvattend kan men hier stellen dat het gaat om twee grote problemen.

Het eerste probleem is dat de juridische vraag misschien dezelfde is gebleven (bescherming van privacy, regulering van een markt), maar dat de toepassing van de norm zeer verweven raakt met de technologie, ja zelfs dat de normstelling verdwijnt in het technisch ontwerp (bijvoorbeeld *privacy enhancing technologies* en *filtering software*). Dit opgaan van de norm in de technologie is door Lessig van de slogan *Code as Code* voorzien.<sup>8</sup> Dit betekent dat er op het wetgevende, bestuurlijke en rechterlijke forum een confrontatie plaatsvindt tussen juridische en technische expertise. Hoe dragen deze nieuwe *epistemic communities* bij aan de rechtsvinding?<sup>9</sup> Vormen zij een synthese met de *legal community* of trekt ieder zich terug op zijn eigen expertise? Het zijn vragen die wij ons regelmatig zullen moeten stellen als we ons met deze materie bezighouden.

Het tweede probleem is dat telecommunicatie die computers en mensen in de hele wereld met elkaar verbindt, zich onttrekt aan de staatsmacht. Het overstijgt immers het territorium en maakt zich in cyberspace geheel los van de geografische topografie. Geheel nieuw is dit natuurlijk niet, omdat we dat al kenden van fysieke transportsystemen en

---

<sup>3</sup> Vgl. Van der Pot 1995, p. 146-147.

<sup>4</sup> Ottow 2003, p. 154-157.

<sup>5</sup> De Ru 2003, p. 179 e.v. in zijn bespreking van Ottow 2003.

<sup>6</sup> Ibid. p. 179.

<sup>7</sup> Koops e.a. 2000 en Hijmans & Kroon 1999.

<sup>8</sup> Lessig 1999.

<sup>9</sup> Vd Meulen 2003, p. 40-45.

voorgaande elektronische communicatie systemen zoals telefonie en satellietomroep. De vraag wat het bereik is van nationale wetgeving en welk recht op een feitelijke of een rechtshandeling moet worden toegepast doet zich bij het Internet echter in een complexere vorm voor. Daardoor lijkt het of een reeds lang ingezette trend van internationalisering een nieuw aandachtspunt is gaan vormen.

2.1.2 Verzelfstandiging en privatisering van de telecommunicatie-staatsbedrijven en liberalisering van de markt was het hoofddoel. Geen oog voor nieuwe technische ontwikkelingen.

Van 1984 -1999 heeft de EG een programma afgewikkeld dat de gehele telecommunicatiesector in de gemeenschap beoogde te liberaliseren. De privatisering van BT en de liberalisering van de markt in het VK, waren daarbij het grote voorbeeld.<sup>10</sup> We kunnen vaststellen dat de centrale doelstelling van dit geheel van ONP-regels was om de staat en de staatsbedrijven der PTT, zoals die in de verschillende landen waren gevormd, van elkaar los te maken, de regulerende functie die voor een deel verknoopt was met deze bedrijven, onafhankelijk te maken en op afstand van de voormalige staatsbedrijven te plaatsen, het monopolie van de staatsbedrijven op de gebieden waarop zij op dat moment werkzaam waren af te schaffen, en een *level playing field* voor nieuwe markttoetreders te creëren. Daarmee werd een doos van Pandora opengetrokken waar van alles uit te voorschijn kwam waar de overheden door overrompeld werden. Ze waren daardoor (en dat gold ook voor de EG Commissie) zo in beslag genomen om de inhoud van de doos onder controle te houden, dat zij niet zagen wat er om hen heen gebeurde. De inhoud van de doos van Pandora bleek namelijk het instrumentarium van een oude tovenaars te bevatten: het was behoorlijk gedateerd. Deze Pandora was groot geworden in het tijdperk van de uitrol van het vaste net en de vaste spraaktelefonie. De ONP-regels gaan dus over spraaktelefonie. Op het moment dat het volledige pakket ONP-regels van kracht was, waren de kinderen uit het huwelijk tussen de computer en de telecommunicatienetwerken volwassen geworden en voltrok zich de omwenteling van spraak naar dataverkeer, waarbij het Internetprotocol en het World Wide Web de grote aanjagers bleken te zijn voor breed consumentengebruik. De nieuwe toetreders tot de markt zagen hier de concurrentiemogelijkheden. Voor deze nieuwe ontwikkeling bood het ONP kader geen adequate regulering, eenvoudig omdat men met een ander, voor een deel historisch, probleem bezig was geweest. Onvoorspelbaar was het niet, ook al waren alle concrete toepassingen wellicht niet te overzien. De economen laten de informatiesamenleving, als een nieuwe cyclus van technologische innovatie (paradigmawisseling en wat al niet) rond 1971 starten toen de Intel microprocessor in Santa Clara in Californië voor het eerst aan het publiek werd getoond. Ik volg een recente omschrijving van het paradigma van dat nieuwe tijdperk:<sup>11</sup> Informatie-intensiteit-ICT, netwerken, kennis als kapitaalgoed-immateriële goederen, heterogeniteit-diversiteit-aanpasbaar, segmentatie van markten- proliferatie van niches, economies of scope and scale, globalisering-interactie tussen globaal en lokaal, losse samenwerkingsverbanden-clustering, verhoogde contacten in wisselende sociale relaties-global village. Met enige aanpassingen in de terminologie vinden we hier trends die ook in de Iterprogramma's werden benoemd. Ze staan in tal van beleidsstukken uit het begin van de jaren negentig, maar ze liggen niet ten grondslag aan de ONP-wetgeving. Het ONP-kader was bezig met de afschaffing van een oude institutionele structuur, niet met de vorming van een nieuwe. Het uit het olifantenhuis van de staatsdierentuin naar buiten brengen van de

---

<sup>10</sup> Arnbak 1995, p. 5-8.

<sup>11</sup> Perez 2002, p. 18 (table 2.3).

olifantenkudde was voor de ONP-dompteurs al zo' n kolossale operatie, dat de ongekende vlinders die intussen in het insectenhuis bezig waren hun vleugels uit te slaan in het gedruis en de stofwolken verloren gingen.

### 2.1.3 De ONP-doelstelling nader beschouwd

#### *Welke markten, welke doeleinden?*

De doelstelling was dus om de concurrentie in de telefoniemarkt te bevorderen. Deze doelstelling was afgeleid van de algemene doelstelling van het mededingingsrecht die volledige concurrentie op de markt als einddoel definieert.<sup>12</sup> Het ONP-kader identificeert daarvoor de 'oude' markten van de dienst van de openbare spraaktelefonie (de 'plain old telephony service' ook wel POTS genaamd) en de vaste telefonie-infrastructuur (het koperpaar van het aansluitnet, de schakelcentrales en de hogere netlagen).<sup>13</sup> Mobiele telefonie was al wel in beeld, maar niet het hoofddoel, de omroepnetwerken nog maar nauwelijks. Voor de oude markten van de vaste telefonie werd een verfijnd instrumentarium ontworpen voor de regulering van de toegang. De gedachte was dat er asymmetrische regels moesten komen die de nieuwe toetreders een steun in de rug moesten opleveren om toegang op concurrerende voorwaarden te krijgen tot de infrastructuur en de diensten van de olifanten. Zij stonden immers met lege handen en moesten dus de olifant kunnen beklimmen om diensten aan het gehele publiek aan te bieden. Toch was binnen deze beperkte doelstelling de focus niet scherp. Wilde Brussel, wilden de lidstaten dat met behulp van deze regels alternatieve landelijk dekkende alternatieve en concurrerende infrastructuur tot stand kwam of wilden zij vooral concurrentie op het niveau van de tele- en informatiediensten? Een duidelijke keus werd in Brussel niet gemaakt en nationaal werd een verschillend beleid gevoerd en al spoedig werd liberalisering een doelstelling op zich zonder dat het (welvaart) einddoel nog zichtbaar was.<sup>14</sup> Het gevolg hiervan is dat er niet goed is nagedacht over wat liberalisering van een netwerkmarkt nu precies inhoudt. Is het wel haalbaar om een geheel nieuw aansluitnet naar alle gebruikers te ontwikkelen? Het oude aansluitnet was onder dekking van het monopolie en met de door de overheid opgelegde universele dienst verplichting, aangelegd. Geen enkele nieuwkomer zal de investering willen doen om een aansluitnet naast het bestaande aan te leggen, omdat het graven van een dergelijk fijnmazig net astronomische kosten met zich meebrengt. Enig uitzicht dat deze kunnen worden terugverdiend, is er niet, zeker niet omdat de incumbent zijn tarieven onmiddellijk zal verlagen als een dergelijk net concurrerend dreigt te worden. De praktijk heeft deze constatering bevestigd. De nieuwe toetreders die ook eigen netten ontwikkelden, richtten zich op niche markten en op de hogere netdelen. Het bezit van het aansluitnet bleek echter zo'n sleutelpositie op te leveren dat concurrentie op de vaste nationale telefonie (hetgeen toch een van de doelstellingen was) maar moeizaam tot stand kwam. Volgens cijfers van 2002 maakten in Nederland maar 14 % van de consumenten voor vaste telefonie gebruik van diensten van concurrenten van KPN.<sup>15</sup> Concurrentie kwam er alleen op de internationale telefonie, in nichemarkten zoals de zakelijke telefonie en huurlijnen markten, en de markt van Internet toegangsdiensten.<sup>16</sup> Op de laatste markt behield KPN in de ADSL markt van breedbandtoegang via het telefoonnet het grootste aandeel en bleven de met haar verbonden ISP's die breedbanddiensten aanbieden de

---

<sup>12</sup> Van der Meulen 2003, p. 20 e.v.

<sup>13</sup> Zie J.A.M. Nijhof, in hoofdstuk 2 van Dommering e.a. 1999, voor de topografie van het vaste telefoonnet.

<sup>14</sup> Zie voor een beschrijving van deze onheldere doelstellingen ook Dommering e.a. 2001, par. 5.3.1.

<sup>15</sup> MvEz 2003, figuur 3.26, p. 32.

<sup>16</sup> Ibid., figuren 3.34, 3.35 en 3.36, p. 35-36.

grootsten.<sup>17</sup> De Europese Commissie zag dat de positie van het aansluitnet via het ONP-scenario een level playing field verhinderde en stelde daarom begin 2001 een direct werkende verordening voor de ontbundelde toegang tot het aansluitnet vast.<sup>18</sup> Daarmee werd beoogd om het gebruik van dit aansluitnet ook open te stellen voor concurrenten. De effecten van deze verordening zijn echter nog gering.

Had de overheid anders te werk moeten gaan door bijvoorbeeld het aansluitnet niet te privatiseren? Het is interessant om er nog eens het rapport Steenbergen bij te pakken. Deze Commissie was in 1985 ingesteld om aanbevelingen te doen voor de verzelfstandiging van de PTT. De Commissie stelde voor de PTT te splitsen in een commercieel bedrijf en een nutsbedrijf. Tot het nutsbedrijf behoorde de infrastructuur. Aan het nutsbedrijf zou de verplichting moeten worden opgelegd “tot het instandhouden en voortdurend moderniseren van de infrastructuur op basis van steeds groeiende en meer uiteenlopende behoeften van de verschillende gebruikers. Deze verplichting zou moeten gelden voor zowel geschakelde als niet-geschakelde verbindingen.”<sup>19</sup> Het voorstel stuitte op grote weerstand bij de PTT, aanvankelijk vanwege de personele problematiek van de splitsing van het bedrijf, later omdat men als een verticaal geïntegreerde onderneming wilde concurreren met een ‘one stop shop’.<sup>20</sup> Het voorstel is aanvankelijk wel door de regering overgenomen en in de toenmalige wet vastgelegd, maar naderhand onder druk van de PTT uit de wet gehaald.<sup>21</sup> Inmiddels heeft de geschiedenis geleerd dat de volledige privatisering van de infrastructuur (en dan met name het aansluitnet) zonder dat de overheid nog enig publiekrechtelijk instrument in handen heeft om sturend op te treden tot grote problemen bij de ontwikkeling van de markt heeft geleid. Niet alleen dat het private aansluitnet een voor concurrenten bijna niet te nemen barrière bleek te zijn, maar ook bij schaarstevragen die zich in het vaste net voordeden bij het begin van de internet hausse stond de overheid met lege handen.<sup>22</sup> De ONP-regels en instrumenten gaven wel enig houvast, maar leidden op het niveau van de implementatie tot problemen, omdat het dikwijls moeilijk is een zuivere scheiding te maken tussen KPN als netwerkbedrijf en als dienstverlener.

Er zijn natuurlijk ook tegenargumenten, omdat er voorbeelden zijn aan te wijzen dat niet-privatisering van een nutsvoorziening tot stilstand van innovatie op infrastructuur kan leiden. De ‘incentive’ zou ontbreken om de netwerken op het niveau van de stand van de techniek te houden. Dit zijn interessante gezichtspunten, die ik graag afzet tegen het feit dat volledige privatisering ook niet heeft gewerkt en dat het maar de vraag is of er nog innovatie van betekenis in het koperen net mogelijk was. Ik constateer dan dat het debat over de privatisering van netwerken nooit in volle duidelijkheid is gevoerd, en dat beleidsbeslissingen berustten op gelegenheidsargumenten. Het is nimmer doorgerekend op financiële en technische haalbaarheid.

*Doelstelling: wetstoepassing en wetsuitleg; welke recht wordt er gevonden?*

Het sterk instrumentele karakter van de telecomcommunicatieregulering betekent inmiddels wel dat men de regels vanuit de doelstelling moet formuleren en uitvoeren. Hier hebben zowel de wetgever als de rechter gefaald. De wet legde geen duidelijke doelstelling vast.<sup>23</sup> Zoals ik hierna nog zal laten zien heeft de wetgever zelfs tegenstrijdige doelstellingen

---

<sup>17</sup> Ibid., figuur 3.32, p. 34.

<sup>18</sup> Raadsverordening 2887/2000, Pb. 2000, L 336/4.

<sup>19</sup> Steenbergen 1985, p. 28.

<sup>20</sup> Zie Arnbak 1995, p. 72-76.

<sup>21</sup> Dommering e.a. 1999, p. 45.

<sup>22</sup> Zie voor de privatiseringsdiscussie Scholtbach & Bartelink 2003, p.14 en Dommering 2002. Voor het ontbreken van een publiekrechtelijk instrument om kwaliteitscontrole uit te oefenen, zie Dommering e.a. 2001, p. 77.

<sup>23</sup> Ottow 2003, p. 143.

nagestreefd (eerst wel een keuze voor infrastructuurconcurrentie, daarna geen duidelijke keuze, zie hierna onder 2.2.1.3 in de paragraaf ‘graven’). De hoogste beroepsrechter, het College van Beroep voor het Bedrijfsleven, heeft in een tweetal uitspraken een duidelijk signaal afgegeven dat bij de toepassing van de wet naar de doelstelling moest worden gekeken en dat de toezichthouder bij de uitvoering van die doelstelling een redelijke beleidsvrijheid moet worden gelaten.<sup>24</sup> De economische complexiteit noopt inderdaad tot terughoudendheid bij de toetsing, omdat deze het maken van politiek-economische keuzen op beleidsniveau vergt (even aangenomen dat deze dan ook gemaakt worden).<sup>25</sup> Dit heeft echter niet tot gevolg gehad dat de Rechtbank Rotterdam haar formele lijn heeft verlaten. Over het algemeen is deze blijven vasthouden aan een tamelijk grammaticale uitleg van de wettekst, met als hoofdaandachtspunt het binnen dit beperkte toetsingskader uitgevoerde onderzoek of het legaliteitsbeginsel wel in acht genomen was.<sup>26</sup> Het merkwaardige bij dit alles is dat de algemene doelstelling van de ONP-regels klaarblijkelijk onvoldoende grondslag wordt gevonden om te controleren of het overheidsorgaan binnen de grenzen van de wet is gebleven. Merkwaardig is ook dat de rechter slechts oog heeft voor het ‘verticale onrecht’ (namelijk of binnen de uitdrukkelijk in de wet vastgelegde bevoegdheden wordt gehandeld), maar geheel voorbij ziet aan het ‘horizontale onrecht’ dat de toezichthouder door zijn ingreep beoogde weg te nemen (bijvoorbeeld een onrechtmatige leveringsweigering door de incumbent). Er zou toch binnen het kader van de instrumentele doelstelling van het ONP recht enerzijds (‘level playing field’ voor de marktpartijen) en de doelstellingen van legitimatie en rechtsbescherming anderzijds (‘legal playing field’ voor overheid en samenleving) een afweging en een verantwoording in het rechterlijk oordeel moeten plaatsvinden. Dat de rechter zich in deze zaken opsluit in de bewoordingen van de wettekst zonder de achterliggende economische problematiek expliciet te maken, draagt niet bij aan de legitimiteit van de rechterlijke uitspraken.<sup>27</sup> Er wordt maar een stukje van het recht

---

<sup>24</sup> CBB 18 september 1996 (zaak Otto), UCB nr. 91 m.nt. C. Mortelmans; CBB 25 april 2001 (zaak Dutchtone), *Mediaforum* 2001-10, p. 320 m.nt. A. Ottow, *Computerrecht* 2001, p. 207, m.nt. E.J. Dommering.

<sup>25</sup> Van Der Meulen 2003, p. 44; Ottow 2003, p. 160 e.v (met verdere literatuurverwijzingen); Roemers 2003, p. 247.

<sup>26</sup> Voor een analyse van de rechtspraak zie allereerst E.J. Dommering e.a. 2001, hoofdstuk 5 die 15 ‘pijnpunten’ aanweisen, waarvan 10 betrekking hadden op de onduidelijkheden in de wet. Ik noem die tien hier (p. 91):

Het ontbreken van heldere doelstellingen in de regelgeving.

Een formele wetsuitleg door de bestuursrechter.

Het technologiespecifieke kader van de ONP technologie (spraaktelefonie).

Onduidelijke wetteksten op essentiële punten (antenne-opstelpunten, carrier preselectie, marktdefinities van het ONP kader, omschrijving begrip aanmerkelijke macht).

Versnippering van bevoegdheden bij het bestuur (frequenties, nummers, kabel)

Het ontbreken van de bevoegdheid van OPTA om (in coördinatie met de NMa) mededingingsrecht toe te passen.

Onduidelijke afbakening van de rol van de burgerlijke rechter en OPTA ten aanzien van interconnectieovereenkomsten.

Onduidelijke regeling van procedures (bijvoorbeeld de procedure tot vaststellen en wijzigen van de tarieven).

Onduidelijkheid over het soort besluiten dat OPTA kan nemen.

Geen afstemming van de Algemene wet bestuursrecht op het algemene en sectorspecifieke mededingingstoezicht.

Zie voorts Ottow 2003.

