

5

mei 2003

vijftiende jaargang

Waar bent u op 25 juli 2003?

Kamiel Mortelmans

Openbaarheid van telecommunicatienetwerken en -diensten

Hein Dries, Serge Gijrath, en Paul Knol

De financiering van de publieke omroep in Europa

Helga Zeinstra

Jurisprudentie 24-27

Nr. 24 EHRM 11 maart 2003, Lesnik vs. Slowakije m.nt. L. Dragstra • Nr. 25 Hof Amsterdam 20 februari 2003, De Staat vs. De Kreek II • Nr. 26 Vzr. Rb. Rotterdam 11 februari 2003 Yarosa vs. OPTA m.nt. A.W. Hins • Nr. 27 CBB 12 maart 2003, Telediscount vs. OPTA m.nt. G.P. van Duijvenvoorde

Mediaforum is een uitgave van de Vereniging voor Media- en Communicatierecht (VMC), en verschijnt tien maal per jaar.
Bestuur VMC: Prof. mr. J.J.C. Kabel (voorzitter), Dr. N.A.N.M. van Eijk (vice-voorzitter), Mr. J.J. Feenstra (penningmeester), Mr. C. van Boxtel (secretaris), Mr. C.E. Drion, Mr. J.F. Haeck, Mr. F. Kuitenbrouwer en Mr. H.M.C. Zeinstra.
www.communicatierecht.nl

Mediaforum wordt in opdracht van de VMC uitgegeven door OTTO CRAMWINCKEL UITGEVER.

Citeertitel: Mediaforum (bijv.: Mediaforum 2003-5, p. 125-130; bij jurisprudentie Mediaforum 2003-5 nr. 25)
ISSN: 0924 - 5057

Redactie

Mr. J. van den Beukel, Mr. R.D. Chavannes, Mr. M.J. Geus, Mr. A.W. Hins, Mr. G.J. Kemper (voorzitter), Prof. mr. K.J.M. Mortelmans, Mr. A.J. Nieuwenhuis, Mr. A.T. Ottow, Prof. mr. H.J. de Ru, en Mr. C.J. Flentrop-Turner (eindredactie).

Correspondent België

Prof. dr. D. Voorhoof

Redactiesecretariaat

Voor inlichtingen over het aanleveren van kopij en andere redactionele aangelegenheden kan contact opgenomen worden met Mr. C.J. Flentrop-Turner, Universiteit van Amsterdam, Instituut voor Informatierecht, Rokin 84, 1012 KX Amsterdam, fax: 020-525 3033, e-mail: flentrop@jur.uva.nl

Opmaak

De Elementen vof, Amsterdam

Abonnementen & Lidmaatschap

Abonnementen worden per jaargang (januari-december) afgesloten. Facturering vindt plaats jaarlijks in het eerste kwartaal. Opzegging dient te geschieden uiterlijk op 1 december van het lopende abonnementsjaar, bij niet-tijdige opzegging wordt het abonnement automatisch voortgezet.

Leden VMC: Abonnement inbegrepen bij het lidmaatschap. Kosten lidmaatschap inclusief abonnement € 69,50 per lid per kalenderjaar (studenten € 34,50; rechtspersoon € 140,-). Opzegging uiterlijk 1 december. Aanmelding, opzegging, adres- of naamswijziging van leden schriftelijk of per e-mail opgeven bij: Administratiekantoor Van Eijk, Vlasstraat 11, 5712 RP Someren, e-mail: adm.eijk@wxs.nl

Niet-leden: € 95,- per kalenderjaar. Opgave nieuw abonnement, opzegging (uiterlijk 1 december), adreswijziging e.d. schriftelijk bij OTTO CRAMWINCKEL UITGEVER, Herengracht 416, 1017 BZ Amsterdam, tel: 020-627 6609, fax: 020-638 3817, e-mail: info@cram.nl

Losse nummers: verkrijgbaar bij de gespecialiseerde boekhandel, of te bestellen bij OTTO CRAMWINCKEL UITGEVER, Herengracht 416, 1017 BZ Amsterdam; prijs € 8,85.

Het verlenen van toestemming tot publicatie in dit tijdschrift strekt zich tevens uit tot het in enige vorm elektronisch beschikbaar stellen.

© 2003 Vereniging voor Media- en Communicatierecht

Mediaforum

Tijdschrift voor Media- en Communicatierecht

**Vijftiende jaargang
nummer 5
mei 2003**

Inhoud

- 153** **Opinie**
Waar bent u op 25 juli 2003?
Kamiel Mortelmans
- 155** **Artikel**
Openbaarheid van telecommunicatienetwerken en -diensten
Hein Dries, Serge Gijrath en Paul Knol
- 163** **Reactie**
De financiering van de publieke omroep in Europa
Helga Zeinstra
- 167** **Documentatie**
Rechtspraak
Binnenland
Agenda
Verschenen
- Jurisprudentie**
- 171** Nr. 24 EHRM 11 maart 2003, Lesnik vs. Slowakije m.nt. L. Dragstra
- 175** Nr. 25 Hof Amsterdam 20 februari 2003, De Staat vs. De Kreek II
- 176** Nr. 26 Vzr. Rb. Rotterdam 12 februari 2003, Yarosa vs. OPTA m.nt. A.W. Hins
- 180** Nr. 27 CBB 12 maart 2003, Telediscount vs. OPTA m.nt. G.P. van Duijvenvoorde

Nederlands

uitgeversverbond

**Groep uitgevers voor
vak en wetenschap**



Verkeersgegevens

Een juridische en technische inventarisatie

L.F. Asscher en A.H. Ekker, redactie

Met medewerking van:

R.Hes, A.H. Ekker en B.J. Koops

Verslag van een workshop over verkeersgegevens georganiseerd door het IViR en het College Bescherming Persoonsgegevens. Allereerst de technische aspecten van verkeersgegevens, de technische (on)mogelijkheid van een onderscheid tussen inhoud en verkeersgegevens.

Vervolgens een bijdrage over een aantal publiek-rechtelijke aspecten, zoals de wenselijkheid van constitutionele bescherming van verkeersgegevens.

Dan volgt de strafvorderlijke kant van verkeersgegevens, onder welke omstandigheden en op welke voorwaarden mogen verkeersgegevens gebruikt worden in het strafproces.

Tot slot een samenvatting van de tijdens de workshop gevoerde discussie alsmede een mogelijke agenda voor toekomstig onderzoek en debat.

Uitgave van het Instituut voor Informatierecht, Universiteit van Amsterdam.

108 pagina's, ing, ISBN 90 75727 364, prijs € 17,-.
Verkrijgbaar via de boekhandel of:

Otto Cramwinckel Uitgever

Herengracht 416

1017 BZ Amsterdam

telefoon 020-627 66 09

fax 020-638 38 17

e-mail: info@cram.nl

url: www.cram.nl

in maart verschijnt:

Omroep & Commercie 2000-2002

mr Marcel Dellebeke, mr Jan J.C. Kabel (red.)

O&C 2000-2002 bevat:

- alle adviezen, beschikkingen en rechterlijke uitspraken in procedures bij het Commissariaat voor de Media (over de periode 1 mei 2000 tot en met 31 december 2002),
- een overzicht en beschrijving van alle overige relevante beschikkingen van het Commissariaat (over de periode 1 mei 2000 tot en met 31 december 2002),
- de door het Commissariaat gehanteerde beleidslijnen e.d. (per 1 januari 2003),
- een selectie van de relevante bepalingen van de Mediawet en het Mediabesluit (zoals van kracht op 1 januari 2003), met daarbij ook de voorgestelde wijzigingen in deze bepalingen,
- cumulatieve registers.

ISBN 90 757 27 488, 410 pagina's ingenaaid, ca 40 euro.

Verkrijgbaar via de boekhandel of rechtstreeks bij:

Otto Cramwinckel Uitgever

Herengracht 416

1017 BZ Amsterdam

telefoon 020-627 66 09

fax 020-638 38 17

e-mail: info@cram.nl

url: www.cram.nl

In deze serie verschenen eerder zeven bundels vanaf 1988.

Voor meer informatie: zie onze website.

Waar bent u op 25 juli 2003?

Opinie

Kamiel Mortelmans*

Op 7 maart 2002 hebben het Europees Parlement en de Raad een pakket richtlijnen 'elektronische communicatie' goedgekeurd (*PbEG* 2002, L108, zie *Mediaforum* 2002-6, p. 196). Dit stelsel vervangt de 'telecommunicatie'-richtlijnen uit de jaren negentig (zie *Mediaforum* 1996-4, p. 50 en *Mediaforum* 1997-5, p. 81).

De nieuwe richtlijnen dienen uiterlijk op 24 juli 2003 in nationaal recht te zijn omgezet. Als de voortekens niet bedriegen, wordt deze datum door Nederland (en door vele andere lidstaten) niet gehaald. Het toedienen van een juridisch paardenmiddel voor te late en onjuiste omzetting, namelijk een bevel tot wetgeving, werd zeer onlangs door de Hoge Raad afgewezen in een zaak die betrekking had op de niet-tijdige omzetting van de niraatrichtlijn (21 maart 2003, LJN-nr. AE8462).

'Brussel' heeft, volgens het tele-wereldje, een 'betrekkelijk ingewikkeld complex van te implementeren regels' (Dommering, *Computerrecht* 2003-1, p. 7) uitgevaardigd. Als tele-leek met een algemene EG-achtergrond, voeg ik daar aan toe: het zal wel, maar dat geldt voor elk complex van specialistische wetgeving, van motorvoertuigen tot afvalstoffen. Deze ingewikkeldheid mag geen excuus zijn voor te late implementatie. De Nederlandse onderhandelaars (en de lobbygroepen aan de zijlijn) zitten er in 'Brussel' zelf bij en zij kunnen piepen als het dreigt mis te gaan, bijvoorbeeld met de 'Vlaams-Nederlandse vertaling' (*sic!*) (Dommering, p. 8).