<sup>27</sup> Zie de noot van Rob van Hoven van Genderen in de zaak betreffende de Mobiele Terminatingtarieven, Rb. Rotterdam 25 april 2003, *Computerrecht* 2003/4, p. 253-257: “Is het niet de bedoeling om via rechtsvinding tot de meest plausibele oplossing te komen?”, vraagt de annotator zich bij de puur grammaticale uitleg van de Rechtbank af. Zie voorts N.A.N.M. van Eijk die bij de uitspraak van de Rechtbank Rotterdam in de zaak tussen Canal + en UPC van 26 februari 2003 er op wijst dat de

‘gevonden’. Men zal mij tegenwerpen dat dit een consequentie is van de rechtsstaat. De dief gaat vrij uit als het Openbaar Ministerie een fout maakt bij de vervolging. In dat geval prevaleert het verticale onrecht (foutieve machtsuitoefening) boven vergelding van horizontaal onrecht (berechting van de diefstal). Die vergelijking gaat naar mijn mening mank. In het geval van de liberalisering van de markt gaat het om structurele maatregelen. Een beslissing waarbij een bepaalde vorm van toegang wordt afgedwongen of een interconnectietarief moet worden bijgesteld, beïnvloedt structureel het liberalisatieproces in een gegeven marktsegment over een gegeven periode. Het niet toelaten van een overheidsinterventie (schorsing daarvan door de Voorzieningenrechter zoals veelvuldig voorkwam) die dat structurele effect heeft met toepassing van het legaliteitsbeginsel, heeft tot gevolg dat de structurele maatregel niet kan worden genomen in het segment en in de periode van de marktontwikkeling waarvoor dat noodzakelijk is (anders is het *te laat*, omdat de marktontwikkeling er niet meer is). Kortom, het laten prevaleren van het legaliteitsbeginsel, betekent in een dergelijk geval dat de diefstal in het geheel niet meer kan worden vervolgd. Dat vergt naar mijn mening een zwaardere afweging en verantwoording dan wanneer wij het hebben over een concrete vervolgingsdaad. Bovendien is de dief ten opzichte van het Openbaar Ministerie de zwakkere partij. Dat is bij de incumbent ten opzichte van de toezichthouder ( een olifantendrijver met een klein stokje tegenover een getergde olifant) en de nieuwe toetreders (stampende muisjes naast de getergde olifant) niet het geval. Deze vinden wij niet terug in de jurisprudentie die de (Voorzieningenrechter van de) Rechtbank Rotterdam op grond van de Telecommunicatiewet heeft gevormd. Er stijgt de paradox uit op dat de olifant op de markt een underdog is die tegenover de overheid moet worden beschermd. Wat er met de ontwikkeling op de markt gebeurt, is iets dat achter de coulissen van de formele redeneertrant van de bestuursrechter verdwijnt.

Een andere tegenwerping zal zijn dat het allemaal het gevolg is van een wetgever die geen heldere doelstellingen heeft geformuleerd waardoor rechter en toezichthouder wel in het moeras moesten wegzakken. Daar is veel voor te zeggen. Een illustratie van die stelling vind ik de openbare discussie tussen KPN en OPTA in de zomer van 2003 over de interconnectietarieven, die naar het oordeel van KPN, door OPTA te laag waren vastgesteld. KPN verweerde zich met de stelling dat de nieuwe toetreders profiteerden van de olifant, door zich zonder eigen investering op diens rug te laten hijsen. Of, zoals de Voorzitter van de Raad van Bestuur het op de opiniepagina van NRC Handelsblad stelde: “Een concurrent zou wel gek zijn om te investeren als hij beneden kostprijs bij de grootste concurrent kan inkopen. Voor investeren in netwerken, breedband en de kenniseconomie hebben we KPN, de nationale ‘gekke Henkie’.”<sup>28</sup> De advocaat van KPN (die soms harder blaft dan de baas) laat zich op hoorzittingen waar het standpunt van KPN naar voren wordt gebracht nog wel eens de term *regulatory junkies* ontvallen als hij het over nieuwe toetreders heeft die volgens KPN niet genoeg in netwerken investeren. Waarom een illustratie? Omdat het laat zien dat KPN zich binnen het wettelijke kader kennelijk kan veroorloven om zijn rol van het enige fijnmazige netwerkbedrijf dat voor de hele markt moet werken in het openbaar te ontkennen, en het zo kan voorstellen dat je alleen volwaardig meedoet als je zelf ook netwerken aanlegt (ik sluit even de hypothese uit dat het olifantengeheugen van de leiding van de onderneming zodanig tekortschiet dat men het hele ONP-kader *eenvoudig vergeten is*).

Maar ook hier: veel holle retoriek. Nadat de Centrale Ondernemingsraad van KPN zich had laten opstoken om ook in het geschil met OPTA op 21 augustus stelling te nemen en bekend te maken dat de beslissingen van OPTA de onderneming te gronde zouden

---

Rechtbank voorbij is gegaan aan de historische bedoeling van de invoeging van artikel 8.7 Tw in de Telecommunicatiewet, *Mf* 2003-4, p. 160.

<sup>28</sup> A. Scheepbouwer, in: *NRC Handelsblad* 1 augustus 2003.



richten, maakte KPN op 22 augustus de halfjaarcijfers bekend, die een zeer rooskleurig perspectief toonden.

#### 2.1.4 Marktregulering

##### *Zelfstandig bestuursorgaan en sector specifiek toezicht*

Bij de liberalisering van de telecommunicatiemarkt is gekozen voor het zogenaamde sectorspecifieke toezicht. Van der Meulen noemt ze in zijn al geciteerde preadvies voor de VAR van 2003: de begeleiders van het liberaliseringproces.<sup>29</sup> Hoewel het mededingingsrecht tal van structurele instrumenten bevat waarmee marktstructuren kunnen worden aangepakt (bijvoorbeeld in het kader van het concentratietoezicht), brengen de kenmerken van een netwerkmarkt met zich mee dat specifieke instrumenten voor het bewerkstelligen van markttoetreding noodzakelijk zijn.<sup>30</sup> De instelling van een specifiek toezicht werd in Nederland gevolgd door de oprichting van de OPTA als zelfstandig bestuursorgaan (ZBO). Maar met de oprichting van een zelfstandig bestuursorgaan raakte de discussie onmiddellijk in de ban van wat bestuursrechtelijk Nederland vindt van ZBO's in relatie tot de ministeriële verantwoordelijkheid.<sup>31</sup> De discussie ging dus niet zozeer over wat een efficiënte procesbeheersing van een dergelijke organisatie vergt. Daardoor geraakte de bevoegdheidsverdeling eerder in de sleutel van het staatsrecht dan van proceseconomie.

##### *Algemene wet bestuursrecht*

De procedures op grond van de Telecommunicatiewet moeten worden afgewikkeld op grond van de Algemene Wet Bestuursrecht (Awb). In het reeds enige malen geciteerde preadvies van Ottow vergelijkt zij de Awb met een duiventillenwet. Het is een wet geschreven voor driehoeksverhoudingen die veelvuldig in het bestuursrecht voorkomen: Jansen krijgt vergunning om iets te doen en zijn buurman maakt daartegen bezwaar. De partijen zijn de vergunningaanvrager, de vergunningverlener en de derdebelanghebbende. Het gaat dus om een duiventil, een dakkapel of een kippenhok. Het beeld doet niet geheel recht aan de Awb, omdat deze heel veel meer en veel ingewikkelder driehoeksverhoudingen bestrijkt dan die van naburen. Het probleem zit misschien eerder in de Telecommunicatiewet, waarin door de wetgever de procesmatige kant van de regulering van een markt onvoldoende is doordacht en met name niet is nagedacht hoe de geschilbeslechtende bevoegdheid van OPTA (een nieuw fenomeen in het bestuursrecht) paste in de systematiek van de Awb. Wat daarvan ook zij, bij het vaststellen van de omvang van het geschil en de partijen die daaraan meedoen zagen we dezelfde verticale vernauwing optreden die wij bij het materieelrechtelijke kader analyseerden. Alleen de onmiddellijk bij het geschil betrokkenen (de buurlieden) werden aanvankelijk door de Rechtbank Rotterdam als belanghebbenden aangemerkt. De doelstelling van ONP om een level playing field te scheppen, de aard van het specifieke toezicht dat een marktstructuur probeert te wijzigen, het brengt met zich mee dat alle concurrenten door een beslissing 'geraakt' kunnen worden (de hoogte van een whole sale of eindgebruikerstarief, de toegangsvoorwaarden bij een dienst). Het heeft lang geduurd voordat de Rechtbank dat heeft willen inzien, maar uiteindelijk is zij op dit punt 'om' gegaan.<sup>32</sup>

De ONP richtlijnen spreken bij de regeling van het toezicht van National Regulatory Authorities (NRA's), zonder in concreto inhoud te geven aan dit begrip. Dit betekent dat

---

<sup>29</sup> Vd Meulen 2003, p. 23.

<sup>30</sup> Voor een analyse van overeenkomsten en verschillen zie Dommering e.a. 2001.

<sup>31</sup> Ik verwijs naar Ottow 2003, p. 136 en 157 e.v.

<sup>32</sup> Voor een analyse van de jurisprudentie Ottow 2003, p. 179-182.

de Lidstaten dat overeenkomstig hun eigen rechtsstelsel kunnen doen. Ook hier deden zich problemen voor. Een ‘regulator’ van een markt doet iets anders dan de verlener van een bouwvergunning. Een regulator is niet zozeer een instantie die algemeen verbindende voorschriften vaststelt als wel een instantie die ‘de zaken regelt’. Dat maakt dat het scherpe onderscheid tussen de bevoegdheid om algemeen verbindende regels te stellen en concrete beslissingen te nemen, tussen beleid en uitvoering, niet zo gemakkelijk is te maken. Het inpassen van deze uit het Angelsaksische recht afkomstige figuur verliep niet soepel, ook al omdat de Nederlandse wetgever geen duidelijke keuze wilde maken (mede vanwege de controverse ZBO/ministriële verantwoordelijkheid). Dat beperkte zich niet tot de wetgever die het begrip NRA uitlegde als ‘soms OPTA, soms de Minister’, ook de rechter had met de figuur moeite, omdat hij de bevoegdheid van OPTA om op te treden koppelde aan een concreet geschil (de verticale driehoeksverhouding) en allergische reageerde op beslissingen die werden gemotiveerd als ‘het reguleren van’.<sup>33</sup>

### *Expertise, beslissingen en procedures*

Sectorspecifiek toezicht wordt ook gekozen omdat dit de technische en economische expertise van de specifieke sector verenigt in een bestuursorgaan. Dit is ook de beleidsoverweging om zaken bij een gespecialiseerde rechter onder te brengen (in dit geval de rechtbank Rotterdam). Overziet men nu de beslissingen die zijn genomen en de geschillen die zijn beslecht, dan zien wij dat OPTA in ‘hard cases’ minder degelijk motiveert dan bijvoorbeeld de Engelse en Franse tegenhangers en de rechter slechts zelden materieel op het geschil inging. Dit werd mede veroorzaakt doordat kennis bij OPTA en de rechtbank weglekte omdat zij onvoldoende over de financiële en personele middelen beschikten om die kennis vast te houden. Daarbij komt dat de wetgever wel beslissingen neemt over de specialisatie van toezicht en geschilbeslechting, maar in zijn algemene personeelsbeleid bij rechtspraak en bestuur die specialisatie niet bevordert. Ook kan de vraag worden gesteld of OPTA de mogelijkheden van de Awb voldoende heeft benut door niet gebruik te maken van de mogelijkheid om in de bezwaarschriftfase, althans in ‘hard cases’ een zware externe bezwaarschriftencommissie in te schakelen met gemengde expertise. Die mogelijkheid bood de Awb wel. Anderzijds leidt de slagvaardigheid van het toezicht ernstig door de lange doorlooptijden van de procedures, zodat het niet gemakkelijk is in dit overzicht nu meteen de juiste oplossing aan te wijzen. Een structurele fout in de wet is in ieder geval dat bij dit soort geschillen, waar zeer ingrijpende beslissingen door de Voorzieningenrechter worden genomen (zie paragraaf 2.1.3 onder rechtsvinding), hoger beroep van die beslissing bij het College van Beroep is uigesloten. Daardoor is de hoger beroeprechter in de betrokken periode onvoldoende bij de rechtsvinding betrokken geweest. Ik plaats graag nog eens in de schijnwerpers de stelling 7 bij het proefschrift van Jaap Polak: *“Omdat de wet niet voorziet in hoger beroep tegen uitspraken van Presidenten van de rechtbank, sectoren bestuursrecht, op verzoeken om een voorlopige voorziening, komt aan de uitspraken in de praktijk onevenredig veel gewicht toe, hetgeen betrokken partijen, waaronder het verwerende overheidsorgaan, zeer kan schaden.”*<sup>34</sup>

## **2.2 Netwerklaag.**

### 2.2.1 Schaarste vraagstukken

---

<sup>33</sup> Zie de beslissing van de Vz. van de Rechtbank Rotterdam over de mobiele terminating tarieven van 29 november 2002, besproken bij Ottow 2003, p. 217.

<sup>34</sup> Stelling 7 bij Polak 1999.

Liet hoofdstuk 2.1 zien welke moeilijkheden er rezen bij het inpassen van de regulering van de telecommunicatie in de Nederlandse rechtsorde, uit de oude doos van Pandora kwam daarbij van alles te voorschijn dat tot dan toe ongekend was. Alle problemen die te maken hebben met de vrije toegang tot de markt en concurrentie waren bijna honderd jaar in het schemerduister van de ten algemene nutte werkende staatsmonopolies der telecommunicatie het rustig bezit geweest van telecommunicatie-ingenieurs. Aan het daglicht kwamen als eerste zeer gecompliceerde schaarsteverdelingsvraagstukken. Bij schaarstevragen denken we aan de verdeling en toekenning van frequenties, adressen (nummers) en fysieke locaties (kabelgoten, antenne-opstelplaatsen). Capaciteit van infrastructuur valt daar ook onder, maar komt pas in hoofdstuk 2.3 aan de orde, omdat het nauw verweven is met interconnectie en toegang. In het kader van de verdeling rijzen ook nieuwe vragen met betrekking tot oude en nieuwe eigendomsrechten. Het zijn vragen die in het Iterprogramma aanstonds veel aandacht hebben gekregen. Ik zal er eerst iets over zeggen en daarna iets over de mededingingsrechtelijke dimensie, omdat bij het openen van de markt de incumbent al een startpositie heeft daar hij historisch beslag heeft kunnen leggen op een belangrijk deel van de hulpbronnen. Daarna komen eerst de ‘oude’ schaarste en de ‘oude’ rechten aan de orde: de fysieke werkelijkheid van palen, antennes en grond. Vervolgens betreden we de voor juristen nieuwe virtuele wereld van frequenties en adressen.

#### 2.2.1.1.Coördinatie; oude en nieuwe eigendomsrechten<sup>35</sup>

Zodra een maatschappelijke hulpbron zich leent voor exploitatie ontstaat een vraag van eigendom en een vraag van institutionele vormgeving. In een beginstadium van de ontwikkeling proberen belangengroepen zich de hulpbron toe te eigenen. De toe-eigening leidt tot uitputting en monopolievorming en maatschappelijke spanningen. Daardoor komt een institutionaliseringproces op gang waarin de overheid de schaarste moet verdelen, de eigendomsrechten moet definiëren en de technische coördinatie moet verzekeren. Verdeling van schaarste heeft dus altijd een economische (hoe verdelen we de schaarste), een politieke (welke rechten vestigen we op de nieuwe goederen) en een technische (welke coördinatie moet er plaatsvinden) dimensie. Dit is overigens een proces dat niet in een keer is afgerond. Zo wordt de economische dimensie in de eerste fase vaak overgeslagen, omdat de overheid of daarvan afgeleide organisaties de exploitatie van de nieuwe hulpbron aan zich trekken. Ook de institutionele fase blijft soms beperkt tot een publiekrechtelijke aanpak. De aanleg van de grote infrastructurele werken in de 19e eeuw laat zien dat de overheid daarin een voortrekkersrol neemt. Frequenties vormen een goed voorbeeld van deze drieslag in meer fasen. Toen in de tijd van de ontdekking van de toepassingen van radio en telegrafie de enorme economische potentie van deze hulpbron duidelijk werd, probeerden de uitvinders en pioniers zich het medium toe te eigenen door de applicaties te monopoliseren (de zend- en ontvangapparatuur van Marconi!). Dit leidde tot een institutionaliseringproces waarbij de overheid de technische coördinatie regelde (het gebruik van de ether dreigde een chaos te worden; de ramp met de Titanic had aangetoond dat door de chaos in de ether de reddingsoperaties te laat op gang waren gekomen) door het gebruik van de frequentiebanden aan regels te binden. Tegelijkertijd trok de overheid een groot stuk van de exploitatie naar zich toe (PTT, omroep, defensie).<sup>36</sup> Pas in een later stadium komt de economische dimensie in beeld doordat bij het openen van de markt voor het gebruik

---

<sup>35</sup> Het navolgende gebruikt het verhelderende model dat Mueller 2002 hanteert.

<sup>36</sup> Voor een historische beschrijving van dit proces, zie onder meer Mueller 2002, p. 62 e.v. en Dommering e.a. 2000, 123 e.v.

van frequenties op economische niveau zich de verdelingsvraag stelt en op institutioneel niveau de vraag van de vestiging van rechten.

We zullen zien dat telecommunicatie zich deels afspeelt in de wereld van de oude hulpbronnen, maar dat de opening van de markt nieuwe economische, politieke en technische vragen stelt. De oude wereld is die van het gebruik van de grond en de ruimte. Nieuwe hulpbronnen zijn frequenties en adressen. Frequenties hebben een grondslag in de natuurkundige werkelijkheid van het spectrum. Oude adresseersystemen hebben nog een verbinding met de topografie van de ruimte (straten, lokale telefoonnummers). Nieuwe adresseersystemen behoren tot de mathematische ruimte. Ze hebben geen 'plaats' in de wereld van de topografie.<sup>37</sup>

De tegen het oude eigendomsrecht aanliggende rechten of de nieuwe eigendomsrechten geven soms conflicten met bestaande eigendomsrechtstukken (vestiging en overdracht, omvang, zoals de problemen rond kabels en domeinnamen leren).

### 2.2.1.2 Mededinging en de schaarste

De incumbent heeft als staatsbedrijf de beste schaarse posities kunnen innemen in de ruimte, op de frequentiebanden en op de adressen. Dat schept een enorm concurrentieel voordeel waar het ONP kader slechts een zeer globaal instrumentarium voor heeft ontwikkeld in de sfeer van *duct sharing*, *site sharing* en de verplichting het nummerbeleid en het frequentiebeleid op afstand van de incumbent te plaatsen en transparant te maken.

Een mededingingsvraagstuk rijst ook als exclusieve rechten bij het graven en aanleggen worden toegekend aan bedrijven of dominante posities ontstaan.

### 2.2.1.3 Grond, kabels en antennes<sup>38</sup>

#### *Graven*

Graven en de daarbij behorende rechten was van oudsher iets dat was voorbehouden aan de PTT. De uitrol van het vaste telefoonnetwerk manifesteerde zich primair als een maatschappelijke last op de openbare en particuliere grond. In de 19e en begin van de twintigste eeuw was telecommunicatie vooral een probleem van inbreuk op de eigendom. De vroegste geschillen waarover in de rechtsliteratuur verslag wordt gedaan gaan over eigendomsrechten.<sup>39</sup> De *Telegraaf & Telefoonwet* 1904 is voornamelijk een graafwet. Toen de Nederlandse overheid voor de beslissing stond om de markt van vaste telecommunicatie-infrastructuur te liberaliseren, koos zij aanvankelijk voor de optie om slechts twee aanbieders van vaste infrastructuur met graafrechten naast KPN toe te laten. Dit was de *Vergunningenwet*,<sup>40</sup> die in een van de vroege Ierstudies werd geanalyseerd.<sup>41</sup> De beleidsoverweging die daaraan ten grondslag lag was dat de overheid wilde dat er met gebruikmaking van wat er lag (de telecommunicatienetten van de NS en de Energiemaatschappijen, de omroepnetten van de Kabelmaatschappijen) snel een tweede landelijke infrastructuur naast die van KPN zou komen (later op aandrang van de Tweede Kamer: twee andere infrastructuren). Het was centraal gestuurde industriepolitiek uit de oude doos. Of dit een haalbare optie was en of zij tot een situatie van duurzame mededinging zou hebben geleid is niet meer vast te stellen, aangezien de

---

<sup>37</sup> Vgl. Dommering 2000.

<sup>38</sup> In het Ierprogramma is in de laatste fase een lange termijn studie naar deze gecompliceerde problematiek uitgezet: N. Sitompoel. *De civiel-, bestuurs- en mededingingsrechtelijke aspecten van ingrepen in de fysieke telecommunicatie-infrastructuur*.

<sup>39</sup> Zie Dommering e.a. 2000, p. 303-304.

<sup>40</sup> Sb. 1996, 320.

<sup>41</sup> De Leeuw 1996.

overheid al snel het roer omgooide en de hele markt voor vaste infrastructuur openstelde met graafrechten voor alle nieuwe aanbieders. Deze nieuwe aanpak ging niet gepaard met het ontwerp van een nieuw wettelijk kader. De bij de Vergunningenwet nog hoog te paard gezeten overheid die met een veldheersblik de maatschappelijke ontwikkeling leiding geeft, was geheel uit het beeld verdwenen. Het hoofdstuk 5 in de Telecommunicatiewet dat het graven regelt komt grotendeels uit de T&T wet 1904, met een aanvulling van de coördinerende bevoegdheid van de gemeenten (in wier grond het immers allemaal zou gaan gebeuren) die echter al spoedig ontoereikend bleek. Wat er daarna geschiedde is een goed voorbeeld van wat het vrije spel der maatschappelijke krachten vermag. Het leek op de muiterij van een leger zonder generaal. Nieuwe toetreders gevoed door veel durfkapitaal stortten zich in de zakelijke nichemarkten en gingen in de zakelijk lucratieve gebieden goten aanleggen, deels gevuld met glas (ook veel pijpen bleven leeg) dat al of niet in gebruik werd genomen ('aangestoken' noemen we het gebruik, niet gebruikt heet 'dark fiber' of 'zwart glas'). De overinvestering en economische verspilling die toen plaatsvonden wordt inmiddels beschreven als de telecommunicatieluchtbel die eind jaren negentig uit elkaar spatte. Het is de waanzinperiode ('railway mania' is het bij de spoorwegen genoemd) die bij innovatierevoluties gevolg wordt door de crash.<sup>42</sup> Zij leidde tot faillissement of financiële herstructurering van de netwerkbedrijven zoals MCI Worldcom, KPN Quest, UPC en Versatel. Op het niveau van de grond zagen we de 'mania' terug in een wirwar van draden die zonder veel coördinatie onder en over elkaar heen zijn gelegd, vaak boven op het elektriciteit- en waternet. Het is zo'n chaos in de onderwereld geworden dat de Minister van Economische Zaken in de zomer van 2003 heeft aangekondigd dat het tijd wordt om deze door middel van een registratieplicht of een meldingsplicht van de graver in kaart te brengen.

Uit het oude recht kwamen ook een paar oude voordelen die KPN als nutsbedrijf had genoten, namelijk de vrijstelling van de overdrachtsbelasting op de aanlegde vaste infrastructuur<sup>43</sup> en de vrijstelling voor precariobelasting voor het liggen in gemeentegrond.<sup>44</sup> Dit bleek evenwel in de Tw niet afdoende geregeld. In 2003 besliste de HR (dus ruim twee jaar na de crash; het recht voltrekt zich tijdloos achter de blinddoek van Vrouwe Justitia) dat kabels onroerend zijn in de zin van de Wet op de Overdrachtsbelasting zodat er overdrachtsbelasting moet worden betaald.<sup>45</sup> En OPTA zat met de dark fiber in zijn maag, omdat onduidelijk was of dat al een 'kabel ten behoeve van een openbaar telecommunicatienetwerk' in de zin van de wet was.<sup>46</sup> In een sector waarin zwaar is geïnvesteerd bleek de overheid niet de vereiste rechtszekerheid te hebben geboden. De sector wordt jaren nadat de bedrijfsplannen zijn bijgesteld aan de verslechterde economische situatie geconfronteerd met potentiële fiscale claims.

### *Antennes*

Antenne-opstelplaatsen hebben in artikel 3.11 Tw een plaats gekregen. Er bestaat niet een opstelrecht, zodat niet van een specifieke regeling kan worden gesproken. De coördinatieproblematiek ligt hier vooral in de sfeer van het milieu en de ruimtelijke ordening. Met name over de milieu-aspecten van antennes voor mobiele telefonie was het nodige te doen.<sup>47</sup>

---

<sup>42</sup> Perez 2002, hoofdstuk 5.

<sup>43</sup> Artikel 15 van de Machtigingswet KPN, *Stb.* 1988, 21.

<sup>44</sup> Artikel 5.6 Tw.

<sup>45</sup> HR 6 mei 2003, *Mf* 2003-7/8, p. 244, m.nt. M.J. Geus en P.K.J.R.M. Camps, *Computerrecht* 2003/4, p. 257-261, m.nt. S.C. Huisjes.

<sup>46</sup> OPTA besluit in het geschil J.M.J. Best/Crystal Infra Broker BV, UPC Kabel/TV en Telecom BV en Bredband BV, d.d. 23 juli 2002, [www.opta.nl](http://www.opta.nl).

<sup>47</sup> Strang & Vriens 1999.

### *Eigendomsrechten*

Kabels zijn moeilijk in te passen in het bestaande systeem van eigendomsrechten, omdat daar de hoofdregel geldt dat wat in de grond ligt van de eigenaar van de grond is. Artikel 5.6 Tw beoogt deze regel te doorbreken, maar legt niet vast waar kabels in het systeem van eigendomsrechten thuis horen. In de al gesignaleerde uitspraak van mei 2003 rangschikte de HR kabels deel uitmaken van een netwerk dat als onroerend moet worden bestempeld (met mogelijk grote consequenties voor de overdrachtbelasting), maar besliste tevens dat de natrekkingsregel van artikel 5.20 onder e van het BW (eigendom van de grond omvat hetgeen er duurzaam mee verenigd is) door artikel 5.6 Tw opzij gezet wordt.<sup>48</sup> Zo ontstaat de eigenaardige situatie dat kabels die krachtens een wetsbepaling geen deel zijn gaan uitmaken van de onroerende ondergrond toch om andere redenen als onroerend worden aangemerkt. Het is dus onroerend tegen onroerend en dat kenden we nog niet in het zakenrecht. Men zou eerder denken aan registergoederen in de zin van artikel 3:10 BW, maar in dat pulletje pasten de telecommunicatieverbindingen volgens de HR niet. Er is hier overigens ook het probleem van dark fiber en lege kabelpijpen. Nu de doorbreking van de natrekkingsregel is opgehangen aan de hoedanigheid van de graver op grond van de Tw rijst nog steeds de vraag wanneer een kabel in de grond een 'kabel ten behoeve van een telecommunicatienetwerk' is.

De eigendomsrechten van antenne-opstalpunten lijken geen grote problemen op te leveren: zij volgen de regels van de wereld der materiële goederen.

### *Mededinging*

De voorsprongpositie van de incumbent doet zich op tal van plaatsen voor, niet alleen waar kabels in de openbare grond liggen, maar ook in gebouwen en particuliere eigendom waar de PTT destijds zonder veel moeite voor niets naar binnen kwam. Het kwam echter alleen tot een groot geschil bij de uitleg van de site sharing plicht en de antenne opstelplaats. In de Dutchtone zaak ging het over de ratio van de site sharing regel. Het CBB oordeelde in de Dutchtone zaak dat gekeken moet worden naar de doelstelling van de regels en sanctioneerde daarmee een ruime uitleg van het begrip opstelplaats van OPTA. Wederom voltrok zich het recht achter de blinddoek van Vrouwe Justitia, te laat om nog wezenlijke invloed op de marktontwikkeling te kunnen krijgen. De beslissing van OPTA was in eerste aanleg door de Voorzieningenrechter geschorst: het recht stond toen wel stil, maar de markt niet.<sup>49</sup>

#### 2.2.1.4 Frequenties

### *Verdeling*

Dit onderwerp is door Iter al vroeg op de agenda gezet en heeft uiteindelijk geleid tot een dissertatie.<sup>50</sup> De overheid had internationaal in het verband van de Internationale Telecommunicatie Unie veel ervaring opgedaan met het coördineren van frequentiebanden (wat wij het *allocatie* proces noemen), maar nog nauwelijks met het verdelen en toewijzen daarvan. Hoofdstuk 3 van de Telecommunicatiewet schiep daarvoor een nieuw kader. De coördinatie van de frequenties die tot dan toe in de sfeer van publiekrechtelijke exploitatie had plaatsgevonden, kwam daarmee in de economische

<sup>48</sup> HR 6 mei 2003, niet gepubliceerd in *Mf* 2003-7/8, p. 244.

<sup>49</sup> CBB 25 april 2001 (zaak Dutchtone), *Mediaforum* 2001-10, p. 320 m.nt. A. Ottow, *Computerrecht* 2001, p. 207, m.nt. E.J. Dommering.

<sup>50</sup> Verberne e.a. 1996 en Verberne 2000.

sfeer. De verdelingsvragen zelf (welk verdelingsinstrument wordt hoe ingezet) riepen nieuwe vragen op van economische, maar ook van politieke aard. Hoeveel aanbieders moeten er worden toegelaten, mogen (bij omroep) andere dan economische criteria een rol spelen, enz. In de betrokken periode heeft zich rond deze kwesties een uitvoerige jurisprudentie gevormd die ik hier verder niet bespreek omdat dat in het kader van deze analyse te gedetailleerd zou worden. In het algemeen kan gezegd worden dat de verdeling door middel van de 'beauty contest' (de vergelijkende toets) op het oog objectief en transparant was (er waren immers objectieve criteria van tevoren vast gesteld), maar in de praktijk niet zo uitpakte. De uitkomst van de vergelijkende toets waarbij een frequentie voor GSM toepassingen in 1995 werd toegekend aan Libertel, was voor de markt even verrassend als de onderlinge rangorde die bij de verdeling voor frequenties voor commerciële radio-omroep in 2003 werd vastgesteld. In beide gevallen een optelsom van plusjes en minnetjes toegeschat door veel deskundigen maar waarvan de logica voor marktpartijen niet doorzichtig was. In het geval van de radio werd de rechter ermee geconfronteerd, maar (anders dan bij beslissingen van OPTA) werd een uiterst marginale toetsing toegepast. Van nulletjes en plusjes valt bestuursrechtelijk geen chocolade te maken.<sup>51</sup> Toch stelt dit de rol van specialistische expertise en hoe er op rechterlijke en bestuurlijke fora mee om te gaan aan de orde. Ik wijs op hetgeen in 2.1.5. naar voren werd gebracht.

Wat nog nieuwer was, was de veiling van een frequentie: langs die weg zou in een open mededinging door de markt een economische waarde aan de natuurlijke hulpbron worden toegekend en het prijsmechanisme zou verder de rest doen. Groter transparantie was niet denkbaar. Daarmee was enige ervaring opgedaan in de Verenigde Staten.<sup>52</sup> In Europa was dit een nieuw mechanisme schoorvoetend toegepast bij de verdeling van de tweede generatie voor mobiele telefonie (DCS 1800), maar kreeg het een breed vervolg in de derde generatie bij de verdeling van de UMTS frequenties. Het opzetten en ontwerpen van een veiling bleek een apart vak dat de overheid onvoldoende bleek te beheersen. Vanuit het Ierprogramma werd een belangrijke bijdrage geleverd aan de ontwikkeling van deze expertise, maar bij de evaluatie van de UMTS veiling kwam naar voren dat de overheid van de beschikbare expertise onvoldoende gebruik had gemaakt.<sup>53</sup> Er kwamen ook economische verrassingen aan het licht. De gegadigden voor de mobiele UMTS waren consortia die waren samengesteld uit incumbents in de vaste en mobiele netten in andere landen die opereerden in de hoogspanning van de zeepbel en hoge beurswaarden noteerden. Het geloof in de toepassingen van de mobiele breedband was dermate groot dat de beursgenoteerde bedrijven meenden dat zij beurswaarde zouden verliezen wanneer zij niet in de nieuwe technologie zouden kunnen meedoen. Zij kwamen daardoor in een prijsspiraal terecht waardoor zij de frequenties voor te hoge bedragen inkochten. Het gevolg daarvan was dat de balansposities van de incumbents werden aangetast, temeer toen de verwachtingen omtrent de mogelijke toepassingen van breedband in de mobiele markt drastisch moeten worden bijgesteld. Aten de muizen te veel van de kaas van het vaste net, de olifanten kregen buikpijn van de gulzigheid waarmee zij zich tegoed hadden gedaan aan de mobiele netten. De zeepbel knalde ook aan deze kant open en zij zette een drastische reorganisatie van de incumbents in.

### *Eigendomsrechten*

De economische waarde van het spectrum maakte er een verhandelbaar goed van. Maar wat voor gebruiksrechten werden er op het spectrum gevestigd? De overheid kon haar

---

<sup>51</sup> Vz. Rechter Rechtbank Rotterdam 3 juli 2003, LJN-nr: AH9746, [www.rechtspraak.nl](http://www.rechtspraak.nl) waarin een voorlopig oordeel wordt gegeven over de rechtmatigheid van de beautycontest.

<sup>52</sup> Verberne e.a 1996.

<sup>53</sup> Behalve Verberne 2000 ook in het onderdeel kennisoverdracht.

aanspraken op dit publieke goed (in normatieve zin: het *kan* wel, maar *mag* niet gemonopoliseerd worden) niet prijsgeven en behield bovendien de belangrijke taak om voor coördinatie in het gebruik te blijven zorgen. De analogie met de gronduitgifte (en de vestiging van volledige eigendomsrechten op de grond) ging daarom niet op, al waren er parallellen met het erfpachtrecht (uitgifte van een absoluut gebruiksrecht, waarvan de formele eigendom bij de overheid bleef berusten). Welke aanspraak op verlenging van een vergunning verwierf een gebruiker? Welke voorwaarden moesten er gesteld worden aan de vrije verhandelbaarheid van een vergunning? Verschillende Ierstudies gingen op die laatste twee aspecten in.<sup>54</sup>

De vragen hebben zich nog steeds niet uitgekristalliseerd. Feit is dat een onderdeel van het spectrum dat 'braak' ligt geen waarde heeft. Dezelfde economische wetmatigheden die zich voordoen bij ontginning van andere natuurlijke hulpbronnen (land, olie) gaan ook hier op, al onderscheidt een frequentieband zich van een oliebron. Laatstgenoemde raakt 'op' door winning, zodat het economisch verantwoord kan zijn winning uit te stellen. Eerstgenoemde raakt niet 'op' door winning, maar uitgestelde winning creëert kunstmatige schaarste en is daarom maatschappelijk onverantwoord. In de geschillen rond de uitgifte van frequenties voor toepassingen van commerciële radio besliste de rechter een en andermaal dat de overheid winbare frequenties niet 'op de plank' mag laten liggen. Van belang is voorts dat winning en exploitatie bij frequenties minder goed te scheiden zijn en dat de economische waarde van een frequentie zich niet altijd op dezelfde manier in het maatschappelijk verkeer verwezenlijkt. Zo worden frequenties tot dusver niet verstrekt aan zendermaatschappijen. Deze bouwen in sommige sectoren van communicatiediensten wel de fysieke en technische infrastructuur. In deze periode ontwikkelde zich bijvoorbeeld in de markt van omroepzenders naast de van oudsher bestaande joint venture van de Staat en de omroepmaatschappijen, een concurrent. In de mobiele telefonie deed zich de scheiding tussen zendermaatschappij en dienstverlener niet voor en verwierven de dienstverleners de frequenties en bouwden zij hun eigen netten. De waarde van de frequenties verschilt naar gelang de aard van de dienst. Bij de omroep is voor een groot deel gelegen in de adresseerfunctie van het nummer van de frequentie. Het publiek stemt op de frequentie af omdat de zender naamsbekendheid heeft gekregen. De frequentie krijgt aldus een merkfunctie. Daardoor kunnen technisch nagenoeg gelijke frequentiepakketten toch in waarde verschillen omdat zij in de markt een andere merkfunctie hebben gekregen. Dit werd empirisch bevestigd bij de verdeling van de frequenties voor commerciële radio-omroep. Bij deze verdeling was een van de verdelingscriteria een uitgebracht bod dat op een reëel bedrijfsplan (dus een inschatting van de verdien capaciteit van een frequentie) moest zijn gebaseerd. Op technisch gelijke pakketten werden verschillende biedingen uitgebracht die waren gebaseerd op het publieksbereik dat in de voorafgaande periode met dit pakket was gerealiseerd. Bij de frequenties die voor mobiele telefonie worden gebruikt, is dat anders. Het publiek adresseert de dienst immers niet via een frequentienummer, maar via de door de dienstverlener uitgegeven telefoonnummers. Het publiek 'ziet' de frequenties niet. De economische waarde-ontwikkeling van de frequentie gaat geheel op in de technische kwaliteit en de dekking van het gebouwde net en de service van de dienstverlener. Daar ligt de merkfunctie.

Bij het uitgeven van 'braakliggende' frequenties was de vraag betrekkelijk simpel: de overheid geeft als 'eigenaar' van dit publieke goed de frequentie uit volgens een bepaald verdeelmechanisme, waarbij de inschatting van de economische exploitatiemogelijkheden de hoogte van de prijs bepaalt. Bij het opnieuw uitgeven van die frequentie is dat niet meer hetzelfde goed en is de waarde ervan verweven geraakt met de dienst die er op is

---

<sup>54</sup> Hins 1996, Van Twist e.a. 1999.



ontwikkeld. De partijen die in de markt werkzaam zijn geweest zullen alles op alles zetten om de frequentie te verwerven, hetgeen de zuiverheid van verdeelmechanisme verstoort. Er zijn dan twee scenario's denkbaar: er treedt een soortgelijke prijsstijging op als bij UMTS waar de incumbents meenden dat zij niet meer zouden meetellen als zij niet in deze technologie zouden gaan. Het andere scenario is dat de frequenties deel zijn gaan uitmaken van de secundaire markt waar zij in het kader van diensten zijn geëxploiteerd. Er zullen zich dan weinig of geen nieuwe toetreders melden. Wat ook het scenario is bij een herverdeling, de economische waarde die verdeeld wordt is een andere dan bij de initiële uitgifte en daarmee is de legitimatie dat deze aan de overheid toekomt ook minder vanzelfsprekend.

Begonnen wij deze periode dus met de ontdekking van de frequentie als economisch goed, we hebben nu geleerd dat herverdeling van frequenties die al ontwikkeld zijn in secundaire markten iets anders is dan initiële verdeling.

### *Mededinging*

De mededingingsvragen die zich voordoen hebben deels te maken met de voorrangpositie van de incumbents, deels met samenwerkingsvormen.

De voorrangpositie van de oude incumbent of de al een beetje incumbent deed zich in verschillende variaties voor in de mobiele markt, toen nieuwe frequentiepakketten werden uitgegeven. Wat voor compensaties kan de nieuwe toetreders verlangen om het nadeel van de achterstand weg te nemen? De vraag kwam bij elke nieuwe verdelingsronde aan de orde en dit leidde in een aantal gevallen tot procedures.<sup>55</sup>

De economies of scale die nu eenmaal bij de aanleg van netwerken spelen werden ook bij mobiele netwerken manifest, met name toen door de tegenvallende vooruitzichten van de UMTS exploitatie de bouw van een netwerk een te grote financiële last werd. Zowel de EG Commissie als de Nma stelden hun beleidsvisies met betrekking tot de gezamenlijke exploitatie van netten bij.

Tot slot zien we hier een tweede golf in de verzelfstandiging optreden met de verzelfstandiging van de Nozema. Bij de parlementaire behandeling over dit onderwerp werd, anders dan bij KPN, wel de scheiding tussen netwerkfunctie en dienstverlening op de agenda gezet.<sup>56</sup>

### 2.2.1.5 Adressering

#### *Algemene trends*

Adressering vormt een wezenlijk aspect van communicatie.<sup>57</sup> Zonder adressering bereikt de boodschap niet de beoogde ontvanger. Dit geldt voor elke vorm van communicatie. Omroep onderscheidt men meestal van andere vormen van communicatie, hierin dat het openbaar is en niet geadresseerd. Dat is maar gedeeltelijk zo. Weliswaar is de verspreiding van een omroepdienst ongericht, de uitzender probeert door de samenstelling van zijn programma een doelgroep te bereiken die homogeen van samenstelling is, zodat hij 'een band opbouwt' met die groep van het publiek waar hij het programma op kan richten. Op deze manier kan hij ook aan de adverteerder laten zien dat bij het programma een publiek hoort dat in bepaalde producten en diensten is geïnteresseerd, zodat deze daarop gerichte reclameboodschappen kan maken waarvoor hij zendtijd gaat kopen bij de uitzender. De adressering wordt verder bewerkstelligd door de leden van het publiek

<sup>55</sup> Zie bijvoorbeeld Rb Den Haag 25 juli 2001 (Dutchtone/Staat & KPN); CBB 30 januari 2002 (Dutchtone vs. Staatssecretaris V&W, KPN en Libertel).