De niet-tijdige omzetting is een verschijnsel dat zich niet alleen bij telecommunicatierichtlijnen voordoet, maar bijvoorbeeld ook bij de richtlijnen elektronische handtekeningen en rechtsbescherming van modellen. In beide gevallen heeft de Commissie zeer onlangs bij het Hof van Justitie tegen Nederland beroep ingesteld (zaak C-63/03 en zaak C-80/03, *PbEG* 2003, C 83).

Er is nochtans een complicerend verschil. Bij beide laatste richtlijnen gaat het om eerstegeneratierelaties: van geen communautaire maatregelen (en dus geen omzettingswetgeving) naar communautaire regelingen. Bij de elektronische communicatierichtlijnen gaat het om tweede- (soms derde-) generatierelaties. Daardoor zijn er overgangsproblemen bij de omzetting: er bestaat reeds nationale omzettingswetgeving van de oude richtlijnen. Wat is de status ervan nu de omzettingstermijn voor het nieuwe pakket is verstreken, maar de vereiste nieuwe omzettingsmaatregelen nog niet in werking zijn getreden?

Deze niet-tijdige omzetting van het nieuwe pakket heeft gevolgen voor het reilen en zeilen van alle betrokkenen: de Europese Commissie, lidstaat Nederland (als verzamelaar voor de wetgever, de beleidsvoerende departementen en de toezichthouders), de Nederlandse rechters en de marktdeelnemers.

Ik ga hierna op enkele gevolgen van dit rechtsvacuüm in (voor algemene informatie over de relatie tussen het Nederlandse bestuursrecht en het Europees recht: zie J. H. Jans, R. de Lange, S. Prechal, R. J. G. M. Widdershoven, *Inleiding tot het Europees bestuursrecht*, 2e druk, Nijmegen, 2002). Een 'Opener' in *Mediaforum* moet de ogen openen en kan volstaan met het aanstippen van de voornaamste problemen en het suggereren van enkele oplossingsroutes. Het tele-wereldje en zijn secondanten zullen deze gedachteflitsen ongetwijfeld uitwerken in keurige adviezen en vlijmscherpe memories.

Eerst de Europese Commissie. Het niet tijdig omzetten van een richtlijn komt neer op de niet-naleving door Nederland van zijn verdragsverplichtingen. De Commissie kan dan de procedure op grond van artikel 226 EG starten, die kan leiden tot een veroordeling van Nederland door het Hof van Justitie. Indien Nederland de richtlijn na veroordeling nog niet heeft omgezet, kan de Commissie tegen Nederland een nieuwe actie starten (zie artikel 228 EG). Het Hof kan Nederland dan veroordelen tot de betaling van een forfaitaire som of dwangsom. Griekenland (u weet wel, zo'n lidstaat die met de Europese fondsen sjoemelt) werd enkele jaren geleden als eerste lidstaat met de financiële consequenties van de verdragschending geconfronteerd.

Nederland kan uiteraard verweer voeren, maar de ervaring leert dat – in dit soort gevallen van niet-tijdige omzetting – de betrokken lidstaat bijna zeker kansloos is. Argumenten zoals ontbinding van het parlement (u weet wel, een fenomeen dat zich in Latijnse landen voordoet) of wetstechnische complicaties, worden door het Hof niet gehonoreerd. In het eerste geval overweegt het Hof dat het EG-rechtssysteem niets te maken heeft met de interne organisatie en politieke ontwikkelingen binnen een lidstaat. In het tweede geval is de reactie dat, wanneer een lidstaat dit soort problemen ondervindt, hij dit bij de goedkeuring van de richtlijn had moeten signaleren. De Gemeenschapswetgever had dan aan de betrokken lidstaat een langere omzettingstermijn kunnen toekennen.

Nederland kan zich overigens niet verweren met het argument dat andere lidstaten deze richtlijn ook niet op tijd hebben omgezet. In een zaak die betrekking had op de niet-tijdige omzetting van de TV richtlijn door België, heeft het Hof dit verbod van eigenrichting uitdrukkelijk bevestigd (zie *Mediaforum* 1996-11/12, p. 140).

Vervolgens de positie van de Nederlandse rechter en marktdeelnemers die bij hem recht zoeken. Het eerste aanknopingspunt is de mogelijke directe werking van een van de bepalingen van de richtlijnen. Een aantal varianten passeert de revue.

Ten eerste, verticale rechtstreekse werking. Voorbeeld: ondernemingen hebben op grond van de nieuwe richtlijnen in de regel minder snel een aanmerkelijke marktmacht (AMM)

* Prof. mr. K. J. M. Mortelmans is hoogleraar aan het Europa Instituut, Universiteit Utrecht, en redacteur van dit blad.

dan onder de werking van de oude richtlijnen. Een onderneming die hier voordeel uit wil halen, kan zich bij de OPTA op een bepaling van de richtlijnen beroepen (en er dus rechten aan ontnemen) vanaf de dag dat de richtlijnen omgezet hadden moeten zijn. Voorwaarde is wel dat de betrokken richtlijn bepaling voldoet aan de algemene criteria voor rechtstreekse werking: duidelijke en onvoorwaardelijke bepaling. Dat is bij dit ingewikkeld stelsel geen uitgemaakte zaak. Zo moeten er in een aantal gevallen marktanalyses uitgevoerd worden (zie bijvoorbeeld artikel 16 Kaderrichtlijn). Geen makkelijk karwei voor de OPTA, die dit in samenwerking met de NMa moet doen, maar beide toezichthouders hebben enige ervaring opgedaan. Daar komt nog bij dat, na de inwerkingtreding van verordening 1/2003, per 1 mei 2004, artikel 81, lid 3 EG (de ont-heffingsbepaling bij mededingingsafspraken) directe werking krijgt. De nationale rechter zal dan ingewikkelde economische analyses moeten maken om het algemene EG-mededingingsrecht te toe passen. Waarom zou hij dat dan niet kunnen met het specifieke mededingingsrecht, zeker nu dit aansluit bij het algemene mededingingsrecht, bijvoorbeeld met het begrip AMM? Om alle betrokkenen te helpen, heeft de Commissie ter zake richtsnoeren uitgevaardigd (*PbEG* 2002, C 165/6) en daarmee het discretionaire gat in zekere zin gedeeltelijk gedicht.

Ten tweede, omgekeerde verticale rechtstreekse werking. De nationale overheid kan de niet tijdig omgezette richtlijn voor de rechter niet inroepen tegen een onderneming (zaak 80/86, *Kolpinghuis*). Je mag als lidstaat niet genieten van je eigen falen: het estoppel-beginsel. Concreet, de OPTA kan geen bevoegdheden louter en alleen ontnemen aan de rechtstreekse werking van een richtlijn bepaling om als toezichthouder van het nieuwe stelsel op te treden.

Ten derde, horizontale directe werking. Kan een onderneming tegen een andere onderneming voor de rechter een beroep doen op een bepaling uit een (niet omgezette) richtlijn? Op grond van constante jurisprudentie (zaak 152/84, *Marshall*, zaak C-91/92, *Faccini Dori*) is het antwoord ontkennend.

De conclusie, weinig rechten voor de toezichthouders bij niet-tijdige omzetting, is evenwel te kort door de bocht. Los van de vraag van directe werking, moet de nationale rechter in de geschillen die hij te behandelen krijgt, de casus richtlijnconform interpreteren (hierover Jans e.a., p. 137 en M.H. Wissink, *Richtlijnconforme interpretatie van burgerlijk recht*, Deventer, 2001).

Dit wil zeggen dat, hoewel de richtlijn niet is omgezet, de rechter de richtlijn toch in het geschil moet betrekken. Het gaat immers, naar EG-recht bekeken, om geldend en bindend recht. Deze richtlijnconforme interpretatie moet echter wijken voor algemene rechtsbeginselen, zoals de rechtszekerheid en de niet-terugwerkende kracht van strafbepalingen (*Kolpinghuis*). Concreet, kan de OPTA het nieuwe regime vanaf 25 juli 2003 richtlijnconform toepassen?

De rechtspraak van het Hof concentreert zich op strafzaken (*Kolpinghuis*, zaak C-168/95, *Arcaro*). Vandaar de nadruk op de beginselen van non-retroactiviteit en van de rechtszekerheid. Geldt deze rechtspraak ook voor administratief handelen van de OPTA en vervolgens voor de administratieve rechter te Rotterdam? Er is reeds rechtspraak van de hoogste telecommunicatierechter, maar dan in een zaak die gaat over de export van vlees (CBB, 13 augustus 1993, *UCB* 1993, 59). Het Productschap voor Vee en Vlees mocht van het CBB geen heffingen innen, nu de betreffende EG-richtlijn nog niet was omgezet. Zekerheid is er niet (Jans e.a., p. 117 zien minder mogelijkheden voor het

bestuursorgaan dan J.W. van de Gronden, *De implementatie van het EG-milieurecht door de Nederlandse decentrale overheden*, Deventer, 1998, p. 339). Ik zou zeggen: OPTA, test het uit!

Ten slotte staat gelaedeerden de *Francovich*-aansprakelijkheid ter beschikking. Gelet op de grote (financiële) belangen, is het waarschijnlijk dat een van de marktpartijen deze weg zal bewandelen. Uit het *Francovich*-arrest zelf valt af te leiden dat niet-tijdige omzetting tot een gekwalificeerde schending leidt.

In casu kan een nog niet toegepaste variant aan de orde komen. Bij *Francovich* wordt gewerkt met een actie van een marktdeelnemer tegen de nationale overheid. Is een actie mogelijk die ingesteld wordt door de OPTA tegen de niet tijdig implementerende Nederlandse Staat? Dit zou kunnen in een zaak waar de OPTA zelf met een schadeclaim van een bedrijf geconfronteerd wordt, bijvoorbeeld omdat de OPTA de definitie van AMM uit het oude stelsel toepaste en de rechter later vaststelde dat de definitie van het nieuwe stelsel gold! In het mededingingsrecht is geen direct precedent (vgl. *AAe* 2003-3, p. 214), maar in de sfeer van decentrale toepassing van het Gemeenschapsrecht wel (zaak *Acciardi*, Rb. Amsterdam, 11 september 1996, *JB*, 1996, nr. 237, zie Van de Gronden, p. 415).