<sup>56</sup> Zie bijvoorbeeld: *Kamerstukken II* 1999-2000, 27019, nrs. 4 en 5. Zie ook *Aanhangsel Handelingen II* 2000-2001, nr. 718 en *Kamerstukken II* 2002-2003, 24095 nr. 131.

<sup>57</sup> Andriopoulos e.a. 2001.

ertoe te bewegen de voorkeuzetoetsen op hun ontvangtoestellen op de zender af te stemmen (de merkfunctie van de frequentie) en langs andere individueel geadresseerde media bij de uitzending te betrekken (SMS-en of via 800-900 nummers inbellen of e-mailen tijdens de uitzending). De combinatie van niet geadresseerde met geadresseerde media is een steeds vaker voorkomende combinatie, omdat langs die weg het publiek rechtstreeks gaat meebetalen aan de uitzendingen. Naast de ongerichte verspreiding van omroepprogramma's zien wij de *conditional access* systemen geleidelijk oprukken. Hieronder begrijpen we alle vormen van toegang waarbij de gebruiker eerst een contract moet afsluiten om toegang tot de (in een of andere vorm gecodeerd verspreide) informatie te krijgen. Daarmee krijgt de boodschap dus automatisch een geadresseerd karakter.

Er is dus in de publieksmedia een trend naar geadresseerde verspreiding waar te nemen. Adressering is voor *point to point* (tele)communicatie van meet af aan wezenlijk geweest. Zonder juist adres geen bestelde brief, zonder telefoonnummer geen telefoongesprek of fax, zonder e-mailadres geen berichtuitwisseling, zonder webadres geen documentverzending. In deze periode heeft zich in de adressering in de telecommunicatie een omwenteling voltrokken die zowel nieuwe verdeel- als eigendomsvraagstukken aan de orde stelden. Het raakt zowel de telefonie als het Internet. De betekenis van het adres in de telecommunicatie en een vergelijking tussen de ontwikkeling in de telefonie en internetadressering werden in een aantal Iterstudies breed onderzocht.<sup>58</sup> We kunnen vaststellen dat de trend hier is dat het telecommunicatieadres steeds meer een merkfunctie kreeg en het adres steeds meer werd losgemaakt van zijn topografische context. Ik zal daar nu voor telefonie en internet afzonderlijk op ingaan. De convergerende trend van adressering in media die zich van oudsher onderscheidde door ongerichte verspreiding en massaal verstuurd geadresseerde boodschappen (zoals reclame per e-mail) zette de bestaande juridische categorieën onder druk.

### *Telefonie*

Hoofdstuk 4 van de Telecommunicatiewet bevat de regeling voor de verdeling van nummers. Binnen de telefonie was deze aangelegenheid van oudsher gecoördineerd binnen de ITU.<sup>59</sup> De verdeling geschiedde door de staatsPTT's. De ONP plaatste de verdeling op afstand bij de overheid. Het bouwde op zich zelf voort op het ITU kader waarbinnen als vanzelfsprekend de overheid (net als bij frequenties) werd aangemerkt als de eigenaar van de adresruimte. De adressering was gebaseerd op de technologie van de geschakelde telefonie: een hiërarchisch opgebouwd net met landelijke en lokale centrales werd geadresseerd volgens een nummer waarin het adres een boomstructuur had die verwees naar het land, de gemeente, de wijk en het individuele adres. Hoewel het individuele adres niet rechtstreeks uit het nummer is af te leiden is dit toch topografisch te herleiden, vergelijkbaar met postcodes bij de post.

De verandering die zich hier voltrok was tweëerlei. De mobiele nummers maakten het adres los van een topografische plaats en koppelde dit aan personen en diensten. Daarmee kreeg het ook de rol van een persoonlijk en zakelijk onderscheidingsteken in het maatschappelijk verkeer. Helemaal nieuw was dit natuurlijk niet, omdat de vraag uit de markt voor makkelijke en mooie nummers in het vaste net de trend in die richting al had aangegeven. 800-900 nummers die rechtstreeks aan diensten werden gekoppeld maakten het telecommunicatieadres definitief los van de plaats en gaf het een economische betekenis. De tweede ontwikkeling was die van de vorming van een alfanumerieke standaard binnen de ITU voor het cijferfotoetsenbord. Dit maakte het

---

<sup>58</sup> Dommering, Clarkson e.a., Van Eijk, Hurkmans 1999; Sitompoel e.a. 2001; Grosheide & de Schepper 1999.

<sup>59</sup> Sitompoel e.a. 2001.

mogelijk om telefoonnummers met woordmerken te verbinden. Daarmee was ook het verdelingsvraagstuk en de eigendomsvraag gesteld bij alfanumerieke nummers.<sup>60</sup> De overheid begon na te denken over een verdeelmechanisme dat recht deed aan die economische functie. In de nieuwe wet is de mogelijkheid van veiling voorzien. Maar welk recht levert een toegekend naamnummer op?

### *Internet<sup>61</sup>*

Het internet adresseersysteem is op basis van afspraken met het Amerikaanse ministerie van defensie (het is immers oorspronkelijk uit het Amerikaanse defensienetwerk ARPA voortgekomen) door academici ontwikkeld. Van daaruit is het in een losse structuur uitgewaaid over de wereld. Het adresseersysteem berust op het IP nummer dat het adres van een computer in cyberspace definieert, geheel onafhankelijk van de plaats in de wereld. Tezamen met het TCP protocol is het de TCP/IP standaard voor het pakketgeschakelde net geworden die alle computernetwerken met elkaar verbindt en alle andere communicatieprotocollen heeft verdrongen door wat economen het 'bandwagon' effect noemen. Als een standaard voldoende kritische massa in de markt heeft gekregen springt iedereen op de wagen. Daarmee is niet noodzakelijk de technisch beste standaard gevestigd, maar wordt het externe effect bereikt dat iedereen op deze manier gemakkelijk met elkaar kan communiceren. Het feit dat iedereen meedoet is economisch belangrijker dan dat de technisch beste standaard wint. We hebben vaker dergelijke ontwikkelingen gezien bij videostandaarden, toetsenborden, type software programma's (Word versus WP).

Het grote succes van deze standaard was evenwel de verbinding met het *Domain Name Service* systeem. Strict genomen gaat het hier om een teledienst die niet in een behandeling van de netwerklaag thuis hoort, maar als directe koppeling tussen een adresseersysteem waarmee mensen met elkaar communiceren en het TCP/IP systeem waarmee computers dat met elkaar doen, hier behandeling verdient, omdat het het succes van het Internet verklaart. De domeinnaam heeft evenmin een relatie met de topografische wereld, maar verbindt direct adressen met namen en diensten. Om de adresseerfunctie te kunnen verwerklijken, moet er wel een structuur in dat adres zitten. Het vertoont evenals een telefoonnummer een hiërarchische structuur, maar in omgekeerde volgorde van de naam, via organisatiedomeinen naar het topleveldomein (nl., org. etc). Het definiëren van het topleveldomein noemt men de *root*. Wie de root beheerst, beheerst het adresseersysteem van het Internet, omdat alleen daardoor een effectieve koppeling tussen IP nummers en domeinnamen tot stand kan worden gebracht, en bovendien de zeggenschap over het creëren van nieuwe topleveldomeinnamen de eigendom en schaarsteverhoudingen bepaalt. Het succes van het domeinnaamsysteem en de onduidelijkheid over de zeggenschap van de root maakten dat de eigendom- en verdeelvragen bij het Internet groter en gecompliceerder werden dan bij het telefoonadressysteem.

Het domeinnaamsysteem hangt een gordijn voor de techniek van het Internetcommunicatiesysteem, waardoor de mensen met elkaar kunnen communiceren zonder de wiskundige wereld van de nummers te betreden. Hierin verschilt het fundamenteel van de telefonie. Ook de alfanumerieke namen moet de consument immers nog aankiezen via een omzetting van nummers. De grote aanjager van het domeinnaamgebruik was evenwel het World Wide Web dat via de webpagina's en het hyperlink text systeem een nieuw massamedium creëerde. Webadressen werden gekoppeld aan het domeinnaam die in de URL's (de Uniform Resource Locators) werden opgenomen volgens een structuur: <http://www.domeinnaam/> source locators die in een

---

<sup>60</sup> Van Eijk 1999.

<sup>61</sup> Sitompoel e.a. 2001; verder leunt dit stuk op Mueller 2002 dat een feitelijk en juridisch-economisch een glasheldere analyse bevat.

steeds verfijndere boomstructuur (telkens gescheiden door schuine streepjes om de files in te delen) naar documenten en bronnen verwijzen met doorverwijzingen naar andere websites via het hypertextsysteem. Het domeinnaamsysteem kreeg met name door dit openbare gebruik een sterke merkenfunctie. Het deed echter meer: het verbond namen niet alleen met goederen en diensten, maar ook met elk gewenst object of activiteit. Beschrijvende termen kregen daarmee ineens een glans en een functionaliteit die zij in het scherp afgebakende systeem van het merkenrecht nooit gehad hadden. Er heerste in een situatie waarin de 'common pool' ineens economische waarde kreeg een eldoradostemming waarin kapers hun slag probeerden te slaan door bekende namen (merken) en aanleunende termen te hamsteren( *domain name grabbers* en *type squatters* zijn de termen). Dat kon doordat de uitgevende instanties het first come first served beginsel hanteerden. Deze nieuwe onderscheidingsfunctie leidde tot een clash met het bestaande systeem van merkenrechten dat ook binnen het Iterprogramma al vrij snel de aandacht kreeg.<sup>62</sup>Het gaat daarbij om fundamentele vragen of domeinnamen geheel opgaan in het bestaande systeem van merkenrechten of eigen rechten in het leven roepen, en zo ja wat dat dan voor rechten zijn. Voor wat de merkenrechten betreft is het pleit in het voordeel van het merkenrecht beslist via tal van rechterlijke procedures.<sup>63</sup> In de literatuur werd de nieuwe rechtenconstructie verdedigd en aangevallen.<sup>64</sup> Wel is de jurisdictievraag over de wereldwijd werkende toplevelinschrijvingen een blijvend punt van aandacht.

De groeiende economische betekenis van de domeinnaam bracht de coördinatie en verdeelvraag scherper op de agenda. Op technisch niveau is dat de inrichting van het IP nummersysteem.<sup>65</sup> Ook de discussie over verdere ontwikkeling van het TCP/IP protocol werpt daar licht op, omdat ze de toegankelijkheid van het systeem kunnen beïnvloeden. Op het niveau van het DNS is dat de vraag wie zeggenschap over de root uitoefent. Alle belanghebbenden in dit spel: de Amerikaanse en Europese overheid, de 'Internetwereld', de 'oude' telecommunicatiewereld van de merkgerechtigden gingen met elkaar in de slag.<sup>66</sup> Het is een boeiend voorbeeld wat de convergentieprocessen in de telecommunicatie vermochten: ineens zaten werelden die elkaar niet kenden, maar op verschillende niveau's met communicatie te maken hadden, met elkaar aan tafel. Waren de partijen die gewend waren om schaarstevraagstukken rationeel op te lossen geneigd om het aantal topleveldomeinnamen uit te breiden, zij vonden de merkgerechtigden tegenover zich die bij weinig top level domeinen het bereik van de sterke en beroemde merken beter gewaarborgd achtten. De beroemde merken hadden in de real world toch altijd al de pest gehad aan verfijnde warenklassen en de vernauwing van de merkenfunctie tot verwarringgevaar bij de consumenten. Ook op het Internet wilden zij 'big' zijn. Het is maar een van de voorbeelden van de hoog oplopende spanningen. Het uiteindelijke compromis in de ICANN, een private organisatie waarin algemene en particuliere belangen met elkaar moeten samenwerken, heeft maar een dubieuze legitimiteit.

Voor de nationale overheden die zeggenschap willen claimen over het nationale topleveldomein (.nl) bestaat het probleem dat het coördinatie en verdeeltraject geheel is uitgevoerd door een private organisatie, die haar rechten ontleent aan de informele arrangementen in de academische wereld aan het begin van de ontwikkeling van het Internet of eigen rechten claimt. Van wie is het wereldwijde en van wie het nationale

---

<sup>62</sup> Westenbrink 2000; Oudejans 1999; Tsoutsanis 2003.

<sup>63</sup> Tsoutsanis 2003.

<sup>64</sup> Zie o.a. Remy Chavannes. 'Stichting Internet Domeinregistratie: verplichte despoot of slordige monopolist?', in: *Mf*2000-10, p. 331-333.

<sup>65</sup> Daarover Clarkson e.a 1999.

<sup>66</sup> Dit is een wat ruwe samenvatting van de stakeholders die in het geding waren. Mueller 2002, p. 166-167 identificeert er elf.

toplevel domein? Het is minder eenvoudig dan bij het telefoonnummerdomein en het spectrum. Bij de instelling van ICANN claimde Networksolutions, die het contract met de Amerikaanse overheid had, eigendomsrechten op de database van de com., net., en org. tld's.<sup>67</sup> De zeggenschapsrechten over de nationale top level domeinen, waar de overheden in toenemende mate meer over te zeggen willen hebben, zijn onduidelijk.<sup>68</sup> ICANN zou zich kunnen ontwikkelen als een nieuwe publiek-private vorm van *global governance*, maar hangt nog steeds aan de touwtjes van de Amerikaanse overheid.<sup>69</sup> De organisatie is in de onderhandelingen tussen de Amerikaanse overheid en de belangrijke stakeholders in het veld totstandgekomen. Gebruikers waren daarin en zijn in de organisatie ondervertegenwoordigd.<sup>70</sup> Het medium dat de communicatie in de wereld op alle niveau's op zijn kop zette heeft kortom een wankele institutionele basis.

## 2.2.2 Interconnectie en (bijzondere) toegang

### 2.2.2.1 Algemene trends

Het ONP kader verschafte het belangrijkste instrumentarium om de concurrentie op gang te brengen in de vorm van de regeling van interconnectie (het koppelen van netten) en bijzondere toegang (het toegang krijgen tot het net of de dienst van de incumbent op andere plaatsen dat het (consumenten) aansluitpunt). De vraagpunten die deze nieuwe materie opriep waren gecompliceerd, omdat zij juridische, technische en economische vragen met elkaar verknoopt. Het is een speelveld dat zich voornamelijk in de praktijk ontwikkelde, al zijn er wel een aantal Ierstudies aan gewijd.<sup>71</sup>

De grote ontwikkelingslijnen zijn hier in de eerste plaats de langdurige operaties om tot tariefregulering te komen. Van begin af aan heeft de regulator hier geworsteld met het feit dat het grootste deel van het verkeer ontspringt in het aansluitnet van KPN en ook weer via dat aansluitnet moet worden afgeleverd. KPN is dus dominant in de wholesale markt (verkoopt interconnectiediensten aan de concurrenten) en in de retail markt (verkoopt telefoondiensten in concurrentie). Als zij te hoge prijzen vraagt op de eerste markt en met haar consumentenprijzen in de tweede markt scherp naar beneden gaat, ontstaat voor de concurrenten de zogenaamde *price squeeze*. De concurrent moet immers zijn toegang op het aansluitnet krijgen voor het ophalen en afleveren van het verkeer van haar klanten.

Een tweede ontwikkelingslijn is de revolutionaire omslag van de aard van het verkeer op het telefoonnet. Het telefoonnet is statistisch gedimensioneerd op het telefoongesprek: korte sessies met pieken op de dag en dalen in de nacht. In deze periode werd meer dan de helft van het plaatselijke verkeer Internetverkeer dat een geheel andere structuur heeft: lange sessies met dalen op de dag en pieken in de nacht. Dit had grote voordelen voor KPN omdat het net ook in de daluren kon worden benut, maar schiep een nieuwe vorm van schaarste omdat het publiek tegen lokaal tarief (met de lokale inbelnummers van de ISP's) in lange sessies interlokaal en internationaal ging bellen. Bovendien zette het een exploitatiemodel dat gebaseerd was op 'tikken' (betaling per gebruiksminuut) waarmee KPN goudgeld aan het koper kon verdienen op zijn kop. Internetgebruikers gingen in

---

<sup>67</sup> Mueller 2003, p. 182.

<sup>68</sup> Ibid., p. 206.

<sup>69</sup> Ibid., p. 211 en p. 223.

<sup>70</sup> Ibid., p. 197.

<sup>71</sup> De Vlaam e.a. 1997; De Bruijn e.a. 2002; H. Bouwman, N.A.N.M. van Eijk, H. de Vlaam, N. Sitompoel. *Interconnectie: het vaste telefoonnet, het mobiele net en Internet*. Nog niet gepubliceerd.

toenemende mate over (en zullen in toenemende mate overgaan) op de betaling van vast bedrag voor alle vormen van gebruik van het net.

Een derde lijn is die van de integratie van het vaste en het mobiele verkeer. Steeds meer telefoongesprekken gaan van een mobiel toestel naar een vast toestel of omgekeerd. De interconnectie van het mobiele verkeer kwam daardoor steeds meer in de aandacht. Zij bleek onvoldoende in het ONP kader te zijn geregeld.

Een vierde ontwikkelingslijn is die van de geleidelijke digitalisering van het net. De multifunctionaliteit van het net paste niet in het ONP kader. De Nederlandse wetgever had die slaafs gevolgd door in de Telecommunicatiewet netten niet multifunctioneel maar naar de dienst te definiëren: een telefoonnet, een datanet, een omroepnet. Dit gaf in de praktijk geleidelijk steeds meer fricties.

Tenslotte moet de hele zogenaamde *herbalanseringsoperatie* worden genoemd. Daarmee doelen wij op het feit dat de interne subsidie die in het tijdperk van de universele dienst ervoor had gezorgd dat de lokale eindgebruikerstarieven laag waren, uit het tarief werd gehaald. Daardoor gingen de lokale tarieven omhoog en daalden deze op de lange afstandstrajecten. Vooral deze operatie was heel zichtbaar voor de consument, zeker ook toen het gebruiksonafhankelijke deel van het tarief (het abonnement) omhoog ging omdat de consument voor het aangesloten zijn op het aansluitnet een vaste prijs ging betalen.

Op enkele van deze trends ga ik hierna in. De geschiedenis van de tariefregulering (zowel whole sale als retail) laat ik als te gedetailleerd grotendeels buiten beschouwing. Ook allerlei variaties van toegang blijven daarom buiten behandeling. Het Iterprogramma heeft op dit vlak ook weinig bijdragen geleverd.

#### 2.2.2.2 Telefonie

##### *Vast*

De nieuwe toetreders tot de markt zouden concurrentie en innovatie moeten brengen, maar zij troffen een marktstructuur aan die bepaald was door de historische configuratie van het telefoonnet. De bruggen (points of presence, 'pops') die zij moesten bouwen om interconnectie te bereiken moesten zich aanpassen aan die configuratie. De nieuwe toetreders stonden daarbij voor het dilemma dat, als zij te hoog in het net zouden interconnecteren (landelijk, regionaal), zij een hogere prijs voor de interconnectie zouden moeten betalen, omdat het verkeer dat zij afnamen of afleverden een langere afstand op het net van KPN zou moeten afleggen. Het zou wel passen bij de nieuwe intelligente centrales die niet meer uit gaan van een hiërarchisch net. Zouden zij om de prijs te drukken lager interconnecteren dan moesten zij noodgedwongen de verouderde configuratie van de hiërarchische structuur van het telefoonnet volgen. Uiteindelijk zat er niet veel anders op dan geleidelijk uit te rollen naar regionaal niveau. De *local loop* (het aansluitnet) was een brug te ver. Enige tijd heeft nog de gedachte geleefd dat via een etherverbinding aan het eind er een alternatief draadloos aansluitnet (de *wireless local loop*) zou kunnen worden gebouwd. Maar de inschattingen van de technische haalbaarheid van dit alternatief bleken even overspannen als bij UMTS. Een door de overheid voorgenomen veiling moest worden afgeblazen wegens gebrek aan belangstelling. Het enige overgebleven alternatief van de ontbundeling van het aansluitnet (de nieuwe toetreders neemt tegen een huurprijs de verbinding van de abonnee met de verdeelkast over) verliep moeizaam. Het bracht bovendien een nieuw schaarse verdeelvraagstuk aan het licht. De voor deze ontbundeling noodzakelijke colocatie in de ruimten van KPN gaf problemen op het moment dat teveel aanbieders die toegang vroegen.

De omslag van spraak naar Internetverkeer leidde niet alleen tot een heel andere dimensionering van het verkeer, maar ook tot een andere richting van het

interconnectieverkeer. KPN had de interconnectiecontracten gesloten in de veronderstelling dat het meeste verkeer op haar net zou worden getermineerd. De Internetmarkt werd echter ontwikkeld door de nieuwe toetreders die de Internet Service Providers aan zich wisten te binden door de zogenaamde *kick back* vergoedingen: de ISP's kregen een vergoeding van het netwerkbedrijf voor het verkeer dat zij op de netten van deze bedrijven aanbrachten waardoor zij de grote publieksaanjager 'gratis Internet' konden aanbieden. Dat betekende dat de meerderheid van het inbelverkeer tegen lokaal tarief op Internet uit het net van KPN verdween richting concurrenten, en dat KPN daarvoor een interconnectiedienst bij de concurrenten moest afnemen tegen een hoge vergoeding. KPN probeerde het verschil in prijs voor de gereguleerde interconnectie (terminering op het net van KPN) en de niet gereguleerde interconnectie (terminering op het net van de concurrent), langs verschillende manieren aan de orde te stellen bij OPTA. In deze geschillen kwam de basisvraag aan de orde waarom de tarieven moesten worden gereguleerd en wat precies de relevante markten waren. Hier kwam voor het eerst de notie van een *terminating market* aan de orde, hetgeen zoveel wil zeggen dat ieder net een eigen markt is of kan zijn, omdat dat de enige manier is om de gebelde te bereiken. De omslag in het verkeer in aard en richting had nog een ander gevolg, en wel op het vlak van de schaarste. KPN had bij het begin van de liberalisering geheel andere inschattingen van het interconnectieverkeer gemaakt dan de praktijk liet zien, en beschikte daardoor op de punten waar het interconnectieverkeer moest worden afgeleverd niet over voldoende interconnectiepoorten. De klanten van de ISP's die bij de andere netten waren aangesloten merkten dat doordat zij regelmatig in-gesprektonen kregen wanneer zij verbinding zochten. Dit gaf veel spanning in de markt en het veroorzaakte veel geschillen. OPTA stond tegenover deze nieuwe schaarste met lege handen omdat zij geen instrumenten van de wetgever had gekregen om KPN maatregelen in het belang van het state of the art houden van het net op te leggen.

### *Mobiel*

Naar mate de markt van mobiele telefonie verzadigd raakte, en zich meer concurrenten in de markt hadden genesteld, kwam de vraag naar tariefregulering van het mobiele verkeer hoger op de agenda. Het ONP kader gaf echter veel minder aanknopingspunten voor die tariefregulering en dat was er de reden van dat OPTA uiteindelijk niet slaagde in een lang opgezette actie om op basis van de Telecommunicatiewet regulerend op te treden. Los van de vraag of de gegeven uitleg en motivering van de Rechtbank Rotterdam de schoonheidsprijs verdient, moeten wij vaststellen dat het institutionele kader tekortschoot, eenvoudig omdat de opstellers van de ONP regels onvoldoende met deze ontwikkeling rekening hadden gehouden.

#### 2.2.2.3 Dataverkeer: tekst en beeld

In deze periode werd spraak in toenemende mate dataverkeer. Internetverkeer is pakketgeschakeld dataverkeer dat zich aan de eindgebruiker presenteert in de vorm van beeld, tekst en geluid. Dit stelt geheel nieuwe eisen aan het vaste net. Er is meer capaciteit nodig voor de communicatie van en naar de eindgebruiker, die in plaats van spraak grote beeld en tekstbestanden wil ontvangen en versturen. Dit bracht de breedbandtechnologie in het aansluitnet van het telefoonnet en de omroepnetten op gang. Maar niet alleen daar. In toenemende mate werd het telefoonnet een universeel transportnet dat in de hogere delen 'verglaasd' werd. Daarmee kroop KPN geleidelijk uit de huid van de ONP-olifant. Op het hogere niveau werd het net in toenemende mate voor iets anders gebruikt dan spraak. Het gehele ONP-kader was echter op de ONP-

olifant gebaseerd. Alle marktpartijen hadden hun bruggen en laddertjes tegen een gevel geplaatst die op een olifant leek, maar steeds meer een Potemkin-gevel bleek te zijn: achter de gevel verscheen geleidelijk een glazen huis waarin steeds meer bits heen en weer zoefden langs steeds bredere super highways, maar waar zij steeds beperktere toegang toe kregen. KPN had er namelijk wel voor gezorgd dat in al die bitstromen de bitstroom ‘spraak’ als zodanig identificeerbaar bleef, ook nadat zij het spraak en dataverkeer dat in het aansluitnet ontsprong uit elkaar had geplukt. De concurrenten konden alleen toegang tot de bitstroom ‘spraak’ krijgen. Het gevolg van de ONP-aanpak was dus paradoxaal. Naar mate de incumbent in het vaste net op nieuwe markten dominanter werd doordat het telefoonnet voor steeds meer doeleinden werd uitgebouwd, kregen de concurrenten beperkter toegang tot dat net. Dit is kort samengevat het gevolg van de uitspraak van de Voorzieningenrechter van 25 juli 2003 in de zogenaamde bitstroomzaak:<sup>72</sup> *A bit is a rose when we call it a rose but it smells as sweet by any other name.*

Ook in het mobiele net zien wij de verschuiving naar dataverkeer. De standaardisatie van het alfanumerieke toetsenbord, kreeg de niet voorspelde sociale dimensie van de sms cultuur van het elkaar zenden van korte tekstberichten. Zou het mobiele net ook een soort Internet worden? In de directiekamers van alle grote telecommunicatie-ondernemingen dachten ze dat na allerlei opgewonden adviezen van deskundigen uit de *new economy* van wel, toen ze al hun geld in een *winners mood* op de roulettetafel van de UMTSveiling inzetten. Maar dataverkeer via een mobiele applicatie heeft zijn beperkingen. Ik moest er aan denken toen ik in deze zomer in Frankrijk in de krant las dat een vrouw in een rijdende auto die zij zelf bestuurde aan het stuur een sms-bericht wilde versturen naar een vriendin die wat verder op de weg reed, om haar te vertellen dat zij in een file terecht was gekomen. Zij had al haar aandacht bij het toetsenbord en zag niet dat de auto voor haar stopte. Dat gebeurt namelijk in files. Zij knalde er tegen aan met als resultaat twee doden in de auto voor haar. Zij en haar kinderen kwamen met de schrik vrij. Dat is wat met recht een *killer application* kan worden genoemd. Een mobiele telefoon is dus maar in beperkte mate voor mobiel gebruik geschikt, zodat ook het telefoneren tijdens het chaufferen al vrij snel werd verboden.

Waarschijnlijk blijft mobiel dataverkeer sociaal functioneren om korte tekst en beeldberichten te verzenden en te ontvangen, maar daar is geen breedband voor nodig. En aan sex of sport op het postzegelformaat van een mobiel schermpje is al gauw de aardigheid af. De auto's op de elektronische snelweg worden bij de gebruiker achter zijn PC naar binnen gereden.

#### 2.2.2.4 Omroepnetten

Het omroepnetwerk (voorheen de draadomroepinrichting) heeft in Nederland een lange geschiedenis die al dikwijls verteld is en hier niet opnieuw hoeft te worden verteld.<sup>73</sup> Begonnen als een consumenteninitiatief doordat bewoners van flatgebouwen het gebruik van de antenne begonnen te delen (de zogenaamde Gemeenschappelijke Antenneinrichting), werd het overgenomen door de gemeenten die hun gebiedsmonopolie gebruikten om binnen de gemeentegrenzen een net naast dat van PTT aan te leggen. De beleidsdoelstellingen daarbij waren vooral ontleend aan de ruimtelijke ordening. Individuele ontvangst van radio en televisieprogramma's ging door de bouw van steeds hogere huizen naast de laagbouw achteruit en het aangezicht van al die antennes op het dak schaadde de esthetiek van de leefomgeving. Toen de netten er eenmaal lagen, begonnen de gemeenten ook doeleinden van lokale mediapolitiek onder hun beleid te

<sup>72</sup> Vz. Rechter Rotterdam 25 juli 2003, VTELEC 03/1400-HRK inzake KPN/OPTA/Tiscali.

<sup>73</sup> Dake & Boers 1999.



schuiven. De netten die ten koste van veel investeringen (grotendeel betaald door de consumenten) waren aangelegd, waren niet multifunctioneel, hoewel dat naar de stand van de techniek wel had gekund. Vandaar 'draadomroepinrichtingen'. Het waren van meet af aan breedbandnetten, omdat ze immers veel beeld moesten transporteren. Geleidelijk aan werd de capaciteit opgevoerd. Eind jaren tachtig kwamen de grote privatiseringen op gang waarbij het voornaamste doel was om zoveel mogelijk geld in de gemeentelijke lade te krijgen. Voor deze breedbandnetten werden aanzienlijke overnamesommen betaald, voornamelijk omdat de nieuwe eigenaren dachten dat zij met deze netten geleidelijk een groter aantal andere diensten in de markt zouden kunnen zetten dan de doorgifte van omroepprogramma's. De ontwikkeling daarvan ging echter veel langzamer zodat het ook vandaag nog voornamelijk omroepnetten zijn, hoewel sommige kabelexploitanten hun monopolie op dit net met enig succes aanwendden door eigen ISP diensten aan te bieden, waarmee zij een behoorlijk aantal kabelabonnees naar zich toe konden trekken.<sup>74</sup> De privatiseringen hadden inmiddels wel tot gevolg dat de consument die destijds voor de aanleg van dat net had betaald en de meerwaarde daarvan in de gemeentelijke kassen had zien verdwijnen, geconfronteerd werd met regionale monopolisten, waarvan hij voor de programmadistributie geheel afhankelijk was. Maar toen klapte de zeepbel en bleken al die netten te duur ingekocht. Ze lagen er nu maar de innovatie werd op een laag pitje gezet.

De eigen geschiedenis van de omroepnetwerken heeft tot gevolg dat zij zich maar met grote moeite tot multifunctionele netten kunnen ontwikkelen en ook een intransparante en monopoliede tariefstructuur zijn blijven behouden.<sup>75</sup> De mediapolitiek van gemeente of centrale overheid had tot doel de consumentenprijs van het basispakket laag te houden. Dit had indirect tot gevolg dat de kabelexploitanten de doorgifteprijzen voor het transport van de commerciële aanbieders drastisch verhoogden. En daarmee kwamen grote en gecompliceerde toelatingsgeschillen tussen programma-aanbieders en kabelexploitanten in beeld.

De wetgever had het omroepnetwerk, evenals het graven in de grond, grotendeels als een historisch gegeven behandeld. ONP ging er niet over, men reproduceerde dus wat er in het nationale recht voor handen was. Op aandrang van de Tweede Kamer werd er toch een geschillenregeling in de wet opgenomen.<sup>76</sup> Maar dit was amendementwetgeving en die toonde daarvan de gebruikelijke haastsporen die bij de toepassing op de snijtafel van de Awb de nodige problemen gaf.<sup>77</sup>

Het landelijk overleg tussen de stakeholders begeleid door het ministerie van O C & W om tot een tariefstructuur te komen die meer in een telecommunicatiemodel paste met een heldere scheiding tussen de transportfunctie en de diensten, leverde geen resultaat op.<sup>78</sup> De Regering gaf te kennen hierin zelf ook geen initiatieven te zullen ontplooiën.<sup>79</sup> Dit laat andermaal een gebrek aan beleid zien om tot ontwikkeling van concurrerende infrastructuur te komen, omdat het ontbreken van een heldere tariefstructuur een (zij het niet de enige) van de bottlenecks is waardoor er geen innovatie in de kabel plaatsvindt.

Ook hier liep de dienstenspecifieke definitie van het netwerk vast, omdat toegangsvraagstukken met betrekking tot andere diensten dan omroep niet konden worden gereguleerd. Bij de belangrijke nieuwe ontwikkeling van het gebruik van de kabel voor het Internet stond de toezichthouder dus met lege handen.

---

<sup>74</sup> MvEz 2003, p. 34 figuur 3.32.

<sup>75</sup> Dommering 1997 bevat een gedetailleerde analyse.

<sup>76</sup> E.J. Dommering e.a. 1999, p. 534 e.v.

<sup>77</sup> Rb. Rotterdam 26 februari 2003 inzake UPC/Canal+, *Mf* 2003-4, p. 147-152, m.nt. N.A.N.M. van Eijk.

<sup>78</sup> OPTA, Consultatiedocument *Toegang tot de Kabel, Herbalancering van de Kabeltarieven*. Den Haag: OPTA 16 mei 2002 en het Rapport van Bevindingen. Den Haag: OPTA 5 december 2002. *Kamerstukken II* 2002/2003, 27088, nr. 31.

<sup>79</sup> *Kamerstukken II* 2002/2003, 28203, nr. 6 en 13.

### 2.2.2.5 De relatie tussen publiek - en privaatrecht

De verhouding tussen publiek en privaatrecht kwam bij verdelingsvragen herhaaldelijk aan de orde. Regulering van de toegang tot netwerken grijpt op twee manieren in een privaatrechtelijke verhouding in. Door middel van aanwijzingen van de toezichthouder moet de eigenaar van een netwerk een ander aan zijn net koppelen of een dienstverlener op zijn netwerk dulden. Dit is dus een afgedwongen inbreuk op het eigendomsrecht. De tweede ingreep is dat de contractuele verhouding voor een deel door de toezichthouder wordt vastgesteld. Als partijen daarover een geschil hebben gaan zij niet naar de civiele rechter maar naar de bestuursrechter. Uiteindelijk staan zij echter in een contractuele verhouding tot elkaar. Als partijen nakoming van het contract willen moeten zij naar de burgerlijke rechter. Maar hoe verhouden dit bestuurlijke en civiele aspect zich nu precies tot elkaar? Dit is een nieuw fenomeen voor het burgerlijk recht. Ook hier dus een confrontatie tussen oud en nieuw. Dit heeft twee aspecten. Wanneer is de verbintenis die tussen partijen civielrechtelijk afdwingbaar en heeft de beslissing van het bestuursorgaan betrekking op de duur van de gehele privaatrechtelijke rechtsbetrekking of alleen voor de toekomst?

De Rechtbank Rotterdam koos de lijn dat de OPTA de inhoud van de verplichting vaststelt waarover partijen geschil hebben (bijvoorbeeld de hoogte van het tarief, de verplichting tot specifieke toegang).<sup>80</sup> Onduidelijkheid bestaat echter wanneer die verplichting afdwingbaar is met een vonnis van de civiele rechter. Moet er dan eerst een onherroepelijke beslissing zijn van de bestuursrechter? Dat zou een onaanvaardbaar uitstel van executie zijn die niet past in het systeem van uitvoerbaarheid bij voorraad van in het burgerlijk recht. Toch besliste de Voorzieningenrechter van de civiele sector in Rotterdam in die zin.<sup>81</sup>

De tweede vraag is minstens zo belangrijk. Het neemt immers een tijd voordat er een beslissing is over toelatingsgeschil. In al die tijd ligt er een weigering van feitelijke toegang of wordt er een te hoog tarief betaald. Als het recht voor feitelijke maatregelen te laat komt (de *restitutio ad integrum*) dan is een financiële vertaling van het aangedane leed de in het burgerlijk recht voor de hand liggende remedie. Dit zou moeten betekenen dat de beslissing van het bestuursorgaan moet gelden vanaf het moment dat de onrechtmatigheid zich voordeed (de weigering, het te hoge tarief). Het CBB besliste in de hiervoor besproken Dutchtonezaak duidelijk over de doelstelling van waaruit de regels geïnterpreteerd moeten worden, maar zaaide verwarring met betrekking tot de vraag of OPTA ook tariefaanwijzingen kan geven die werking hebben vanaf het moment dat de onrechtmatigheid (de weigering van toegang of toegang tegen een te hoge prijs) zich voordoet.<sup>82</sup> Het haalde er de rechtszekerheid bij die voor overheidsbeslissingen geldt en dat zou betekenen dat deze beslissingen alleen voor de toekomst kunnen gelden. Ook hier zien we zonder veel motivering het verticale perspectief overheersen. Maar is dat juist? Het gaat toch om de vaststelling van de inhoud van een horizontale rechtsverhouding. Bij de burgerlijke rechter zou de discussie alleen gaan over de inhoud van de rechtsbetrekking en deze is in dit geval door het bestuursorgaan vastgesteld. Merkwaardig genoeg draaide de bestuursrechter in een andere zaak het perspectief om door te beslissen dat de mogelijkheid van OPTA om in te grijpen in een private rechtsverhouding (het interconnectiecontract) beperkt zou worden door de redelijkheid

---

<sup>80</sup> Zie Ottow 2003, 228 e.v.

<sup>81</sup> Ibid. p. 230.

<sup>82</sup> CBB 25 april 2001 (zaak Dutchtone), *Mediaforum* 2001-10, p. 320 m.nt. A. Ottow, *Computerrecht* 2001, p. 207, m.nt. E.J. Dommering.

en billijkheid die in contractuele verhoudingen geldt, en om die reden niet zou kunnen teruggrijpen.<sup>83</sup> De rechtsvinding lijkt dus vooralsnog behoorlijk in de war geraakt.