Vanaf 25 juli 2003 moeten, onder voorbehoud van de hoger vermelde mitsen en maren, de bevoegde instanties het elektronische communicatiepakket toepassen. Omdat ik die dag in het Nazionalpark (Zernez) hoop te wandelen, en dus niet door u, lezer, wil worden lastiggevallen, via deze Opener enige juridische informatie.

Openbaarheid van telecommunicatienetwerken en -diensten

Behoudens enkele uitzonderingen – in het bijzonder ten aanzien van de verdeling van frequenties – is de Telecommunicatiewet (hierna ‘Tw’, of ‘de wet’) alleen van toepassing op netwerken en diensten die als ‘openbaar’ zijn aan te merken. Ondanks dit centrale karakter van het begrip is in literatuur en rechtspraak geen eenduidige afbakening te vinden. Enige tijd geleden hebben wij een zogenaamd kortlopend ‘stand van zaken onderzoek’ naar dit onderwerp afgerond in het kader van het Nationaal Programma voor Informatietechnologie en Recht (ITeR).¹ In de nieuwe Europese regelgeving voor elektronische communicatie speelt hetzelfde begrip openbaarheid opnieuw een centrale rol, maar ook daarin wordt het niet nader uitgewerkt. Die nieuwe Europese regels moeten medio dit jaar in de Nederlandse wetgeving zijn geïmplementeerd.² Uit de voorontwerpen voor wetteksten en toelichtingen die informeel circuleren blijkt dat aan het begrip ‘openbaar’ geen inhoudelijke aandacht wordt gegeven. Onze bevindingen ten aanzien van de huidige Tw zullen ook onder het nieuwe kader van belang blijven. Eenduidige criteria zijn volgens ons niet aan te geven. Wel levert een nadere beschouwing van praktische voorbeelden enkele kenmerken op die typisch zijn voor openbare diensten en die bij kwalificatie een rol spelen.

Hein Dries, Serge Gijrath en Paul Knol*

Inleiding

Openbaarheid wordt in de Tw gebruikt om onderscheid aan te brengen tussen het gereguleerde en het niet-gereguleerde domein.³ Voor niet-openbare netwerken en diensten zijn slechts bij uitzondering regels opgenomen.⁴ Bij de totstandkoming van de wet sprak de minister de verwachting uit dat ‘het openbare karakter van een telecommunicatienetwerk en telecommunicatiedienst steeds op de juiste wijze (zal) kunnen worden vastgesteld’.⁵ Hoewel de praktijk sindsdien niet tot grote dis-

cussies aanleiding lijkt te hebben gegeven, blijkt bij nadere beschouwing onzekerheid te bestaan over de invulling van het begrip.

Toch speelt de openbaarheid van een netwerk of dienst een centrale rol bij de vraag of concrete rechten en verplichtingen uit de wet voor de aanbieder gelden. Openbaarheid van een netwerk of dienst leidt onder meer tot verplichtingen op het gebied van registratie bij OPTA (artikel 2.1), het delen van antenne opstelpunten (artikel 3.11), interconnectie (artikel 6.1),

* Mr. Hein Dries werkte als onderzoeker aan het Centrum voor eLaw@Leiden aan het onderzoek waarop dit artikel is gebaseerd. Thans is hij werkzaam als adviseur bij de Branchevereniging van Nederlandse Internetproviders (NLIP). Mr. drs. Serge J.H. Gijrath is advocaat te Amsterdam (Baker&McKenzie) en tevens als onderzoeker verbonden aan het CRBI van de Universiteit Brabant. Mr. Paul C. Knol is bedrijfsjurist bij KPN Mobile en als gastmedewerker verbonden aan de Universiteit Leiden voor telecommunicatierecht.

1 Hein Dries, Serge J.H. Gijrath en Paul C. Knol, *Openbaarheid van netwerken en diensten in de Telecommunicatiewet*, te verschijnen in de ITeR-reeks, Sdu Uitgevers Den Haag, 2003. Het kader waarbinnen het onderzoek plaatsvond bracht als noodzakelijke beperking mee dat er geen ruimte was voor rechtsvergelijking, ook al zou dat met de deels Europeesrechtelijke achtergrond van het onderwerp relevant kunnen zijn. In het rapport toetsen we de (hierna samengevatte) bevindingen aan een groot aantal voorbeelden van diensten en netwerken waarbij de vraag naar het openbare karakter in discussie kan komen.

2 Vier richtlijnen zouden op 25 juli 2003 moeten zijn geïmplementeerd: Richtlijn 2002/21/EG inzake een gemeenschappelijk regelgevingkader voor elektronische communicatienetwerken en -diensten (*Kaderrichtlijn*), PbEG 2002, L 108/33, Richtlijn 2002/22/EG inzake de universele dienst en gebruikersrechten met betrekking tot elektronische communicatienetwerken en -diensten (*Universele dienstrichtlijn*), PbEG 2002, L 108/51, Richtlijn 2002/19/EG inzake de toegang tot en interconnectie van elektronische communicatienetwerken en bijbehorende faciliteiten (*Toegangsrichtlijn*) PbEG 2002, L 108/7 en Richtlijn 2002/20/EG betreffende de machtiging voor elektronische communicatienet-

werken en -diensten (*Machtigingsrichtlijn*), PbEG 2002, L 108/21. De enkele maanden nadien aangenomen Richtlijn 2002/58/EG van het Europees Parlement en de Raad van 12 juli 2002 betreffende de verwerking van persoonsgegevens en de bescherming van de persoonlijke levenssfeer in de sector van elektronische communicatie (*Richtlijn betreffende privacy en elektronische communicatie*), PbEG 2002 L 201/37 moet voor 31 oktober 2003 zijn geïmplementeerd. Deze data zullen in Nederland niet worden gehaald.

3 Naast de samenstellingen ‘openbaar telecommunicatienetwerk’ en ‘openbaar telecommunicatiedienst’ komen op verschillende plaatsen ook de samenstellingen ‘openbaar telefoonnetwerk’ en ‘openbare telefoondienst’ (zie de artikelen 1.1, 6.4, 6.6-6.8, 7.4, 7.6, 7.7, 11.9, 12.1 en 20.1). Wij gaan er hierna vanuit dat het woord openbaar in deze verschillende samenstellingen dezelfde betekenis heeft.

4 Alles dat niet onder het begrip ‘openbaar’ valt wordt door ons samengevat als ‘niet openbaar’. De wet kent daar (logischerwijze) geen aparte omschrijving van, anders dan bijvoorbeeld in België, waar in het Koninklijk besluit betreffende de voorwaarden voor de aanleg en de exploitatie van niet-openbare telecommunicatienetwerken (Belgisch *Stb.* 1998, 2575) als ‘niet-openbaar telecommunicatienet’ wordt gedefinieerd: ‘telecommunicatienet dat door de uitbater uitsluitend voor eigen gebruik wordt aangewend of dat is bestemd voor diensten aangeboden aan gesloten gebruikersgroepen, zoals gedefinieerd in artikel 68, 28° van de wet.’

5 Zie J.M.E. Van Breugel, E.J. Daalder, *Telecommunicatierecht – de parlementaire geschiedenis van de telecommunicatiewet*, Den Haag: SDU, 1999 (hierna: Parl. Gesch.), NV II, p. 15.

openbare telefoondiensten (krachtens artikel 7.4), het gebruik van verkeersgegevens (artikel 11.5), nummeridentificatie (artikel 11.9), aftappen (artikel 13.1) en het betalen van vergoedingen voor toezicht (artikel 16.1). Daartegenover krijgt de aanbieder van openbare netwerken of diensten onder meer recht op toekenning van nummers (artikel 4.2)⁶, graafrechten (artikel 5.1 e.v.), aanspraken op interconnectie (artikel 6.1) en aanspraken op medegebruik van kabelvoorzieningen (artikel 5.10) en antenne opstelpunten (artikel 3.11). Dit alles geldt niet voor aanbieders van niet openbare netwerken en diensten. Ten slotte speelt ook bij de regels omtrent randapparatuur (hoofdstuk 10 van de Tw) het criterium een rol; randapparatuur is ‘per definitie’ (artikel 1.1 onder x) apparatuur bestemd voor aansluiting op een openbaar netwerk en de regels daarvoor zijn dan ook niet van toepassing voor apparatuur bestemd voor gebruik bij niet openbare netwerken.

De toepassing van de kwalificatie openbaarheid van netwerken en diensten is deels gebaseerd op de Europese richtlijnen die aan de Tw ten grondslag liggen. Dat geldt bijvoorbeeld voor rechten en plichten ter zake van interconnectie en privacy. Maar de Nederlandse wetgever past ook naar eigen keuze hetzelfde criterium toe voor de afbakening van rechten en plichten (bijvoorbeeld bij graafrechten en aftappen). Helaas biedt de bestudering van de Europese richtlijnen geen duidelijker beeld van de exacte afbakening van het begrip openbaarheid. In de teksten of overwegingen van de richtlijnen, noch elders in de totstandkominggeschiedenis, zijn heldere criteria te vinden voor de interpretatie van het begrip. De Engelstalige aanduiding ‘public’ geeft wel aan dat het om een aanbod aan een breder publiek moet gaan, maar juist in twijfelgevallen helpt dat – zoals we hierna zullen zien – niet veel verder.

Daar komt in Nederland nog bij dat door het gebruik van het criterium voor verschillende type verplichtingen verschillende toezichthouders worden betrokken bij de afbakening van wat nog openbaar is en wat niet meer. OPTA heeft bijvoorbeeld een rol bij registratie, nummers en interconnectie. Gemeenten spelen een rol bij de toekenning van graafrechten (artikel 5.2). Het College Bescherming Persoonsgegevens zal de toepassing van de privacyregels van hoofdstuk 11 volgen (al is het geen formele toezichthouder krachtens de Tw). Het Openbaar Ministerie loopt tegen de afbakening aan bij verzoeken tot het plaatsen van taps en het vorderen van inlichtingen. De onderling verschillende belangen waarvan die toezichthouders zich rekenschap moeten geven, zouden kunnen leiden tot verschillende interpretaties voor verschillende doeleinden. Wij gaan er vanuit dat de wet steeds op dezelfde onderscheiding doelt en dat in de verschillende bepalingen waarin openbaarheid als vereiste voor toepassing van regels geldt dat begrip gelijk moet worden uitgelegd. Een invulling waarbij een concrete dienst bijvoorbeeld met het oog op privacyregels openbaar, maar in het kader van interconnectie als niet openbaar wordt aangemerkt, lijkt ons niet aanvaardbaar.

Bij deze inleidende opmerking moet er nog op worden gewezen dat openbaarheid van aangeboden transmissiemiddelen en -diensten niet mag worden verward met de openbaarheid (of vertrouwelijkheid) van de communicatie die met behulp van dergelijke netwerken en diensten plaatsvindt. Het

gaat bij de door ons besproken openbaarheid van netwerken en diensten vrijwel steeds om vertrouwelijke communicatie, maar langs middelen die voor iedereen openstaan.

In het navolgende zullen we eerst kort terugkijken op de historie van het gebruik van het criterium openbaarheid. Vervolgens staan we stil bij de definiëring van de centrale begrippen ‘openbaar telecommunicatienetwerk’ en ‘openbare telecommunicatiedienst’ en de relatie van die definities tot enkele andere in de wet gedefinieerde begrippen. Daarna komen we toe aan het beschouwen van de aangedragen criteria voor afbakening van openbaarheid. We zullen zien dat geen van deze criteria op zich een afdoende heldere afbakening opleveren.

In ons in voetnoot 1 aangegeven onderzoek hebben we de toepassing van het criterium openbaarheid vervolgens bekeken bij de verschillende onderwerpen interconnectie en bijzondere toegang, huurlijnen, telefonie en universele dienstverlening, graafrechten, nummers, privacy, aftappen en randapparatuur. We hebben er daarbij vooral naar gekeken of de ratio om het begrip openbaarheid als onderscheidend criterium te gebruiken, helderheid oplevert voor de invulling ervan. Een eenduidige invulling hebben we daaruit niet kunnen afleiden, maar wel zijn we verschillende kenmerken tegengekomen die een soort ‘normaaltype’ van een openbare dienst opleveren.

Korte historie

De toepassing van het criterium openbaarheid ter afbakening van het gereguleerde domein is niet pas met inwerkingtreding van de Tw per 15 december 1998 in ons telecommunicatierecht verschenen. In het kader van dit artikel voert het te ver om de historie van het gebruik van openbaarheid in detail te behandelen.⁷ Het is van belang hier te constateren dat het begrip zijn huidige centrale rol voornamelijk is gaan spelen in de Europese regelgeving die de liberalisering van de telecommunicatiesector op gang bracht.⁸

Onder de Wet op de telecommunicatievoorzieningen⁹ was lange tijd het uitgangspunt dat een netwerk onder de regulering viel als het bij of krachtens wet als openbaar was aangewezen. Getracht werd zo interpretatieproblemen over de grens tussen wel en niet openbaar te voorkomen. Wetgever en minister bepaalden ‘ex ante’ het domein van de regels. Voor tevoren aangewezen openbare netwerken golden de aangegeven regels, voor andere netwerken niet. De aangewezen netwerken waren aanvankelijk de netwerken die werden aangelegd op basis van exclusieve of bijzondere rechten. Openbaarheid werd afgeleid uit het hebben van die exclusieve of bijzondere rechten en de daaraan verbonden aanbiedingsverplichtingen. Vanaf de implementatie van de Richtlijn volledige mededinging¹⁰ werd de regelgeving nog wel gekoppeld aan het element openbaarheid. Voor openbaarheid van een netwerk waren niet langer bijzondere rechten maatgevend, maar de ‘publieke beschikbaarheid’. De met het oog op volledige concurrentie aangepaste ONP richtlijnen maakten hiervan het beslissende criterium voor toepassing van de regelgeving. De openbaarheid van het netwerk werd volgens de gewijzigde begripsomschrijvingen echter direct afhankelijk

6 Waarschijnlijk zal dat na implementatie van het nieuw Europees regelgevend kader wijzigen; zie voetnoot 15.

7 We verwijzen daarvoor naar de in voetnoot 1 aangegeven publicatie.

8 Overigens bestond reeds in de Telegraaf- en Telefoonwet 1904, *Stb.* 1904, 7, een onderscheid tussen openbare en niet openbare telecommunicatievoorzieningen. Volgens de definitie van artikel 1 werd onder ‘telegraphen en telefonen’ ver-

staan – tenzij het tegendeel was uitgedrukt – alleen die telegraphen en telefonen ‘welke voor het openbaar verkeer zijn bestemd’.

9 Wet van 26 oktober 1988, *Stb.* 520.

10 Richtlijn 96/19/EG van de Commissie van 13 maart 1996 tot wijziging van Richtlijn 90/388/EEG (Dienstenrichtlijn) met betrekking tot de invoering van volledige mededinging op de markten voor telecommunicatie, *PbEG* 1996 L 74/13.

van de aangeboden diensten. De term 'publiek beschikbaar' werd daarbij niet uitdrukkelijk omschreven. Bestudering van de richtlijnen brengt niet meer helderheid.¹¹

Definiëring in de Telecommunicatiewet

De centrale begrippen van de wet zijn 'openbare telecommunicatienetwerken' en 'openbare telecommunicatiediensten'. In artikel 1.1 Tw worden deze begrippen als volgt gedefinieerd:

f. *openbare telecommunicatiedienst: telecommunicatiedienst die beschikbaar is voor het publiek;*

g. *openbaar telecommunicatienetwerk: een telecommunicatienetwerk dat onder meer voor verrichting van openbare telecommunicatiediensten wordt gebruikt of een telecommunicatienetwerk waarmee aan het publiek de mogelijkheid tot overdracht van signalen tussen netwerkaansluitpunten ter beschikking wordt gesteld.*

Deze begrippen komen terug in de omschrijvingen van verschillende andere definities.¹² Het kernelement in de aangehaalde definities is dat openbare diensten beschikbaar zijn voor het publiek. Als eenmaal 'onder meer' een openbare dienst wordt aangeboden via een netwerk is volgens de weergegeven definitie sprake van een openbaar telecommunicatienetwerk. De woorden 'onder meer' brengen naar de letter mee dat elk netwerk openbaar wordt indien daar (ook in onbeduidende mate) openbare diensten over worden aangeboden. In de definitie van 'vast openbaar netwerk' (artikel 1.1, onder l Tw) en 'mobiel openbaar telefoonnetwerk' (artikel 1.1, onder n Tw) wordt overigens nog gesproken van 'elementen' van openbare netwerken. Daar wordt kennelijk bedoeld dat de betreffende 'elementen' van een openbaar vast of mobiel netwerk openbaar worden indien slechts een gedeelte van 'het element' voor openbare dienstverlening wordt gebruikt. Hoe we netwerkelementen scheiden wordt echter niet toegelicht.¹³ Van Eijk¹⁴ noemt de mogelijkheid dat gedeelten van netwerken openbaar kunnen zijn, zodat er sprake is van een segmentering binnen hetzelfde netwerk. Anders gezegd: bepaalde transmissiecapaciteit kan deel uitmaken van een openbaar netwerk, terwijl andere capaciteit op dezelfde kabel kan worden gebruikt voor niet-openbare dienstverlening.

De wetgever heeft in veel gevallen geen afzonderlijke regels voor netwerken en diensten geformuleerd. In de meeste bepalingen worden de verplichtingen aan beide gekoppeld. Hoewel de wet zich zowel richt op de openbare netwerken als op de openbare diensten, ligt de nadruk van alle beschouwingen sterk op de laatste. De dienst bepaalt de openbaarheid van het netwerk en niet de specifieke (technische of andere) eigenschappen van het netwerk zelf. De werkelijke onderscheiding voor de toepassing van de regels zit derhalve in de kwalificatie van een 'openbare telecommunicatiedienst'.

Verandert het voorgaande na implementatie van de nieuwe Europese richtlijnen voor elektronische communicatie? Op grond van de richtlijnen is dat niet aan te nemen. De eerste concepten van de implementatiewetgeving laten wel op een enkel punt verschillen zien in de toepassing,¹⁵ maar die zijn voor de aard van het begrip niet van belang. Wat nu een 'openbaar telecommunicatienetwerk' of een 'openbare telecommunicatiedienst' is, zal een 'openbaar elektronisch communicatienetwerk' of een 'openbare elektronische communicatiedienst' gaan heten. Een wijziging van het begrip 'openbaar' in deze samenstellingen is niet voorzien. Alles wat we onder de huidige wet omtrent de inhoud van het begrip openbaarheid leren, blijft dan ook in de toekomst van belang. Wel valt aan te nemen dat de beoogde techniekonafhankelijkheid van de regels eerder tot meer dan tot minder interpretatievragen aanleiding zal geven. Juist in de omgeving van nieuwere vormen van dienstverlening in de sfeer van datadiensten en internet laat zich nu al aanzien dat de grens tussen publiek en besloten steeds subtieler wordt. Daarmee neemt de behoefte aan de ontwikkeling van meer specifieke criteria toe.

Huurlijnen, omroepnetwerken, omroepzendernetwerken openbaar?

Bij huurlijnen, omroepnetwerken en omroepzendernetwerken wordt niet op de openbaarheid van netwerk of dienst teruggegrepen, terwijl deze wel openbaarheid veronderstellen.