## 2.3 De diensten

### 2.3.1 Inleiding

In de verdere analyse zal ik mij enige zelfbeperking opleggen. Ik zal geen volledig beeld schetsen van alle telediensten en de informatiediensten. Bij de informatiediensten zal ik mij slechts zijdelings bezighouden met de intellectuele eigendomsaspecten en de privaatrechtelijke en publiekrechtelijke rechtshandelingen, aangezien die het onderwerp zijn van afzonderlijke preadviezen. Het gaat mij er om een aantal trends te signaleren van informatiegebruik in de (nieuwe) telecommunicatie-omgeving die vanuit het informatierecht bijzondere aandacht hebben gekregen in het Iterprogramma: de bescherming van grondrechten bij besloten (privacy en communicatiegeheim) en open gebruik (vrijheid van meningsuiting). Daarbij zijn in het bijzonder de aandachtspunten: de nieuwe intermediairs en in verband daarmee het verder in elkaar grijpen van de informatiediensten en telediensten, dat wat ik in de inleiding als *code as code* aanduidde. Tenslotte is er het probleem van de rechtsmacht van nationale staten dat als een rode draad door alle Iterstudies loopt en daarom ook in enige algemene studies en workshops veel aandacht kreeg in het Iterprogramma.<sup>84</sup> Het consumentenperspectief laat ik buiten beschouwing, hoewel er binnen het Iterprogramma wel enig onderzoek naar is gedaan.<sup>85</sup>

#### 2.3.1.2 De Internethype

Toen in de directiekamers van de grote telecommunicatie-ondernemingen de *new economy* toesloeg zodat al het geld verdween op de roulettetafel van de UMTS veiling, begonnen directies van dienstverlenende bedrijven (en met name de uitgevers tot wie ik mij hier beperk) in de real world zenuwachtig te worden dat zij de boot met de gouden schat die in cyberspace lag te dobberen, zouden missen. Zij aarzelden want zij zagen niet hoe zij alle dure informatie die ze voor nop op het open web gingen zetten, zouden kunnen terugverdienen. De new economists maakten hen echter duidelijk dat het in de nieuwe economie ging om het creëren van klantenbanken door de bezoekers op de websites aan zich te binden. *Communities* heetten die. Eerst bakken met geld uitgeven, dan zou het schip met de goudschat vanzelf binnen varen. Zij maakten de directeuren wijs dat de naakte keizer, want die lag daar op zijn rug te dobberen, een goudbrokaten mantel aan had. En dus gingen uitgevers whizzkids inhuren om dure websites te laten bouwen met veel gefladder en gevlieder er over heen, gingen zij allerlei producten en diensten verkopen die niet tot hun core business behoorden, en gingen zij reclameboodschappen verkopen die er heel anders uitzagen dan die uit de hun bekende media. Uitgeput van hun vreselijke investeringsbeslissingen wachtten zij op de dingen die zouden komen, ...maar niet kwamen. De consumenten haptten niet op hun reclameboodschappen, er ontwikkelde zich geen elektronische handelsstroom. En dat gebeurde niet alleen in de wereld van de uitgeverij. De talloze new economy bedrijven die werden opgestart met durfkapitaal moesten het afleggen toen de geldkranen werden dichtgedraaid. En hier klapte de zeepbel aan de bovenkant. De les was er een uit de oude economie: als je geen behoorlijk businessplan hebt en geen degelijk exploitatiemodel moet je niet in nieuwe

<sup>83</sup> Rb. Rotterdam (bestuurssector) 4 februari 2003, reg. Nr. TELECOM 01/78 RIP, (KPN/OPTA en Energis).

<sup>84</sup> Van den Berg, Hijmans & Schmidt 1997; Hijmans & de Kroon 1999; Koops e.a. 2000.

<sup>85</sup> Neppelenbroek e.a. 1999, Sander 2001.

zaken gaan. Het exploitatiemodel van Internet had zich nog niet gevormd.<sup>86</sup> Het uit de publieksmedia (pers en omroep) bekende ruilmiddel waar publiek met informatie wordt aangetrokken om reclametijd aan adverteerders te kunnen verkopen, werkte (nog) niet. Wat wel werkte was om het nieuwe medium in het oude te integreren: zowel de pers als de omroep gingen hun websites en e-mail gebruiken om een sterkere band op te bouwen met het product uit de oude economie: de krant, het omroepprogramma.

Toch veranderde het Internet veel in de wereld van de communicatie en zette het oude institutionele kaders onder druk. Er verschenen nieuwe intermediairs aan het firmament en er vond een verbinding tussen de telediensten en informatiediensten plaats. Het gebruik en hergebruik van informatie veranderde fundamenteel. E-commerce kwam geleidelijk op gang. Al decennia lang speculeren wij over convergentie, maar door de introductie van breedband groeiden media verder naar elkaar toe en werden de mogelijkheden van op afstand zaken met elkaar doen aanzienlijk uitgebreid.

### 2.3.2. De openbare communicatie: vrijheid van meningsuiting

#### *Cyberspace als openbare communicatieruimte*

Vanaf het moment dat Internet ontstond en het bezit was van de cowboys waar John Perry Barlow zich de woordvoerder van maakte, werd het 'cyberspace' gedoopt. Het was een nieuwe ruimte waarin mensen fictieve identiteiten aannamen om volgens eigen regels en codes met elkaar te communiceren. Toch bestond cyberspace allang in de telegrafie en de telefonie. De doorbraak om het telecommunicatienet voor openbare doeleinden te gebruiken deed zich voor toen een telefoonnummer een identificatiemiddel werd voor een in het openbaar aangeboden dienst (bijv. het gesproken weerbericht). Het semi-openbare gebruik dat de discussiegroepen op Internet kenmerkt werd vooraf gegaan door de chatboxen bij de telefonie. Telecommunicatie-ondernemingen hebben sekslijnen nog wel eens van hun net gegoooid, omdat ze dat niet bij hun eigen imago vonden passen, hoewel zij in het openbaar bleven volhouden dat zij geen boodschap aan de boodschap hadden. Het is allemaal niet zo lang geleden. Ik zeg dat hier omdat er nog steeds mensen rondlopen die denken dat met het Internet de wereld is veranderd. Zo is het niet. Het Internet is alleen een verandering van het institutionele kader in de telecommunicatie. De veranderde communicatiestromen en de nieuwe rol die het aannemen van fictieve identiteiten of anonimiteit heeft was niettemin een belangrijk thema dat in de laatste tranche van Iter als een studietheema werd uitgezet.<sup>87</sup>

#### *Oude of nieuwe grondrechten*

Grondrechten zijn in de Nederlandse Gw gedefinieerd in relatie tot de aard van de media. De eerste vraag die binnen het Iterprogramma rees en een vervolg kreeg in de politiek door de instelling van een Commissie *Grondrechten in het digitale tijdperk* of die technologie gebonden formulering niet moest worden verruimd. Het thema techniekonafhankelijkheid kreeg waarschijnlijk nergens in het Iterprogramma zoveel aandacht als juist hier.<sup>88</sup> De Grondwetscommissie kwam met een voorstel om de formulering van de openbare communicatievrijheid in artikel 7 Gw te wijzigen, maar bleef toch vasthouden aan de oude drukpersstructuur waarin voor 'uiten' en 'verspreiden' twee verschillende regimes bestaan.<sup>89</sup> Tot een grondwetswijziging kwam het om andere redenen niet, mede omdat de Commissie een rechterlijk toetsingsrecht van de Gw wilde invoeren, een onderwerp dat in Nederland op grote politieke tegenstand pleegt te

---

<sup>86</sup> Dommering 1996.

<sup>87</sup> A. Ekker. *Anonimiteit en Uitingsvrijheid*.

<sup>88</sup> Asscher 1999; Asscher 2002.

<sup>89</sup> Voor de discussie zie verder Asscher 2002, hoofdstuk 2.

stuiten.<sup>90</sup> Al met al is het een voorbeeld van hoe een juridische institutionele structuur zo taai is dat zij niet meer aan een tijdperk met een andere communicatietechnologie is aan te passen.

#### *Nieuwe intermediairs: kanteling van het perspectief*

Het communicatieproces is enerzijds eenvoudiger geworden anderzijds gecompliceerder. Het is eenvoudiger geworden omdat de gebruiker over de middelen beschikt om zelf toegang tot het communicatieproces te krijgen, het is gecompliceerder geworden omdat er meer schakels bij betrokken zijn. Hadden wij vroeger een verticaal geïntegreerde telecommunicatie-onderneming van de staat die het elektronische communicatieproces van begin tot eind verzorgde en media-ondernemingen die als *gate keepers* de boodschap samenstelden en filterden, nu is er sprake van een ongefilterde toegang die over heel veel schakels loopt: de toegangverschaffer is een dienstverlener (bij Internet de *Internet Service Provider*) die niet samenvalt met de telecommunicatie-onderneming. Laatstgenoemde betreft meestal zelf ook weer diensten van andere telecommunicatie-ondernemingen, terwijl de waterscheiding tussen inhoud en transport vloeiend is geworden. De oude media gate keepers zijn er dikwijls niet meer bij betrokken. Bovendien zijn het allemaal private ondernemingen waar de staat niet of nauwelijks invloed op kan uitoefenen. In het oude mediarecht hadden we een overzichtelijk schema: de telecommunicatie-onderneming is niet verantwoordelijk voor de openbare boodschap, dat is de media-onderneming naast of in plaats van de auteur van de boodschap. Dat past niet meer. In deze periode kwam er dus een hele discussie op gang wat de verantwoordelijkheid is van de nieuwe intermediairs, die dikwijls, zoals de ISP's alleen maar een doorgeefluik zijn zonder gate keep functies.<sup>91</sup> Daarnaast zijn er nieuwe intermediairs die belangrijke selectiefuncties van oude gate keepers overnemen, zonder zich als nieuwe gate keepers te manifesteren. Ik denk aan navigators en zoekmachines. Achter al deze schakels die de consument met een druk op de muis aan het werk zet, woedt een strijd om de standaarden (Microsoft-Netscape e.a.), in de VS en hier in Europa. En om het allemaal nog complexer te maken voltrekt zich de verandering in de adresseerfunctie en de transactiemodellen in de massamedia, die maken dat er op het niveau van het randapparaat nog wel een verschil bestaat tussen een televisietoestel en een PC, maar in de aard van het informatie-aanbod via die randapparaten steeds minder.

De vraag hoe de overheid dit proces kan beïnvloeden door regels te stellen die de fundamentele communicatievrijheid in deze nieuwe omgeving waarborgt, bleef opvallend buiten beeld, al probeerde de Tweede Kamer er door een amendement in de Tw nog wel iets aan te doen.<sup>92</sup> De zorg om een situatie die oorspronkelijk controleerbaar was weer onder controle te krijgen overheerste: hoe er voor te zorgen dat private partijen de vrije openbare communicatie waarborgen (in wezen de vraag van de horizontale werking van grondrechten) leek daarbij van minder belang.<sup>93</sup> Het ging om de aansprakelijkheid van de meest zichtbare nieuwe intermediairs (de ISP's) voor onrechtmatige uitingen niet om aansprakelijkheid voor de garantie van constitutionele waarborgen.

De nieuwe intermediairs (in de ruime betekenis die ik er hier aan toeken) doen de vraag rijzen of de overheid zich nog wel moet concentreren op de oude intermediairs in de omroep. De overheid spendeert nog steeds aanzienlijke subsidies aan de publieke omroep. Vooralsnog bleef dat het beleid, ja zelfs maakte de overheid in 2002 uit de omroepmiddelen een aanzienlijke subsidie voor de publieke omroep vrij om aan

---

<sup>90</sup> Zie verder Peters 2003.

<sup>91</sup> De Roos, Schuijt & Wissink 1996; Kaspersen e.a. 1999.

<sup>92</sup> Artikel 18.13 Tw.

<sup>93</sup> Een enkele studie schonk aandacht aan de vraag of de overheid een taak heeft in de nieuwe media: Lips, Van der Hof & Schalken 2000.

Internetactiviteiten te besteden. De pers, nog nauwelijks genezen van het zeepbeltrauma, zag het tandenknarsend aan.

#### *Nieuwe toegangstransacties; techniek als regulering*

De nieuwe intermediairs kregen niettemin veel macht. Ik heb het dus niet alleen over de ISP's, maar ook over de zoekmachines die bemiddelen bij het beschikbaar maken van informatie op het World Wide Web, de conditional access machines die gebruikers al of niet toelaten tot de transacties op webpagina's of de Elektronische programmagidsen (EPG's) die omroepprogramma's voor de gebruikers voorselecteren. Achter en rond deze zoekmachines en conditional access machines vinden intransparante transacties plaats. Zo presenteert Google zoekresultaten op grond van commerciële afspraken met informatieleveranciers. De traditionele voorsprongpositie van de publieke omroep en de commerciële incumbents in de omroep bepalen het zoekresultaat bij EPG's. Hier ontstaat een nieuwe informatie asymmetrie waar de gebruiker het slachtoffer van wordt, omdat deze een heel andere veronderstelling heeft bij de informatie die hij langs deze weg krijgt. De vercommercialisering van de nieuwe intermediairs (eindelijk *new economy*!) is een ding, censurering van de beschikbare informatie op niet economische criteria is een ander ding. Techniek is hier een belangrijk hulpmiddel. Via labelingssoftware is elk gewenst beeld of woord aan te merken als verboden gebied en kan daardoor het gehele informatiebestand waar het in voorkomt niet tot de zoekmachine of een portal website worden toegelaten.

De verkeerd begrepen slogan van de Internetguru's dat het Internet zich zelf regeert, werd overgenomen en omgezet in een beleid waarin de wenselijkheid van zelfregulering werd geproclameerd. Zelfregulering door partijen die commerciële en politieke belangen hebben, is echter iets anders dan het anarchistische stelsel van de Internetwereld. Zij kan allerlei nieuwe vormen van private politieke en commerciële censuur in het leven roepen, vergelijkbaar met de censuur die in Hollywood jaren lang op grote schaal bij de daar geproduceerde films werd bedreven. Het is dus al eens eerder vertoond in de oude cyberspace van de bioscoop.<sup>94</sup> De macht van de computers en de software die het mogelijk maken dat alle beschikbare informatie in de wereld met elkaar wordt verbonden, is ook een door derden te controleren *invisible hand* die de toegang tot die informatie kan manipuleren.<sup>95</sup> Het Iterprogramma zette in de laatste tranche een onderzoek naar dit onderwerp uit.<sup>96</sup>

#### *Rechtsmacht en toepasselijk recht*

Rechtsmacht en toepasselijk recht vormen een universeel probleem bij iedere grensoverschrijdende transactie of communicatie *on* of *off line*. Bij de commerciële transacties ontwikkelt zich een *Lex Mercatoria*<sup>97</sup> en ontstaan gestandaardiseerde regels, deels op zelfregulering (afspraken in het handelsverkeer) gebaseerd. De Iterstudies tonen dat wel aan.<sup>98</sup> Bij openbare communicatie ligt dat veel gecompliceerder, omdat het moeilijk is om een gemeenschappelijke internationale norm te vinden. De opvattingen over vrijheid van meningsuiting lopen daarvoor per land te zeer uiteen. Wel biedt het EVRM en de rechtspraak van het EHRM voor Europa enige houvast.<sup>99</sup>

---

<sup>94</sup> Dommering 2003, p. 195, p. 206.

<sup>95</sup> Zie ook Franken 2003, p. 23: "De verschillende instrumenten van een rechtsorde kunnen evenwel zó worden gebruikt, dat zij tegenstrijdig uitwerken."

<sup>96</sup> Asscher e.a. project *Code as Code*.

<sup>97</sup> Franken 2003, p.13.

<sup>98</sup> Zie preadvies R. v Esch en Koops e.a. 2000.

<sup>99</sup> Het navolgende is gebaseerd op Dommering 2003 dat de rechtspraak in de Franse, Amerikaanse en Nederlandse jurisdicties in meer detail analyseert.

Als we kijken naar de normen die het EHRM heeft ontwikkeld over de discussie over zaken van openbaar belang, dan is er geen reden om deze niet door te trekken naar het Internet. Naar mijn mening is het publiekscriterium dat het Hof nog hanteerde in de Jersildzaak, waar het ging om een televisie-uitzending,<sup>100</sup> voor het Internet niet zonder meer toepasbaar, ook niet als het gaat om een gemodereerde discussie omdat daarbij veel anonieme deelnemers zijn. Wel lijkt het mij van belang dat een uiting op een website wordt beoordeeld in de context van het redactioneel beleid van de site, omdat daarmee natuurlijk ook een publiek wordt opgebouwd. Het beginsel van het land van oorsprong dat de E-commerce richtlijn hanteert is niet goed toepasbaar op zaken van vrijheid van meningsuiting, temeer daar de uitzonderingen die de richtlijn op dit beginsel toelaat nu juist liggen in de sfeer waarin zich meestal conflicten met de vrijheid van meningsuiting voordoen en het Internet ook een medium kan zijn om aan de repressie in het eigen land te ontkomen.

De community standards (de normen betreffende moraal en fatsoen) zullen in Europa spoedig het hete hangijzer vormen, omdat de community op het Internet niet bestaat: er is geen bioscoop in Tirol, een videotheek in Londen of een omroepuitzending in een bepaald land, zoals in door het EHRM tot dusver berechte gevallen de situatie was.<sup>101</sup> Er is een bioscoop of videotheek die door de hele wereld kan worden bezocht. Dit dwingt mijns inziens tot het formuleren van aanvullende criteria. Hier lijkt mij het land van oorsprong wel een criterium, omdat de surfer virtueel reist naar het land van de losse zeden, omdat hij de strakke zeden van het eigen land wil ontgaan. Men kan op de Nederlandse raamprostitutie geen Iraakse normen toepassen. Dit sluit niet uit dat de verspreiders (de service providers) in het land van de surfer gerechtelijke acties kunnen verwachten, zeker als de rechter het met zijn jurisdictie niet zo nauw neemt. Daardoor kunnen situaties ontstaan waarbij de rechter van het land van de service provider het vonnis uit het land van de surfer niet zal erkennen. Wanneer het EHRM met een dergelijke zaak zal worden geconfronteerd zal het dus een keuze moeten maken. Pas als overduidelijk is dat de informatie op de website uit land A ook bedoeld is voor land B kan er aanleiding zijn om daarvan af te wijken. Het hanteren van de Engelse taal lijkt mij onvoldoende, omdat deze zich heeft ontwikkeld tot een lingua franca. Als een Parijse pornobioscoop toeristen in de stad trekt met Engelse teksten is dat geen reden op die bioscoop de normen van een conservatieve staat uit de VS toe te passen als een van de bezoekers daaruit afkomstig is.

De conclusie dringt zich op dat voor de openbare discussie de Europese norm die het EHRM heeft ontwikkeld voor andere media doorslaggevend moet zijn. In zaken van moraal en fatsoen gaat de surfer naar een andere community en is in beginsel het land van oorsprong van de uiting beslissend. Het is echter nog allerminst een uitgekristalliseerde kwestie.

### 2.3.3 De niet-openbare communicatie: communicatiegeheim

#### *Cyberspace als privé communicatieruimte*

Wie zich in cyberspace begeeft is als Klein Duimpje die een spoor van broodkruimeltjes achterlaat. Deed Klein Duimpje dat om zelf de weg terug te vinden in het grote donkere bomenbos, in cyberspace lopen veel begerige eekhoorntjes rond die met die tot Klein Duimpje herleidbare persoonsgegevens (want dat zijn die kruimeltjes) van alles willen doen: niet opeten, maar bewaren en opnieuw gebruiken. Dat zijn de commerciële en publieke opsporingsdiensten (cookies, spyware) die een blijvende band met Klein Duimpje willen onderhouden (de spammers) of een kruimeltjesprofiel van hem willen

<sup>100</sup> EHRM 23 september 1994, *NJ* 1995, 387, m.nt. EJD.

<sup>101</sup> EHRM 20 september 1994 (*Otto Preminger Instituut*), *NJ* 1995, 366, m.nt. EJD; EHRM 25 november 1996 (zaak *Wingrove*), *NJ* 1998, 359, m.nt. EJD.

opstellen voor opsporingsdoeleinden. Over het gebruik en misbruik van kruimeltjes gaat dit essay echter niet. Ook niet over het feit dat Klein Duimpje tegenwoordig een mobiele telefoon heeft (hij kijkt wel uit om zonder zo'n ding het donkere bomenbos in te gaan), waar hij al speurend allerlei berichten van eekhoortjes op ontvangt met de vraag of Klein Duimpje niet naar hun holletje wil komen (alweer: spam). In cyberspace worden heel veel privé-berichten verstuurd, of dat nu per sms of per e-mail is. Hoe is de geheimhouding van die privé-berichten gewaarborgd? Ook dit is onderwerp van een aantal Iterstudies geweest.<sup>102</sup> Het stelt in wezen dezelfde vragen aan de orde als bij de openbare communicatie, zodat ik er iets korter over kan zijn.

#### *Oude of nieuwe grondrechten*

In dezelfde studies en hetzelfde beleidstraject kwam het communicatiegeheim aan de orde. Afgezien van de vraag hoe het nu precies moest worden gedefinieerd, bleek de definitie niet meer op de technologie te passen. Was het in de oude wereld nog mogelijk om een onderscheid te maken tussen de inhoud van de boodschap (het telefoongesprek) en de adresseergegevens (ook wel de verkeersgegevens genoemd), in de nieuwe wereld die werd geregeerd door de TCP/IP standaard bleek dat niet meer het geval te zijn. Dat protocol koppelt de adresgegevens aan de inhoud van de boodschap. Je kunt aan het adres (de header) zien waar de boodschap over gaat. We wisten uit de papieren wereld van de post al dat het adres op de enveloppe evenzeer bescherming behoeft buiten de adresseerfunctie, dat de twee onverbrekkelijk met elkaar verbonden zouden raken was nieuw. Het grondrecht behoeft dus een nieuwe formulering, maar overeenstemming werd daarover niet bereikt.<sup>103</sup> Wel kreeg het onderwerp meer aandacht, mede door de door Iter en CBP gefinancierde workshop over het onderwerp *Verkeersgegevens*.<sup>104</sup>

In de nieuwe exploitatiemodellen die zich in de nieuwe cyberspace ontwikkelden is het adresgegeven een steeds belangrijker instrument. Daarmee kan met preciezer dan in de oude ruiltransacties waarmee informatie geruild wordt voor een homogene publieksgroep, of doelgroepen worden geselecteerd op topografische locaties (postcodes), de juiste potentiële klant kiezen. Dit betekent dat privacy en dataprotectieregels verfijnd moeten worden. De Telecommunicatie privacy richtlijn borduurt voort op de ISDN richtlijn. De discussie spitste zich toe op de vraag of de consument moet toestemmen dat zijn elektronische adres voor een ongevraagd bericht (meestal voor een commercieel doel) kan worden gebruikt (opt in) of dat hij zelf een initiatief moet ontplooiën om ervan verschoond te blijven (opt out). Daarnaast ging de discussie ook over de bewaarplichten met betrekking tot de verkeersgegevens en het gebruik van *cookies* en *spyware*.

#### *Nieuwe intermediairs; de kanteling van het perspectief*

Ook hier werd een eenvoudig model ingewikkeld gemaakt. In het oude model kreeg de verticaal geïntegreerde postdienst van de overheid de opdracht het briefgeheim te waarborgen. Dat model kantelde: er voor in de plaats kwam een reeks particuliere toegangs- en transportdiensten die voor de consument volledig intransparant waren. Hoe zijn e-mailbericht, zijn mobiele gesprek of zijn smsbericht de geadresseerde bereikt en welke netten en diensten daarbij betrokken zijn, is niet doorzichtig. Ook hier ontplooië de overheid geen initiatieven om in dit vacuüm te voorzien. Het Iterprogramma gaf wel een impuls naar verder wetenschappelijk onderzoek over dit onderwerp.<sup>105</sup>

---

<sup>102</sup> Asscher 1999; Kaspersen, Hofman & Verbeek 1999; Nouwt 1999; Holvast 1999; Verbeek, de Roos & Van den Herik 2000.

<sup>103</sup> Zie verder Asscher 2002.

<sup>104</sup> Asscher & Ekker 2003.

<sup>105</sup> Steenbruggen 2003.



Het punt blijft dat een fundamentele discussie over de verantwoordelijkheid van de nieuwe intermediairs nooit is gevoerd.

#### *Nieuwe toegangstransacties; regulering door technologie*

De ISP's kunnen alleen berichten snel en efficiënt verzenden als zij interconnectiviteit met de hele wereld kunnen garanderen. Hoe zij die bewerkstelligen en wat de waarborgen van snelheid en kwaliteit zijn weet de consument niet. In feite doet zich hier dezelfde informatie asymmetrie voor als bij de toegang tot de openbare informatie.

De technologie kwam in beeld, maar zowel om de consument te beschermen als om hem op te sporen: encryptie, anti-spamfilters behoren tot de eerste categorie, snuffel software en labelprogramma's om vertrouwelijk satellietverkeer op termen te scannen die in verband gebracht zouden kunnen worden met terreuraanslagen behoren tot de tweede categorie.

#### *Rechtsmacht en toepasselijke recht*

Binnen Europa wordt de vertrouwelijkheid beschermd door artikel 8 EVRM. In het P.G. en J.H. arrest van het EHRM wordt een ruime uitleg aan de bescherming van het communicatiegeheim gegeven.<sup>106</sup> In dit arrest bevestigt het Hof zonder voorbehoud zijn beslissing inzake Malone (EHRM 2 augustus 1984, Series A nar. 82) dat gegevens die inzicht verschaffen met *wie* de afgeluisterde telefoneert, onder de bescherming vallen van het communicatiegeheim (correspondence) van artikel 8 EVRM zodat aan de overige vereisten van artikel 8 moet worden voldaan. *Verkeersgegevens* zijn dus evenzeer vatbaar voor bescherming als de inhoud van de communicatie zelf. De redenering dat verkeersgegevens minder bescherming behoeven (en daarom onder het lichtere regime van artikel 10 van de Gw zouden kunnen vallen) werd met name door de Registratiekamer (thans College Bescherming Persoonsgegevens) bestreden. Mijns inziens terecht. De voortschrijdende informatietechnologie die toepassing vindt bij telecommunicatie maakt dat met behulp van deze gegevens tamelijk verfijnde profielen kunnen worden opgesteld die evenveel, zo niet meer, over iemands privé-leven vertellen als de inhoud van een privé-communicatie. Ze gaan dan ook een steeds grotere rol spelen bij de opsporing. In de Privacy en elektronische communicatie richtlijn (2002/22/EG, *PbEG* L 336/4) wordt in artikel 5 dan ook geen onderscheid gemaakt. Dit artikel stelt eisen aan de Lidstaten door van hen beschermende maatregelen te verlangen voor het waarborgen van 'het vertrouwelijke karakter van de communicatie en de daarmee verband houdende verkeersgegevens'. Evenals in de andere af luisterzaken stelt het Hof hoge eisen aan de wettelijke grondslag van de beperking.<sup>107</sup> De burger die in het geheim wordt beluisterd is kwetsbaar en daarom moeten er hoge eisen worden gesteld aan de voorzienbaarheid van de wettelijke grondslag, in die zin dat de beslissingen om deze vergaande inbreuk te plegen niet willekeurig of arbitrair mogen zijn. En het Hof varieert daarbij naar de ernst van de inbreuk. In overweging 46 van het P.G. en J.H. arrest heet het: "What is required by way of safeguards will depend, to some extent at least, on the nature and the extent of the interference in question. In this case, the information obtained concerned the telephone numbers called from B's flat between two dates. It did not include any information about the contents of those calls, or who made or received them. The data obtained and the use that could be made of it, were therefor strictly limited." Wat opvalt in deze overweging is dat 'inhoud' van de communicatie wel een criterium is om de ernst te bepalen, maar niet het enige. Ook de identiteit van de bellers of gebelden kan dat zijn. Daarmee is dunkt mij vastgesteld dat onder artikel 8 EVRM

---

<sup>106</sup> Het navolgende is gebaseerd op mijn noot bij dit arrest in de Nederlandse Jurisprudentie.

<sup>107</sup> Zie de zaak Huvig en Kruslin, EHRM 24 april 1990, *NJ* 1991, 532, m.nt. EJD.

geen scherp onderscheid gemaakt kan worden tussen inhoud en verkeersgegevens. Het gaat er om hoeveel er over een persoon *in* of *door* de privé-communicatie bekend wordt. In de relatie tot andere landen, met name de Verenigde Staten, ligt het na 11 september 2001 natuurlijk minder eenvoudig. De VS stelt zijn eigen eisen.

### 3 Toekomstbespiegelingen en afronding

*“Now, of course, the world is starting to close on cyberspace. Formal organization, property rights and commerce, regulation and geopolitics are reasserting themselves systematically. Of course the institutionalization of the Internet is taking place on a variety of fronts(...)*

*Institutionalization means that the Internet’s role as a site of radical business and technology innovation, and its status as a revolutionary force that disrupts existing social and regulatory regimes, is coming to an end(...)*

*But no doubt there are other technologies and systems hatching somewhere, ready to take the world by surprise.”<sup>108</sup>*

#### 3.1 Inleiding

Juristen zijn slecht in het voorspellen van de toekomst en hebben ook niet de pretentie dat zij dat kunnen. Gelukkig zijn er economen die zeggen dat zij dat wel kunnen. De aan het begin van dit essay geciteerde Carlota Perez laat op de fasen van de big bang waarmee een nieuwe technologiecycle start, en de fase van de ontploffing van de zeepbel, een fase van synergie, gevolgd door een fase van rijpheid, volgen. De fase van de synergie begint met wat zij noemt de ‘institutional recomposition’ en voor ICT zou deze starten in 2001. Waardoor kenmerkt zich de synergetische fase? “The renovating power of the paradigm and the advantages of its new infrastructure – by now very much in place and rapidly achieving full coverage – are such that they naturally favour the spreading of new higher levels of productivity and quality across all sectors of the economy, even the most traditional.”<sup>109</sup> Dat ziet er dus mooi uit voor de komende jaren. Wat er van waar is weet ik niet. Feit is dat er op alle fronten bij de nieuwe toetreders en de incumbents een herstructurering en consolidatie heeft plaatsgevonden. De big spender CEO’s aan de top van de grote telecommunicatie-ondernemingen (BT, Deutsche Telekom, France Telecom, Telefonica, KPN) zijn vervangen door bezuinigingsslaggers. De Wallstreet Journal Europe meldt in juli 2003 dat deze kostenvreters alweer voor het dilemma staan of zij de cash flow moeten besteden aan een uitkering van dividend of nieuwe investeringen.<sup>110</sup> Feit is ook dat webtechnologie en computertechnologie in deze periode zich hebben geïntegreerd binnen bedrijven, instellingen en de overheid. De elektronische back bone is een geïntegreerd bestanddeel geworden van de dienstverlening: commercieel, sociaal en publiek. Feit is tenslotte dat er een gedeeltelijke ‘institutional recomposition’ heeft plaatsgevonden. Ik zeg ‘gedeeltelijk’ omdat dit proces maar gedeeltelijk is geslaagd en dus niet is afgerond. Op het niveau van het netwerk zijn de schaarstevraagstukken, zo zagen wij uit de analyse in paragraaf 2.2.1, maar gedeeltelijk ingepast in bestaande coördinatie - en eigendomssystemen. De toegangsregulering van ONP was te inadequaet om vorm te geven aan de institutionele omwenteling van het Internetverkeer die zich in deze periode voltrok. De inadequatie werd versterkt doordat de nieuwe bestuursrechtelijke en privaatrechtelijke vragen niet

---

<sup>108</sup> Mueller 2003, p. 266-267.

<sup>109</sup> Perez 2002, p. 54.

<sup>110</sup> Wallstreet Journal Europe 21 juli 2003.

werden opgevangen door nieuwe rechtsvinding. Het beheer van het Internet zelf werd ingepast in de bestaande eigendomsstructuur van de WIPO en de beheersstructuur van de ITU.<sup>111</sup> Zozeer dat de al enige malen geciteerde Mueller anno 2002 spreekt van de ‘Taming of the Net’.<sup>112</sup> Op het dienstenniveau is met name in de e-commerce, die zich nu eenmaal het beste voor standaardisatie leent, een consolidatie te constateren. De grote auteursrechtbelanghebbenden trachtten het niet meer te beheersen openbare gebruik van informatie op het internet in de greep van een op conditional access gebaseerd contractueel model te brengen.<sup>113</sup> Ook op dat vlak kan men van een geleidelijke ‘taming of the Net’ spreken. Veel ligt echter nog open, met name op het snijvlak van de informatie- en telediensten. Oude mediapolitiek bleef aan het achterhaalde paradigma van een zwaar gefinancierde publiek omroep vasthouden.

Wat staat ons te wachten? Ik schets een paar algemene trends zonder aanspraak op volledigheid. Ik begin met een paar algemeen juridisch-institutionele vragen, daarna doe ik nog een kleine gooi naar de technologie.

### 3.2 Internationalisering

Telecommunicatie is sinds de radio en de telefonie niet aan plaats gebonden. Het is een virtuele wereld zonder grenzen die opnieuw toe de verbeelding sprak in de Internet cyberspace van beeld, geluid en tekst (‘opnieuw’: laten we ons niet vergissen in de verbeelding van onze voorouders toen die geconfronteerd werden met telegrafie en telefonie). Het is dus bij uitstek iets dat zich voor internationale afspraken leent. De nieuwe Brusselse richtlijnen die in 2003 van kracht zijn geworden, harmoniseren een groot deel van het telecommunicatierecht voor Europa. Daarnaast blijft voor de ‘oude’ telecommunicatie de ITU haar coördinerende functies vervullen. Internet blijkt in de ICANN een publiek/private oplossing te hebben bereikt, waarvan nog maar moet worden afgewacht of die houdt en waarvan moet worden betwijfeld of die navolging verdient. Deze vormen van zelfregulering leiden al snel aan een van de bezwaren die aan zelfregulering kleven: ondervertegenwoordiging van bepaalde belangen en protectionisme van belangen van degenen die de regels opstellen.<sup>114</sup> Bovendien blijft de Amerikaanse invloed een hard gegeven.<sup>115</sup>

Veel ligt echter nog open. Bij het vinden van internationale oplossingen zal ook dit gebied in toenemende mate worden geconfronteerd met de breuklijn in de internationale rechtsorde: Aan de ene kant een Amerikaanse rechtsorde gebaseerd op imperiale macht, aan de andere kant het universele volkerenrecht gebaseerd op coöperatie. De conflicten tussen Europa en de VS over de privacybescherming staan hier ten voorbeeld.

De geopolitieke benadering herkennen wij in de trend het Internet te herterritorialiseren. Als wij de spelers op het net niet te pakken kunnen krijgen (de gokkers, de cybercriminelen) dan kunnen we altijd nog de nationale intermediairs aanpakken en hen verplichten de informatie die wij niet de nationale grens over willen hebben niet meer door te laten. Deze oplossingen werden al enige malen met succes bij nationale rechters afgedwongen.<sup>116</sup> Ze gaan hand in hand met regulering via de techniek, omdat de filtering van de ongewenste informatie op software niveau kan worden gegeneraliseerd. Wat

---

<sup>111</sup> Vgl. Ook Sitompoel e.a. 2001.

<sup>112</sup> Mueller 2002, hoofdstuk 13.

<sup>113</sup> Hugenholtz e.a. 1996, Hugenholtz e.a. 2000, Guilbault 2002.

<sup>114</sup> Vgl. Nota WES *Kamerstukken II* 1997-1998, nr. 25880 nr. 2, p. 181

<sup>115</sup> Zie het interview met Hans Kraaijenbrink, oud-bestuurslid in ICANN, NRC Handelsblad 12 augustus 2003.

<sup>116</sup> De Deutsche Bahn en de Yahoozaak besproken bij Dommering 2003; de loterijbeslissing Sporttotalisator/Ladbrokes, Pr. Rb. Arnhem 27 januari 2003, *Mediaforum* 2003-3, p. 99, m. nt. K. Mortelmans.

begint als het ontoegankelijk maken van een bepaalde website zou zich kunnen uitbreiden naar labeltechnieken waarbij alle sites met ‘gamble’, ‘nazi’ en ‘porno’ in de tekstbestanden en vergelijkbare beelden in het beeldmateriaal een importverbod krijgen.

### 3.3. Rechtsvinding en marktregulering

#### *Toegangsregulering en rechtsvinding*

In het nieuwe kader is de definitie van de netten losgemaakt van de dienst. Alle netten zijn voortaan communicatienetten. De toepassing van dit nieuwe kader is gekoppeld aan de definitie van markten. Hier zal bij de toepassing van het nieuwe toegangsregiem het grootste knelpunt ontstaan. Zullen de Regulators en hun collega’s van het mededingingsrecht (want deze zullen in het nieuwe kader dat sterker tegen het generieke mededingingsrecht aanleunt gezamenlijk moeten optrekken) bereid zijn de eigen structuur van een netwerkmarkt, waar netwerken meer dan de producten die zij leveren de ‘markten’ vormen, te onderkennen.<sup>117</sup> En past de lijst die de EG Commissie heeft opgesteld wel voldoende op de toekomst? Lezing van de lijst leert dat het toch weer een historische inventarisatie is.

#### *Het institutionele kader*

Het nieuwe EG kader heeft een open norm gegeven (‘communicatienetwerk’) en dat is winst. De vraag is echter of het institutionele kader wel flexibel en dynamisch genoeg is om dat ook met de snelheid die markt vraagt toe te passen. Dat geldt zowel voor het nationale niveau als voor het Europese niveau.<sup>118</sup> Een groot aantal van de institutionele tekortkomingen van het systeem, die ik gaandeweg in het voorafgaande constateerde, zijn niet weggenomen.

### 3.4 Nieuwe technologieën worden uitgebreid

#### *Breedband*

*‘Momenteel telt het telefonienetwerk bij benadering één miljard aansluitingen en ook het leeuwendeel van alle internet aansluitingen loopt via die telefoonaansluiting. Zelfs een rationeel mens moet hier toch enige emotie ervaren, een ongekende prestatie, want het werkt (vrijwel) altijd! Aanvraag voor nieuwe aansluitingen, reparatie, billing, et cetera, het is allemaal geregeld! Is het voldoende? Nee!’<sup>119</sup>*

Aan het woord is de wegbereider van de glazen breedband naar onze huizen. Het net en de centrales worden verglaasd (van elektrotransmissie naar fototransmissie), het huis wordt een smeltkroes van steeds verder met elkaar integrerende applicaties van beeld, geluid en tekst. Vast en mobiel, breed en smal zullen integreren, de laptop/e-mail machine zal overal (draadloos) kunnen inpluggen, en is dat voldoende? Nee, het gaat verder! Zal de wereld waar we het nu al vijfentwintig jaar over hebben, sinds de uitvinding van ISDN (U weet wel *Integrated Services*) dan eindelijk werkelijkheid worden? De wet van de technologische vernieuwing dat alles altijd decennia langer duurt dan de frontstrijders voorspellen zal ook nu wel opgaan.

Toch is de verbreding van het aansluitnet en de verdere integratie van vast en mobiel niet ondenkbeeldig. En dat plaatst ons meteen weer in de kern van het probleem wie de local loop van de toekomst gaat betalen, aanleggen en beheren. Het aansluitnet ging met de KPN mee en de kabel werd geprivatiseerd, zodat tal van vragen van toegang en concurrentievervalsing die ons de laatste acht jaar hebben beziggehouden, daartoe zijn te herleiden. Gaan we het met *fiber to the home* beter doen? Kennisneming van het in

<sup>117</sup> Larouche 2000, p. 322 e.v. ; Dommering 2002.

<sup>118</sup> Dommering 2003a; Ottow 2003a.

<sup>119</sup> Baken 2001, p. 11.

opdracht van de gemeente Amsterdam vervaardigde rapport *Amsterdam: Slagkracht door Glas*<sup>120</sup> leert dat de gedachte is om het glazen netwerk te laten graven en te laten aanleggen door de gemeente Amsterdam. En dit speelt niet alleen in Amsterdam. We gaan de geschiedenis van de telefonie en de kabel dus herhalen alsof we met glas in een gloednieuwe wereld beginnen. Die wereld heeft zich over de afgelopen zes jaar echter gekenmerkt door concurrentie. Een groot aantal netwerkbedrijven hebben glas in de grond gestopt. Je zou zeggen dat zij de eerst aangewezenen zijn om bij de aanleg van dit nieuwe glazen net betrokken te zijn. Dat neemt niet weg dat een discussie over de beheersvorm van dit nieuwe glazen aansluitnet op zijn plaats is. Het is nu het moment om over het institutionele kader na te denken, omdat het anders straks weer net zo gaat als met de privatisering van de telefonie- en de kabelbedrijven die de consument en de concurrenten met gebiedsmonopolisten hebben opgezadeld zonder dat de toegang en de leveringsvoorwaarden transparant zijn geregeld. OPTA schrijft in zijn rapport van bevindingen over de gedoogplicht met betrekking tot de gedoogplicht: “Het College erkent dat de gemeentelijke initiatieven met betrekking tot breedband in een bredere context geplaatst dienen te worden dan de gedoogplicht. Het College is evenwel, zoals ook DGTP, van oordeel dat een principiële discussie of gemeenten al dan niet mogen, dan wel moeten investeren in glasvezelnetwerken, of over de voorwaarden waaronder dit mag geschieden, niet in een consultatieprocedure over de gedoogplicht thuishoort.”<sup>121</sup> OK, maar waar wordt die discussie dan wel gevoerd? Niet in de Commissie Andriessen. Wat betekent de verdere ontwikkeling van de centrales in de richting naar een paar intelligente centra die verder het hele verkeer over het netwerk regelen, voor de toegang en interconnectieregels?