Voor een *huurlijn* is kenmerkend dat er een openbaar aanbod van transparante transmissiecapaciteit wordt gedaan.¹⁶ Op grond hiervan kan worden geconstateerd dat huurlijnen in beginsel net als andere telecommunicatiediensten behandeld worden. Van een andere 'openbaarheid' dan bij een gewone dienst is hier geen sprake. Het aanbieden van huurlijnen over een netwerk leidt daarmee tot openbaarheid van datzelfde netwerk.¹⁷ De vraag of een aanbod van huurlijnen daarmee ook als een aanbod voor een openbare telecommunicatiedienst moet worden beschouwd, is voornamelijk dogmatisch van belang, omdat de wetgever voor huurlijnen steeds een expliciete regeling geeft. De Europese wetgever gaat er blijkens de overwegingen bij de ONP huurlijnenrichtlijn echter van uit dat het een afzonderlijke dienst betreft en voorziet in een aparte regeling voor huurlijnen.¹⁸ Dogmatisch beschouwen wij huurlijnen als een vorm van telecommunicatiedienst en is de gescheiden behandeling onzuiver.¹⁹

Het onderscheidende kenmerk tussen een telecommunicatienetwerk en een *omroepnetwerk* en *omroepzendernetwerk* is dat er bij 'de verspreiding van programma's' geen communicatie (op individueel verzoek) plaatsvindt tussen de aangeslotenen op het netwerk.²⁰ Het begrip openbaarheid speelt geen onderscheidende rol. Impliciet is dat begrip bij omroep (zender-)netwerken echter wel van belang. Volgens de

11 Zie ook P. Larouche, *Competition law and regulation in European Telecommunications*, Hart Publishing, Oxford and Portland, Oregon, 2000, p. 28, volgens wie iedere richtlijn eigen 'enumerations and explanations' bij het begrip 'to the public' kent. Hij kenschetst deze begrippen als 'empty labels to cover a series of specific categories defined in the context of each legislative measure'.

12 Zie artikel 1.1 onder h (netwerkaansluitpunt), onder k (vaste openbare telefoondienst), onder l (vast openbaar telefoonnetwerk), onder m (mobiele openbare telefoondienst), onder n (mobiel openbaar telefoonnetwerk) en onder x (randapparaten) Tw.

13 In de memorie van toelichting (hierna: MvT) worden deze subdefinities zelfs niet besproken; Parl. Gesch., p. 125-126.

14 N.A.N.M. Van Eijk, 'De Telecommunicatiewet: een eerste analyse', *Computerrecht* 1998-1, p. 3-14.

15 Zo kunnen op grond van de voorgestelde aanpassing van artikel 4.2 aanbieders van alle elektronische communicatienetwerken en -diensten nummer aanvra-

gen en niet alle de aanbieders van openbare netwerken en diensten, zoals thans. Het gaat buiten de omvang van dit artikel de consequenties daarvan te bespreken.

16 MvT, Parl. Gesch., p. 125. Dit sluit aan bij de definitie in de ONP huurlijnenrichtlijn Zie artikel 2 lid 2 van Richtlijn 92/44/EEG van de Raad van 5 juni 1992 betreffende de toepassing van Open Network Provision (ONP) op huurlijnen, *PbEG* 1992 L 165/27 (hierna: ONP huurlijnenrichtlijn), zoals aangepast bij de Richtlijn tot wijziging van de ONP kaderrichtlijn en de ONP huurlijnenrichtlijn (97/51).

17 Zo ook NV II, Parl. Gesch., p. 15.

18 Overweging 2 bij de ONP huurlijnenrichtlijn.

19 Zo ook E.J. Dommering, N.A.N.M. Van Eijk, J.A.M. Nijhof, en M.L. Verberne, *Handboek telecommunicatierecht*, Den Haag: SDU, 1999, (hierna: *Handboek telecommunicatierecht*) p. 495.

20 MvT, Parl. Gesch., p. 126.

definitie²¹ omvat het begrip programma een elektronisch product met beeld of geluidsinhoud dat bedoeld is om te worden uitgezonden aan het algemene publiek of een deel daarvan. Nu de aangewende transmissiemiddelen ten dienste van het publiek worden gebruikt kan aangenomen worden dat een omroep (zender-)netwerk in beginsel een openbaar karakter heeft.

De (beoogde) betekenis van het begrip

In de parlementaire geschiedenis van de Tw vinden we als belangrijkste deel van de toelichting op het begrip openbaarheid:

Het kenmerkende voor dit begrip is het feit dat de betreffende telecommunicatiedienst beschikbaar is voor het publiek. (...) Het gaat er om dat door de condities die voor het aanbod gelden de kring van degenen die van het aanbod gebruik kunnen maken niet zodanig beperkt is dat niet van een openbaar aanbod gesproken kan worden. Dit betekent dat telecommunicatiediensten die uitsluitend beschikbaar zijn voor de leden van een besloten gebruikersgroep geen openbare telecommunicatiediensten zijn.²²

Met deze omschrijving introduceert de wetgever een cirkelredenering: openbaar is zo gezien alles wat niet dermate besloten is dat de kring van degenen aan wie de dienst wordt aangeboden als besloten gebruikersgroep kan worden gekenmerkt. Volgens deze passage gaat het primair om een beoordeling vanuit de vraagzijde (de feitelijke gebruiksmogelijkheden) van de dienst. De kring van mogelijke gebruikers is doorslaggevend. De begrippen 'besloten gebruikersgroep' en 'beperkte kring' worden echter niet nader toegelicht. Wel wordt gesproken van 'leden' en 'beperkende condities'. Dit zou kunnen duiden op het feit dat er een bijzondere (rechts) verhouding aan het groepsverband ten grondslag moet liggen wil er sprake zijn van beslotenheid, maar geheel duidelijk is dit niet.

Het element 'beschikbaar voor het publiek' wordt op verschillende plaatsen in de parlementaire geschiedenis daarnaast vanuit het aanbod beschreven. Zo staat in de MvT en de Nadere nota naar aanleiding van het verslag dat openbaarheid wordt gekenmerkt door het feit dat eenieder die dat wil van de betreffende dienst of het betreffende netwerk gebruik kan maken. De MvT en de nota gaan niet in op bijvoorbeeld een geografisch beperkt aanbod.²³ Door de nadruk op de non-discriminatoire voorwaarden te leggen, lijken MvT en nota te doelen op het civielrechtelijke leerstuk van het openbare aanbod.²⁴ Er moet sprake zijn van een aanbod onder dezelfde voorwaarden voor een relatief 'openbare' of 'onbepaalde' kring. De grootte van de kring of de samenstelling daarvan wordt in het midden gelaten. Evenmin wordt ingegaan op de vraag of de aanbieder voorwaarden kan stellen.

De MvT verwijst tenslotte naar de definities die de Europese wetgever in diverse richtlijnen hanteert.²⁵ De minister merkt daarbij zelf al op dat deze definities vaak niet bijzonder samenhangend of 'in hun onderlinge samenhang duidelijk'²⁶ zijn. Beoogd is om te voorkomen dat een onjuiste interpretatie van

de richtlijnen in de Nederlandse wetgeving zou worden geïmplementeerd. In het Europese kader vinden we echter nauwelijks aanwijzingen over de inhoud van het begrip. De wetgever biedt evenmin helderheid.

De wijze waarop de wetgever het begrip openbaarheid heeft gebruikt en toegelicht heeft dan ook kritische reacties opgevoerd. Vooral Van Eijk²⁷ en Dommering²⁸ hebben kritiek op het in hun ogen techniekafhankelijke en tijdgebonden karakter van de begrippen openbaar en niet-openbaar. Technische ontwikkelingen zullen er huns inziens toe leiden dat openbare en niet-openbare netwerken in de toekomst in elkaar zullen overlopen, zodat het netwerksegmenten niet langer afsplitsbaar zijn in openbare en niet-openbare delen. Ontwikkelingen als internet en de eenvoud waarmee met digitale techniek een besloten gebruikersgroep kan worden gecreëerd binnen een 'openbare' netwerkomgeving, maken, aldus Dommering, dat klassieke noties van openbaarheid – zoals beschikbaarheid voor het publiek als geheel – komen te vervallen als natuurlijke jkpunten voor regulering.

Wij delen die conclusie. Het is echter wel opvallend dat in de toepassing van de wet sindsdien nauwelijks aandacht aan dit fundamentele onderscheid is gegeven. Rechtspraak en literatuur waarin verduidelijking van het onderscheid wordt gegeven is niet te vinden. Besluiten van OPTA waarin de openbaarheid is getoetst zijn evenmin te vinden. Discussies tussen marktpartijen en OPTA over het karakter van diensten – bijvoorbeeld naar aanleiding van registratie – hebben nooit geleid tot gepubliceerde besluiten. Misschien dat daarbij een rol speelt dat openbaarheid juist speelt in verband met vragen of OPTA tot handhaving bevoegd is en of registratie noodzakelijk is. In zaken waarin OPTA gevraagd wordt toezicht te houden – of dat op eigen initiatief doet – zal niet snel geconcludeerd worden dat een dienst niet openbaar is. Daarmee zou OPTA zichzelf onbevoegd verklaren. Wellicht dat het ontbreken van *test cases* mede kan worden verklaard uit het gegeven dat sinds inwerkingtreding van de wet de meeste aandacht nog is uitgegaan naar het 'begeleiden' van de introductie van volledige concurrentie. Het toezicht is sterk geconcentreerd geweest op aanbieders met aanmerkelijke marktmacht, van wie door wetsduiding of aanwijzing door OPTA het openbare karakter van de diensten wel eenduidig was. Waarschijnlijk zullen de diensten waarbij twijfel aan het openbare karakter kan bestaan voornamelijk worden besproken bij toepassing van onderwerpen als privacy, aftappen en dergelijke.

Registratie aanbieders van openbare netwerken en diensten; geen bepalende factor

Een direct gevolg van het zijn van aanbieder van openbaar telecommunicatie-netwerk of openbare telecommunicatiedienst is de plicht tot registratie bij OPTA (artikel 2.1). De registratie is bedoeld om de handhaving van de wet te kunnen realiseren. Zij doet zelf geen rechten of plichten ontstaan en is niet doorslaggevend voor het feitelijke (werkelijke) karakter van de dienst of het netwerk in een concreet geval.²⁹ Bij de normale

21 Volgens artikel 1, eerste lid onder f, Mediawet is een programma: een elektronisch product met beeld- of geluidsinhoud, dat bedoeld is te worden uitgezonden en bestemd is voor ontvangst door het algemene publiek of een deel daarvan, met uitzondering van datadiensten, diensten die uitsluitend op individueel verzoek beschikbaar zijn, en andere interactieve diensten.

22 MvT, Parl. Gesch., p. 124.

23 NV II, Parl. Gesch., p. 15.

24 MvT, Parl. Gesch., p. 124.

25 Zie bijv. NV II, Parl. Gesch., p. 15, Bijvoegsel, Parl. Gesch., p. 134.

26 Bijvoegsel, Parl. Gesch., p. 134.

27 N.A.N.M. Van Eijk, 'De Telecommunicatiewet: een eerste analyse', *Computerrecht* 1998-1, p. 3-14.

28 E.J. Dommering, *Handboek telecommunicatierecht*, p. 6, 43 en 289.

29 Zie ook uitspraak van OPTA naar aanleiding van een klacht van Devricon International, 28 juli 1999 (OPTA/IBT/99/6646), te vinden op www.opta.nl. Devricon werd in eerste instantie als aanbieder van openbare diensten geregistreerd maar in genoemde procedure werd de dienst door de OPTA zelf als niet openbaar aangemerkt.

gang van zaken (een dienstverlener laat zich registreren alvorens actief te worden) is deze registratie wel de eerste toets van het karakter van de aanbieder. OPTA dient volgens de minister bij iedere registratieaanvraag te controleren of het desbetreffende netwerk of de desbetreffende dienst ook daadwerkelijk openbaar is. De wet stelt nauwelijks grenzen aan de informatie die OPTA mag vragen (artikel 2.1 lid 1). Volgens de parlementaire geschiedenis zijn met name de volgende gegevens van belang: (a) gegevens die de aard en het openbare karakter van de dienst betreffen. Naast een algemene kwalificatie van de dienst (netwerk, huurlijnen), noemt de wetgever hier met name de mogelijkheid te vragen naar documentatie waaruit het openbare karakter blijkt; (b) gegevens die van belang zijn voor het naleven van eventuele wettelijke verplichtingen en (c) vragen die door OPTA worden gesteld ten behoeve van de Minister van V&W (zie artikel 2.1 lid 1).

In de praktijk vraagt OPTA deze laatste twee categorieën gegevens niet. Wel moet de dienstverlener aangeven op welke doelgroep de diensten gericht zijn en op welke wijze het aanbod openbaar wordt gemaakt (via welke media en met welke frequentie). De vraag of registratie per aanbieder of per dienst c.q. netwerk moet worden uitgevoerd, beantwoordt OPTA in de praktijk door aanbieders – ongeacht het aantal diensten of netwerken – éénmaal te registreren per categorie. Het gaat daarbij, binnen concernverhoudingen, altijd om de aanbiedende rechtspersoon die de dienst daadwerkelijk (feitelijk) aanbiedt of uitvoert. Hierdoor bieden de bij registratie gehanteerde criteria geen helderheid om openbare van niet-openbare diensten of netwerken te scheiden (of openbare en niet-openbare delen van hetzelfde netwerk) wanneer verschillende typen diensten of netwerken door dezelfde aanbieder worden aangeboden.

Navraag bij OPTA bevestigt dat geen geschillen over deze materie in de openbaarheid zijn uitgevochten. Wel wordt in (vertrouwelijke) correspondentie met kleinere aanbieders – die dan vaak in zogenaamde niche-markten opereren – gestreden over de vraag naar openbaarheid van de diensten van die aanbieders. Het gaat daarbij vaak om situaties waarin de desbetreffende aanbieder een rekening van OPTA voor het toezicht niet wenst te voldoen, of wanneer OPTA door derden op het bestaan van een ‘openbare’ aanbieder wordt geattendeerd. Deze praktijk zou kunnen duiden op een ruime uitleg door het college, maar lijkt ons, wat onze zoektocht naar de betekenis van het begrip openbaarheid aangaat, toch weinig normatief van karakter. De discussies tussen OPTA en de bedoelde marktpartijen hebben niet geleid tot openbaar gemaakte besluiten of rechtspraak en van de criteria die het college in die gevallen hanteert is daarom geen kennis te nemen. Een eenduidig criterium zou door het college niet worden gehanteerd. In deze gevallen zou steeds sprake zijn van toetsing aan diverse aspecten.

Bij registratie van aanbieders van openbare netwerken – alsmede bij toezicht op graafrechten c.q. gedoogplichten – wordt de kwalificatie nog gecompliceerd door de wijze waarop een ‘openbaar netwerk’ is gedefinieerd (zie de hierboven aange-

haalde definitie van artikel 1.1. onder g). Op het moment van aanleg kan nog niet worden bewezen welke diensten er over dat netwerk aangeboden (zullen) worden.³³ De feitelijke openbaarheid van het netwerk kan pas achteraf werkelijk worden aangetoond. Aan de registratie zelf valt weinig duidelijkheid omtrent openbaarheid van concrete diensten te ontlenen.

Aangedragen criteria voor openbaarheid nader beschouwd

Bij de bespreking van de door de wetgever beoogde betekenis van het begrip ontstaat de indruk, dat ruimte bestaat om via (formulering van) het aanbod en de klantenkring tot wie dat aanbod is gericht als het ware te kiezen voor (niet) openbaarheid. We vonden daarbij een aantal criteria, die we hierna achtereenvolgens zullen bespreken. Vervolgens gaan we in op wat wij zien als een meer ‘doelmatige’ (teleologische) interpretatie. Daarbij wordt niet zozeer vanuit het aanbod en de bedoeling van de aanbieder gekeken naar de afbakening, maar vanuit de gevolgen die de kwalificatie heeft voor de toepassing van de wettelijke regels.

(a) Beperkte kring van gebruikers

Eerder bleek dat volgens de MvT van belang is of ‘de kring van degenen die van het aanbod gebruik kunnen maken niet zodanig beperkt is dat niet van een openbaar aanbod gesproken kan worden’. In de desbetreffende passage³⁴ hanteert de wetgever drie begrippen die de grootte van de kring van gebruikers aanduiden: het algemene publiek; een beperkte kring van gebruikers; en een besloten gebruikersgroep. Een aanbod aan het algemene publiek veronderstelt openbaarheid in de zin van de wet. Van de beide andere begrippen wordt dan verwacht dat ze de tegenhanger van het begrip algemeen publiek aangeven, en dus leiden tot niet-openbaarheid. Volgens de MvT is dit toch niet altijd het geval: *Indien echter de aanbieder van telecommunicatiediensten deze op verzoek beschikbaar stelt aan alle gebruikers of groepen gebruikers die van het aanbod gebruik wensen te maken, dan kan gesproken worden van een openbaar aanbod.*³⁵ Het criterium ‘beperkte kring’ blijft daarmee onduidelijk. Er is geen getalsmatige of andere objectieve invulling te vinden. Uit het citaat blijkt dat een aanbod dat specifiek op de communicatiebehoefte van bepaalde beperkte groepen gebruikers is gericht (en zich zodoende in haar voorwaarden tot die groepen beperkt) toch als openbaar kan worden aangemerkt. Al met al is het moeilijk een voor alle gevallen bruikbaar criterium te ontwikkelen.

(b) Besloten gebruikersgroepen

Vóór de liberalisering van de spraaktelefoondienst waren, door interpretatie van het verbod om over huurlijnen (vaste verbindingen volgens de Wtv) ‘spraaktelefoondiensten aan derden’ aan te bieden, bepaalde diensten reeds geliberaliseerd. Met behulp van het element ‘(aanbod aan) het publiek’ in de definitie van spraaktelefoondienst ontstond de interpretatie dat alleen de ‘openbare’ dienstverlening nog beperkt

30 NV II, Parl. Gesch., p. 15-16.

31 NV II, Parl. Gesch., p. 146-147.

32 Dit lijkt voor OPTA een van de grootste problemen met de huidige regeling van registratie. In de brief van het college aan de Staatssecretaris EZ van 16 december 2002 over de concepten voor aanpassing van de Tw aan de nieuwe Europese richtlijnen (‘uitvoeringstoets implementatie EU-richtlijnen’, te vinden op www.opta.nl) worden ten aanzien van hoofdstuk 2 voornamelijk wensen geuit die zijn gericht op het via een ‘betalingsprikkel’ verbeteren van het registratiesysteem. OPTA staat een systeem voor waarbij partijen pas na betaling

jaarlijks worden geregistreerd.

33 Er zijn zelfs netwerkaanbieders die in vooraanleg netwerken in nieuwbouwwijken (etc.) aanleggen en pas later de capaciteit hiervan verkopen. Bijvoorbeeld Netshare BV, dat zich toelegt op vooraanleg van netwerken op betrekkelijk grote gebieden (nieuwbouwwijken enz.); zie www.netshare.nl. Netshare staat geregistreerd als aanbieder van een openbaar telecommunicatienetwerk.

34 MvT, Parl. Gesch., p. 124.

35 MvT (artikel 1.1 onder f Tw), Parl. Gesch., p. 124.

mocht worden, en de overige (aldus 'niet openbare') dienstverlening niet. Op die manier werd bijvoorbeeld telefonie binnen besloten gebruikersgroepen buiten het exclusieve, aan de concessiehouder voorbehouden, domein gehouden. De discussies over die begrippen in het licht van de liberalisering hebben de latere interpretatie van het begrip openbaarheid sterk bepaald.