Wat betekent het voor de publieke ondergrondse ruimte dat daar de infrastructuur van de toekomstige informatiemaatschappij daar een steeds grotere ‘aanwezigheid’ wordt? Zullen de plaatselijke overheden er blijvend genoeg mee nemen dat zij hun kostbaarste melkkoe (de gemeentegrond) blijvend voor niets ter beschikking wordt gesteld? De discussie daarover wordt reeds aangezwengeld.<sup>122</sup>

#### *Digitalisering van de ether; het adresseersysteem*

Digitalisering van het gebruik van frequenties stelt geheel nieuwe vragen omtrent verdeling en beheer aan de orde, waar we nog nauwelijks weet van hebben. Radio-ontvangst via PC's zal een steeds belangrijker alternatief op de werkplek worden. De nationale overheden hebben geen greep op het belangrijke adresseersysteem van Internet, zodat ze de kunstmatige schaarsteverhoudingen en de verdere standaardisatie van de protocollen niet kunnen beïnvloeden. En wat is nu precies de toekomst van het open TCP/IP protocol? Blijft het een open standaard of wordt in de volgende cyclus verdrongen door een ander protocol op de glazen breedband?

#### *Convergentie van informatiediensten onderling en informatiediensten met telediensten*

Vaststaat dat filtering en conditional access de toekomst hebben. Dat betekent dat allerlei vragen omtrent transparantie, public choice, vrije toegang en privacybescherming dieper de lagenstructuur van de telecommunicatie inzakken en dat de traditionele media- en privacyregels die wij voor de regulering van deze vragen hanteerden niet meer opgaan. Regulering van het communicatieproces wordt er niet eenvoudiger op, temeer (zoals ik

---

<sup>120</sup> Advies van de Commissie Andriessen voor de aanleg van glas-naar-de-meterkast van 16 januari 2003.

<sup>121</sup> *Nota van Bevindingen naar aanleiding van de Consultatie inzake de gedoogplicht voor de aanleg en instandhouding van Kabels, d.d. 23 juli 2003, OPA/IBT/2003/202294.*

<sup>122</sup> P. de Vries en J.W. van Zundert. ‘Een financiële tegenprestatie voor ondergrondse infrastructuur?’, in: *Bouwnrecht* 2003, p. 303 e.v., J.R. van Angeren en F.P. Sickinghe. ‘Op weg naar een betere verbinding tussen gemeenten en telecomoperators’, in: *Bouwnrecht* 2003, septembernummer.

hierboven signaleerde) omdat er steeds meer private spelers bij het communicatieproces betrokken zijn. Ook de convergentie van de informatiediensten zal doorzetten en daarmee zullen traditionele mediaregels omtrent regulering van reclame en schadelijke informatie snel verouderen. Tenslotte zullen steeds meer markten met elkaar verbonden raken. Ik denk bijvoorbeeld aan 'gaming' markten en de 'entertainment' markten.

Zullen al deze nieuwe ontwikkelingen de overheden bij verrassing treffen, zoals het Internet hen bij verrassing trof?

### 3.5 Een afrondende conclusie over het Iterprogramma

In het begin van dit essay constateerde ik dat het Iterprogramma aan zijn wetenschappelijke doeleinden heeft beantwoord doordat het een nieuw rechtsgebied heeft helpen ontwikkelen, zodat de plotseling opkomende vraag naar die kennis kon worden beantwoord. Het toch wel indrukwekkend aantal Iterstudies die ik in het voorafgaande de revue heb laten passeren, verschillen in focus en diepgang, maar hebben er alle toe bijgedragen dat er een fundament is gelegd voor een multidisciplinaire wetenschapsbeoefening. Over de interactie tussen beleid en wetenschap ben ik minder positief. Weliswaar heeft de overheid in algemene zin aandachtig op de nieuwe ontwikkelingen gereageerd. De Nota Elektronische Snelweg is nog altijd een indrukwekkende inventarisatie.<sup>123</sup> Op concreet beleidsniveau in de telecommunicatie hebben we er te weinig van gemerkt. Er was in 1998 kritiek uit onder meer de wetenschap op de Telecommunicatiewet en het antwoord van de overheid was: wij kunnen niet anders want de druk vanuit Brussel om tijdig te implementeren is te groot; wij hebben geen tijd voor mooie dingen. In 2003 klinkt dezelfde kritiek op.<sup>124</sup> Weer is het antwoord: wij hebben geen tijd voor mooie dingen, de implementatietermijn is tekort. Maar in die tussen liggende vijf jaren heeft het Ministerie van Verkeer & Waterstaat passief in het Iterprogramma geparticipeerd.

Het probleem van de expertise die een wisselwerking vormt van recht, economie en techniek blijft en wordt voor de bestuurlijke, wetgevende en rechterlijke fora alleen maar groter. Dat vergt lange termijn denken. De overheid sluit tezamen met het Iterprogramma het Actieprogramma Elektronische Snelweg af. In de brief aan de Kamer is de minister van Binnenlandse Zaken positief over het AES programma: ziezo de achterstand is weggewerkt, wij zijn klaar.<sup>125</sup> Dat zou een misvatting zijn, evenals dat een misvatting zou zijn bij het afsluiten van het Iterprogramma. De behoefte aan lange termijn denken is onverminderd blijven bestaan. De basis daarvoor is gelegd.

Ik kom nog eenmaal op het rapport van de Commissie Steenbergens uit 1985 terug. De Commissie beval aan om een kleine Adviesraad op te richten die uit hooguit zes leden zou bestaan die gekozen waren op persoonlijke titel om hun expertise op een specifiek gebied<sup>126</sup>. Geen poldercommissie. Geen peperdure consultants.

Ook dat advies is niet opgevolgd.

Amsterdam augustus 2003.

---

<sup>123</sup> Nota WES *Kamerstukken II* 1997-1998, nr. 25880.

<sup>124</sup> Ik wijs op de *Computerrecht* special 2003/1.

<sup>125</sup> Brief van de Minister Binnenlandse Zaken van 1 april 2003, *Kamerstukken II*, 26387, nr. 19; zie over de kritische reacties op de tevreden brief, F. Kuitenbrouwer, in: *Computerrecht* 2003, 278.

<sup>126</sup> Steenbergens e.a. 1985 p. 39.

Literatuuropgave, voorzover niet in de noten anders geciteerd:

- S. Andropoulos, G. Schabacher & E. Schumacher (red.). *Die Adresse des Mediums*. Keulen: DuMont Buchverlag 2001 (Androupolos e.a. 2001).
- J.C. Arnbak. *Athene en Arachne, Bestuurlijke patronen in de toepassing van netwerktechnologie*. Amsterdam: Otto Cramwinckel 1995 (Arnbak 1995).
- L.F. Asscher. *Constitutionele convergentie van pers, omroep en telecommunicatie* (Iterreeks nr. 26). Deventer: Kluwer 1999 (Asscher 1999).
- L.F. Asscher. *Communicatiegrondrechten*. Amsterdam: Otto Cramwinckel 2002 (Asscher 2002).
- L.F. Asscher & A.H. Ekker (red.) *Verkeersgegevens, een juridische en technische inventarisatie*. Amsterdam: Otto Cramwinckel / Instituut voor Informatierecht 2003 (Asscher & Ekker 2003).
- N. Baken. *Opties voor Opties*. Delft: Docvision Support Centre Delft 2001 (Baken 2001).
- I. vd Berg, H. Hijmans & A. Schmidt (red.). *Regulering van het Internet*. (Iterreeks nr. 9). Alphen a/d Rijn/Diegem: Samsonbedrijfsinformatie 1997 (Vd Berg, Hijmans & Schmidt 1997).
- H. de Bruijn, M. de Bruijne, E. ten Heuvelhof, H. Stout en K. van Zalinge. *Samenloop bij toezicht* (Iterreeks nr. 50). Den Haag: SDU 2002 (De Bruijn e.a. 2002).
- T. Clarkson, H. Fisher, R. Hes & J. Smits. *Mechanismen voor de verdeling van telecommunicatienummers* (Iterreeks 15, 27-65). Deventer: Kluwer 1999 (Clarkson e.a. 1999).
- A. Dake & J. Boers (red.) *De kabel: Kafka in de polder*. Amsterdam: Otto Cramwinckel 1999 (Dake & Boers 1997).
- E.J. Dommering. 'Internet: Een juridische plaatsbepaling van een nieuwe communicatieproces.', in: *Computerrecht* 1996/6, 210-221 (Dommering 1996).
- E.J. Dommering. 'De Nederlandse kabel: Rolwisseling of rolconflict', in: *Computerrecht* 1997/3, 95-101 (Dommering 1997).
- E.J. Dommering. *Het Adres in cyberspace heeft geen plaats* (Iterreeks 15, 3-24 en 407-419). Deventer: Kluwer 1999 (Dommering 1999).
- E.J. Dommering. 'Een nieuw maatpak voor netwerkmakten', in: *i & i* 20e jaargang 2002-4, 24-33 (Dommering 2002).
- E.J. Dommering. 'Grensoverschrijdende censuur: het EHRM en oude en nieuwe media', in: *Auteurs & Media* (special: 'Censures/Censuur'), 177-217. Brussel: Larcier 2003 en [www.ivir.nl](http://www.ivir.nl) (Dommering 2003).
- E.J. Dommering. 'Het telecommunicatierecht wordt opnieuw overhoop gehaald,' in: *Computerrecht* 2003/1, 5-11. (Dommering 2003a).
- E.J. Dommering, N.A.N.M. van Eijk, J.A.M. Nijhof, M.L. Verberne. *Handboek Telecommunicatierecht, Inleiding tot het recht en de techniek van de telecommunicatie*. Den Haag: SDU 1999 (Dommering e.a. 1999).
- E.J. Dommering, L.F. Asscher, N.A.N.M. van Eijk, J.J.C. Kabel, A.E. Nieuwenhuis, G.A.I. Schuijt. *Informatierecht, fundamentele rechten voor de informatiesamenleving*. Amsterdam: Otto Cramwinckel 2000 (Dommering e.a. 2000).
- E.J. Dommering, N.A.N.M. van Eijk, J.J.M. Theeuwes, F.O.W. Vogelaar. *Toezicht en regulering in de telecommunicatiemarkt*. Amsterdam: Otto Cramwinckel/Instituut voor Informatierecht 2001 (Dommering e.a. 2001).
- N.A.N.M. van Eijk. *Toekenning van servicenummers met alfanumerieke betekenis* (Iterreeks nr. 15, 185-226). Deventer: Kluwer 1999. (Van Eijk 1999).
- W. Grosheide & C. de Schepper. *De juridische status van telefoonnummers* (Iterreeks 17, 371-425). Deventer: Kluwer 1999 (Grosheide & de Schepper 1999, 371-425).
- H. Franken. *Nemo plus..* Deventer: Kluwer 2003.

- L. Guibault. *Copyright Limitations and Contracts*. Den Haag/Londen/Boston: Kluwer Law International 2002 (Guibault 2002).
- J. Holvast. *Privacyregels voor EDI-berichten* (Iterreeks nr. 24, 107-204). Deventer: Kluwer 1999 (Holvast 1999).
- H. Hijmans & A de Kroon (red.). *Wetgeving voor de elektronische snelweg: nadere beschouwingen*. (Iterreeks nr. 16) Deventer: Kluwer 1999 (Hijmans & de Kroon 1999).
- W. Hins. *De eenzijdig durende telecomlicentie* (Iterreeks nr.4, 3-59). Alphen a/d Rijn/Diegem: Samsonbedrijfsinformatie 1996 (Hins 1996).
- P.B. Hugenholtz (ed.). *The Future of Copyright in a Digital Environment*. Den Haag/Londen/Boston: Kluwer Law International 1996 (Hugenholtz e.a. 1996)
- P.B. Hugenholtz (ed.). *Copyright and Electronic Commerce*. Den Haag/Londen/Boston 2000 (Hugenholtz e.a. 2000).
- I. Hurkmans. *Regulering van informatienummers* (Iterreeks nr. 15, 229-305). Deventer: Kluwer 1999 (Hurkmans 1999).
- R. Kaspersen, K. Stuurman, N. v. Duuren en E. Neppelenbroek. *Contracten van Internetproviders: een adequate zelfregulering?* (Iterreeks nr. 21). Deventer: Kluwer 1999 (Kaspersen e.a. 1999).
- R. Kaspersen, A. Hofman & J. Verbeek. *Vertrouwelijkheid van e-mail* (Iterreeks nr. 13, 83-233). Deventer: Kluwer 1999 (Kaspersen, Hofman & Verbeek 1999).
- B-J. Koops, C. Prins, M. Schellekens, S. Gijrath en E. Schreuders. *Overbeden over internationalisering en ICT-recht* (Iterreeks nr. 39), Den Haag: SDU 2000 (Koops e.a. 2000).
- S. de Leeuw. *Graafrechten voor telecommunicatievoorzieningen* (Iterreeks nr. 4). Alphen a/d Rijn/Diegem: Samsonbedrijfsinformatie 1996, 65-181 (de Leeuw 1996).
- L. Lessig. *Code as code*. New York: Basic books 1999 (Lessig 1999).
- M. Lips, S. van der Hof, K. Schalken. *Multiformity in information provision in a new media age* (Iterreeks nr. 40). Den Haag: SDU 2000 (Lips, Vd Hof & Schalken 2000).
- B.M.J. van der Meulen en A.T. Ottow. *Toezicht op markten*, Preadviezen voor de Vereniging voor Bestuursrecht (VAR nr. 130), Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2003 (Vde Meulen, resp. Ottow 2003).
- Ministerie van Economische Zaken, Directoraat-Generaal Telecommunicatie en Post. *Netwerken in cijfers 2003*. Den Haag: Ministerie van Economische Zaken 2003 (MvEZ 2003).
- M.L. Mueller. *Ruling the Root, Internet governance and the taming of cyberspace*. Cambridge, Massachusetts and London, Engeland: The MIT Press 2002 (Mueller 2002).
- E. Neppelenbroek, K. Stuurman & H. Wijnans. *Aansprakelijkheid voor de schade aan apparatuur door mobiele telefoons* (Iterreeks nr. 17, 3-129). Deventer: Kluwer 1999 (Neppelenbroek e.a. 1999).
- Sj. Nouwt. *Privacyregels voor Internetberichten* (Iterreeks nr. 24, 3-107). Deventer: Kluwer 1999 (Nouwt 1999).
- Ottow 2003: zie Van der Meulen
- A.T. Ottow. 'Review van toezicht', in: *Computerrecht* 2003-1, 12-18 (Ottow 2003a).
- T. Oudejans. *Electronic Highway of Electronic Subway. Verborgene merkinformatie op het Internet in Amerikaans perspectief* (Iterreeks nr. 23). Deventer: Kluwer 1999 (Oudejans 1999).
- J. Peters. *Wie beschermt de grondwet?* Amsterdam: Vossiuspers 2003.
- Carlota Perez. *Technological Revolutions and Financial Capital, The Dynamics of Bubbles and Golden Ages*. Cheltenham, UK & Northampton, USA: Edward Elgar 2002 (Perez 2002).
- J.E.M. Polak. *Burgerlijke rechter of bestuursrechter*. Deventer: Kluwer 1999 (Polak 1999).
- Van der Pot-Donner (L.J. Prakke, J.L. de Reede, G.J.M. van Wissen bewerkers). *Handboek van het Nederlandse Staatsrecht*. Zwolle: Tjeenk Willink 1995, 13e druk (Vd Pot 1995).



- D. Roemers. 'Enkele consequenties van een voorstel inzake Europees mededingingsrecht voor de rol van de rechter', in: J.L. de Reede & J.H. Reestman (red.). *Op het snijvlak van Recht & Politiek* (Prakkebundel), 243-248 (Roemers 2003).
- Th. De Roos, G.A.I. Schuijt & L. Wissink. *Smaad, laster, discriminatie en porno op het Internet* (Iterreeks nr. 3, 83-237). Alphen a/d Rijn/Diegem: Samsonbedrijfsinformatie 1996 (De Roos, Schuijt & Wissink 1996).
- H.J. de Ru, 'Toezicht moet geen nieuwe staatsmacht worden, Commentaar op de preadviezen voor de VAR 2003 over: Toezicht op markten', in: *Markt & Mededinging* 2003/nr 5, 178-181.
- C. Sander. *Consumentenbescherming bij transacties op afstand* (Iterreeks nr. 44). Den Haag: SDU 2001 (Sander 2001).
- R.P. Scholtbach & D. Bartelink. 'Paradigma's in de revisie', in *i & i* 21e jaargang, 2003-3, 13-17 (Scholtbach & Bartelink 2003).
- Commissie Steenbergen (Th.J. Steenbergen, M. Albrecht & J.C. Arnbak). *Signalen voor straks, Een nieuwe richting voor de PTT*. Den Haag 1985 (Steenbergen 1985).
- N. Sitompoel, F. Tonkens, N.A.N.M. van Eijk & E.J. Dommering. *(Zelf)regulering van nummers en domeinnamen* (Iterreeks nr. 46). Den Haag: SDU 2001 (Sitompoel e.a. 2001).
- W. Steenbruggen. 'Dodo of feniks: het communicatiegeheim in het digitale tijdperk,' in: *Mediaforum* 2003-4, 118-128 (Steenbruggen 2003).
- J.E.M. Strang & J.P.A.F. Vriens. *GSM zendmasten/antennes*. Den Haag: Elsevierbedrijfsinformatie 1999 Strang & Vriens 1999).
- A. Tsoutsanis. *Domeinnaamgeschillen: inbreuk, onrechtmatige daad of kwade trouw?* (Iterreeks nr. 58). Den Haag: SDU 2003 (Tsoutsanis 2003).
- M. van Twist, H. de Bruijn & E. ten Heuvelhof. *Verhandelbaarheid van vergunningen in de telecomsector* (Iterreeks nr 17). Deventer: Kluwer 1999 (Van Twist e.a. 1999).
- J. Verbeek, Th. De Roos & J. van den Herik. *Interceptie van vertrouwelijke communicatie* (Iterreeks nr. 35)
- M.L. Verberne, N.A.N.M. van Eijk, E.J. Dommering. *Veilen van frequenties* (Iterreeks nr. 4, 185-288), Alphen a/d Rijn/Diegem: Samsonbedrijfsinformatie 1996 (Verberne e.a 1996).
- M.L. Verberne. *Verdeling van het spectrum* (Dissertatie uitgegeven in de Iterreeks en een handelseditie). Deventer: Kluwer 2000 (Verberne 2000).
- H. de Vlaam, H. de Bruijn & E. ten Heuvelhof. *Interconnection Disputes. Sweden, Great Britain and the United States* (Iterreeks nr. 8, 167-280). Alphen a/d Rijn/Diegem; Samson Bedrijfsinformatie 1997 (De Vlaam e.a. 1997).
- B. Westenbrink. *De merken-en handelsnaamrechtelijke aspecten van het Domain Name System* (Iterreeks nr. 15, 311-403). Deventer: Kluwer 1999 (Westenbrink 1999).
- Wetgeving Elektronische Snelweg, *Kamerstukken II 1997-1998, 25880, nrs. 1-2* (WES 1997-1998).