In de twee Bekendmakingen van de Minister van V&W³⁶ werd destijds verduidelijking geboden van wat nog als besloten gebruikersgroep kon worden beschouwd. In hoofdzaak ging het om (a) ondernemingen die deel uitmaakten van dezelfde economische eenheid, zoals organisaties die bestonden uit verschillende (gescheiden) rechtspersonen, bijvoorbeeld een NV en haar dochters en filialen, of (b) groepen waarvan, onafhankelijk van de telecommunicatiedienstverlening, duidelijk was dat de leden een duurzame relatie onderhielden van economische of professionele aard, waarbij de onderlinge communicatiebehoeften voortvloeiden uit het gemeenschappelijk belang. Bij die laatste categorie werden als voorbeelden genoemd verschillende instituten of diensten (vestigingen) van intergouvernementele organisaties en branchegenoten (ondernemingen die dezelfde economische activiteiten ontplooiën). Indien die partijen communicatiebehoeften hadden die eigen waren aan die activiteit (bijvoorbeeld transfers in de bankwereld, of CRS-systemen van luchtvaartmaatschappijen) werd hun onderling gebruik aangemerkt als gebruik binnen een gesloten gebruikersgroep. Tenslotte konden ook ondernemingen die deel uitmaakten van een relatienetwerk *tussen* branches of ondernemingen die in dezelfde bedrijfskolom werkzaam waren (zoals luchtvaartmaatschappijen, touroperators en andere zakenpartners met vaste leveranciers of distributeurs) als besloten gebruikersgroep worden aangemerkt.

De verwijzingen naar deze Bekendmakingen in de parlementaire geschiedenis van de Tw³⁷ veronderstellen dat deze interpretatie zijn waarde heeft behouden voor de uitleg van het begrip openbaarheid. Deze interpretatie kwam echter met een beperkt doel, namelijk liberalisering, tot stand. Er kan gerede twijfel bestaan of het toepassen van de historische beschrijving van de 'besloten gebruikersgroep' in het huidige of het toekomstige kader zinvol is. Het begrip maakte onderdeel uit van een (dynamische) definitie, die met het oog op de beperking van juridische monopolies voor spraaktelefonie in Europa werd toegepast. De oprekking van dat begrip met het oog op liberalisering van dienstverlening over huurlijnen diende een ander doel dan de afbakening van het huidige gereguleerde domein. Bij herlezing van de Bekendmakingen van 1994 en 1995 blijkt dat de technische drempel relatief laag lag bij de kwalificatie van een dienst als dienstverlening aan een besloten gebruikersgroep. De huidige regelgeving is er o.i. niet op gericht die drempel te verlagen of flexibeler te maken.³⁸

(c) Beperkende voorwaarden in het aanbod

De MvT wijst er, via de al eerder genoemde cirkelredenering, op dat de *inhoud* van het aanbod en vooral de daarbij gebruikte voorwaarden een belangrijke factor zijn voor het

karakter van de dienst.³⁹ De wetgever geeft daarbij aan welke voorwaarden dusdanig beperkend worden geacht dat die geen publieksaanbod zouden opleveren. Beperkingen in de voorwaarden bij het aanbod zijn denkbaar in verschillende vormen. We zouden denken aan numerieke beperkingen, beperkingen in geografische dekking, beperkingen naar aanleiding van de communicatiebehoeften van de gebruikers, of beperkingen in het doel of gebruik van bepaalde netwerkcapaciteit. Ons inziens is een voorwaarde die direct of indirect het aantal mogelijke gebruikers inperkt niet per se bepalend voor het vaststellen openbaarheid, al zal het daarbij, samen met andere factoren, wel een rol spelen. Ook een aanbod voor een geografisch beperkt gebied zal niet per definitie tot niet-openbaarheid te leiden. Bij de verdeling van opdrachten tot universele dienstverlening (UD) gaat de wetgever er nota bene vanuit dat een aanbieder van *openbare* diensten met aanmerkelijke marktmacht in een beperkt verzorgingsgebied betrokken kan worden bij een opdracht (zie artikel 9.2 Tw). Dergelijke beperkingen kunnen ons inziens dan ook indicatief zijn voor het al of niet openbare karakter van een dienst, maar niet bepalend.

(d) Het civielrechtelijke openbaar aanbod

De term 'aanbod aan het publiek' wordt op meerdere plaatsen in de toelichting zo ingevuld dat daarvan in ieder geval sprake is bij een 'openbaar aanbod' in civielrechtelijke zin. Het civiele recht is terughoudend in de kwalificatie van een 'openbaar aanbod'.⁴⁰ In hoofdzaak moet aan twee vereisten worden voldaan: (a) er moet sprake zijn van een voldoende volledig ('bepaalbaar') aanbod (het aanbod moet voldoende duidelijkheid bieden over de kernbedingen van de tot stand te brengen overeenkomst zodat na aanvaarding direct een overeenkomst ontstaat, anders is slechts sprake van een uitnodiging om een aanbod te doen) en (b) de persoon van de wederpartij moet niet van wezenlijk belang zijn. Het aanbod moet in meer of mindere mate ('niet-discriminatoir') gericht zijn op een onbepaalde, van tevoren grotendeels onbekende groep potentiële contractanten.

De vraag is in hoeverre de aanbieder door zijn subjectieve wil het karakter van zijn dienst kan bepalen. Kan een aanbod waarbij de 'prijs op aanvraag' wordt aangeboden – afhankelijk van de vrager – zonder meer als niet-openbaar worden aangemerkt? Hier wreekt zich dat het element 'niet-discriminerend' tot bestanddeel van de toetsing wordt gemaakt, terwijl het in het telecommunicatierecht tevens een verplichting oplevert voor bepaalde aanbieders van openbare diensten.⁴¹ Een dergelijke subjectieve invulling van het begrip past ons inziens niet goed bij de consequenties die aan het al of niet openbaar zijn van diensten en netwerken worden verbonden.⁴²

In de praktijk blijkt OPTA bij de 'controle' voorafgaand aan registratie de concrete vorm van het aanbod van een aanbieder te laten meewegen. De vorm zegt echter niet dat een aanbod ook in civielrechtelijke zin openbaar is. Een advertentie waarin een bepaalde dienst wordt aangeboden kan onder omstandigheden in civielrechtelijke zin gelden als een uitnodiging tot het doen van een aanbod (en daarmee niet als openbaar aan-

36 Zie Bekendmaking van de Minister van V&W inzake begrip 'derden' bij spraakverkeer over vaste verbindingen, van 30 mei 1994, *Stcrt.* 1994, 103 en Bekendmaking van de Minister van V&W, Spraakverkeer over vaste verbindingen door middel van 'dial-in' of 'dial-out', *Stcrt.* 1995, 84.

37 NV II, Parl. Gesch., p. 15.

38 Zo ook E.J. Dommering, in *Handboek telecommunicatierecht*, p. 289.

39 MvT, Parl. Gesch., p. 124.

40 Zie in het bijzonder Asser-Hartkamp I, nr. 140, Asser-Schut-Hijma, nr. 164-165, *Verbindingsrecht I* (Blei Weissmann), aant. 146 e.v.

41 Zie vooral artikel 6.5 Tw (interconnectie) en artikel 15 (huurlijnen) en 34 (vaste telefonie) BOHT voor aanbieders die zijn aangewezen als partij met aanmerkelijke marktmacht.

42 Anders nog lijkt te oordelen H.J. De Ru, De nieuwe Telecommunicatiewet: regels voor de open telecommunicatiemarkt, *Mediaforum* 1997-10, p. 151. In zijn recentere hoofdstuk Telecommunicatierecht, in H. Franken, H.W.K. Kaspersen en A.H. de Wild, *Recht en computer*, Kluwer Deventer 2001, vierde druk, p. 289 lijkt dit subjectieve element echter geen centrale rol meer te spelen.

bod), bijvoorbeeld indien de persoon van de wederpartij daarbij alsnog een rol kan spelen of indien de voorwaarden van het aanbod redelijkerwijs nog aanpassingen kunnen ondergaan, maar ons inziens kan in die gevallen wel degelijk van een openbare telecommunicatiedienst sprake zijn. In civielrechtelijke zin kan bovendien niet elke aanvaarding van dit 'aanbod' zonder meer tot een overeenkomst leiden. Vanuit de telecommunicatieregelgeving lijkt ons er weinig twijfel aan te bestaan dat de aanbieder hier openbare diensten aanbiedt (hoewel de feiten zo aangepast kunnen worden dat die conclusie anders luidt). Het publieksaanbod in de wet is ons inziens vaak een ruimer begrip dan het civielrechtelijke openbare aanbod. De civielrechtelijke invalshoek lijkt namelijk niet op zich bepalend voor het karakter van de telecommunicatiedienst. Dat geldt niet alleen voor de (vaste en mobiele) telefoondiensten waarvan het openbare karakter eigenlijk nooit ter discussie wordt gesteld, maar ook voor nieuwe vormen van dienstverlening die thans of onder het nieuwe Europese regime onder de regels van (al of niet) openbare elektronische communicatiediensten moeten vallen.

Tussenconclusie: de aangedragen criteria brengen niet veel verder

Deze nadere beschouwing leert dat geen van de in de parlementaire geschiedenis aangedragen criteria voor toetsing van openbaarheid op zich voldoet. Toepassing van een zo centraal begrip als openbaarheid kan niet afhangen van één de van de besproken invullingen, omdat die elk op zich te onbepaald zijn, of zich te zeer lenen voor een louter subjectieve (door de wil van aanbieder of afnemer bepaalde) toepassing. Tetschertsend gezegd: de besloten groep van criminelen die zich aan aftapbaarheid van telecommunicatiediensten willen onttrekken kunnen niet met het oog daarop bepalen dat zij een besloten gebruikersgroep zijn en de aanbieder die graafrechten wenst voor zijn bedrijfsnetwerk kan niet door een pro forma openbaar aanbod die rechten zeker stellen. Het lijkt erop dat de aangedragen criteria hooguit tezamen met andere kenmerken beslissend kunnen zijn voor het karakter van een telecommunicatiedienst.

Een 'doelmatige' invulling van het begrip openbaarheid en conclusies

Een groot deel van de bepalingen waar het begrip openbaarheid wordt toegepast verzet zich tegen een subjectieve invulling van het begrip, waar de besproken invullingen al snel toe leiden. De bescherming van belangen van afnemers, concurrenten of algemene belangen zouden op die wijze illusoir kunnen worden gemaakt. Een invulling van het begrip op een meer objectieve wijze is aangewezen. Daarbij dienen zich echter geen eenduidige criteria aan. De aard van de dienstverlening en de aard van de te beschermen belangen zijn te verschillend voor een heldere en concrete invulling.

In de praktijk is het weliswaar in veel gevallen evident of netwerken of diensten openbaar zijn, maar juist in twijfelgevallen brengen de besproken criteria ons zoals gezien niet veel verder. Het lijkt van belang om primair acht te slaan op het *doel* dat wordt gediend met de regels waarin het begrip als onderscheidend criterium wordt gebruikt. Naast wat we hier maar noemen een 'doelmatige' benadering, zijn natuurlijk meer objectieve factoren aan te wijzen die een rol kunnen spelen. Daarbij valt te denken aan de gebruikte technieken, de economische context en dergelijke. De convergentietendens

naar netwerkafhankelijke toepassingen (zoals met name internet) maakt conclusies gebaseerd op concrete technische middelen en economische verhoudingen echter tijdelijk. Uit de nadere analyse – waarvoor wij naar ons rapport verwijzen – komt naar voren dat noch technische ontwikkelingen, noch de doelstelling van de betrokken regelgeving, op zich bruikbaar zijn als praktisch criterium om openbaarheid te toetsen.

In ons rapport hebben we de ratio van de regels waarin openbaarheid een onderscheidende rol speelt onderzocht. Een aantal centrale doelstellingen komt daarbij naar voren: het bewaken van gelijke concurrentieposities, het zekerstellen van voldoende beschikbaarheid van gewenste dienstverlening, de bescherming van de belangen van afnemers en een afweging van algemene en particuliere (eigendoms-)belangen. Bij de concrete toetsing van een dienst (en daarmee gezien de definitie een netwerk) zal bewaakt moeten worden dat aan deze belangen voldoende tegemoet wordt gekomen. De toetsing levert niet een eenduidig beeld op, omdat de wetgever in de verschillende onderwerpen die de wet regelt verschillende belangen probeert veilig te stellen. Zo kan de afweging van algemene belangen tegen particuliere eigendomsbelangen die bijvoorbeeld bij graafrechten spelen tot een andere afweging leiden dan de privacybelangen van gebruikers die in hoofdstuk 11 van de wet aan de orde zijn. In het eerste geval kan ter bescherming van die eigendom een restrictieve interpretatie van wat nog openbaar is zich aandienen, terwijl met het oog op de privacy een extensieve interpretatie soms in de rede zal liggen.

In grote lijnen kan echter worden gesteld dat in veel van de wettelijke regelingen waarvoor de Tw een regeling biedt de bescherming van concurrentieverhoudingen en afnemersbelangen centraal staat. Vanuit die optiek is het van groot belang dat diensten die in de markt als onderling concurrerend zijn te beschouwen dezelfde kwalificatie krijgen. De uit het aanbod blijkende bedoeling van de aanbieder – die bij de hiervoor besproken in de parlementaire geschiedenis aangedragen criteria een grote rol speelde – kan dan ook slechts een beperkte rol spelen. Hooguit de (geobjectiveerde) verwachtingen die de aanbieder bij potentiële afnemers wekt zouden van belang kunnen zijn. De toetsing dient, waar dat met het oog op een concrete verplichting mogelijk is, plaats te vinden aan de hand van een beoordeling van de dienst zoals die in de markt staat. Welke klantengroepen kunnen daadwerkelijk van het aanbod gebruik maken? Hoe groot is de geografische spreiding van het aanbod? Is 'any-to-any'-communicatie uitgangspunt van de dienst? Hierbij kunnen technische aspecten een rol spelen, omdat de opzet van een netwerk of dienst een indicatie geeft van de gebruiksmogelijkheden.

Het uitgangspunt van veel van de regels waarin het begrip openbaarheid een rol speelt is dat een scheidslijn wordt beoogd van diensten die meer of minder maatschappelijke relevantie hebben. Zonder dat altijd is aan te geven waar de grens ligt, zijn diensten die zich richten op beperkte geografische gebieden of zeer selectieve klantenkringen ons inziens minder snel als openbare diensten aan te merken.

Conclusie

Een 'toverformule' om eenduidig te beslissen welke diensten (en daarmee netwerken) openbaar zijn, en welke niet, bestaat volgens ons niet. Alle aangedragen criteria hebben wel enige waarde, maar zullen geen van alle op zich bepalend

(kunnen) zijn. De ratio van de wettelijke regelingen speelt een grote rol, maar nu de verschillende regels soms verschillende belangen beschermen zal ook een ‘doelgerichte benadering’ vaak niet eenduidig zijn. Is dat een droeve conclusie, omdat kennelijk één van de centrale begrippen van de wet niet voldoende is af te bakenen? Dat valt wel mee. Zoals al meermalen is geconstateerd levert de huidige praktijk weinig voorbeelden op van verschil van inzicht omtrent het karakter van een dienst. Twijfelgevallen bestaan wel en de ontwikkelingen zullen naar ons vermoeden steeds meer twijfelgevallen te zien geven. In dergelijke gevallen verdient het aanbeveling de concrete diensten te toetsen aan verschillende criteria, die alle op zich onvoldoende beslissend zijn, maar tezamen wel een soort ‘normaaltype’ van een openbare dienst vormen.

De ruimte van dit artikel laat niet toe dat we deze abstracte conclusie aan de hand van voorbeelden uitwerken. Daarvoor verwijzen we naar het in voetnoot 1 genoemde rapport. Daarin hebben we de algemene bevindingen die hiervoor zijn weergegeven getoetst aan een veertiental grotendeels aan de praktijk ontleende diensten en netwerken waarbij twijfel aan openbaarheid kan ontstaan. Uit die toetsing is het onderstaande normaaltype afgeleid. Daarbij merken we op dat niet aan elk genoemd element evenveel gewicht toekomt. De indicatoren tezamen leveren een conclusie op ten aanzien van het al of niet openbare karakter van een dienst.

Een ‘normaaltype’ van een openbare telecommunicatiedienst

Bij de kwalificatie of een telecommunicatiedienst openbaar is zijn de volgende kenmerken van belang:

(a) Een dienst is door de wetgever als openbaar benoemd (met name bij vergunningverlening voor openbare diensten, of kwalificatie als universele dienst), of is door middel van uitvoeringsregelgeving (bijv. nummerplannen, aftappen) expliciet of impliciet als zodanig gekwalificeerd. Deze diensten leveren zelden discussie op. Wel kan dit van belang zijn om uit te maken of een bepaalde dienstverlening een onzelfstandig deel is van een grotere dienst, of dat sprake is van een aparte dienst, zoals bij sommige specifieke vormen van elektronische postbusdiensten kan spelen.

(b) Een dienst die in de markt (vanuit vraag en/of aanbod) als een rechtstreeks concurrerende dienst met een als openbaar ‘aangewezen’ dienst moet worden gezien zal in het algemeen dezelfde kwalificatie moeten krijgen.

(c) Een dienst die wordt aangeboden door een aanbieder die er zijn primaire bedrijfsactiviteit van maakt communicatiediensten aan te bieden aan een ieder die daarom verzoekt zal snel openbaar zijn. Slechts als de aanbieder de dienst duidelijk gescheiden en onder aparte voorwaarden aanbiedt, zal dat anders kunnen liggen.

(d) Een dienst die wordt aangeboden met behulp van in de markt gestandaardiseerde apparatuur en processen zal veelal openbaar zijn. De standaardisatie is op zich niet bepalend, maar illustreert wel dat marktbreed uniforme (publieke) aanbiedingen worden nagestreefd.

(e) In aansluiting op het voorgaande zal een dienst waarvan de afnemers met gestandaardiseerde apparatuur gebruik kunnen maken van de diensten tamelijk snel openbaar zijn.

(f) Een dienst die wordt afgenomen met de doelstelling een open communicatie met zoveel mogelijk aangeslotenen op vergelijkbare communicatiediensten te kunnen realiseren zullen vrijwel steeds openbaar zijn.

(g) Een dienst die is ingericht om met het oogmerk van het bereiken van schaalvoordelen zoveel mogelijk gebruikers dezelfde dienst over dezelfde bedrijfsmiddelen te bieden is veelal openbaar.

(h) Een dienst die (mede blijkend uit de wijze waarop die wordt aangeboden) door de doelgroep wordt gezien als een aanbod dat voor een brede groep klanten bestemd is zal veelal openbaar zijn. Hier zien we dat het (geobjectiverde) karakter van het aanbod wel een rol speelt.

(i) Een dienst die zodanig wordt ingericht dat de aanbieder zelfstandig (althans onder zijn verantwoordelijkheid) in staat is de belangrijkste functies van vergelijkbare communicatiediensten zelf te verrichten (koppeling aan andere netwerken, nummerbeheer, facturering) is veelal openbaar.

De afwezigheid van een groot deel van dergelijke factoren kan een indicatie zijn voor twijfel aan het openbare karakter van de betrokken dienst. Twijfel aan de openbaarheid van communicatiediensten ontstaat bovendien indien de dienst (a) slechts op een ‘klein’ geografisch gebied is gericht, (b) primair is gericht op het beheer van de randapparatuur, of andere voorzieningen en beheersfuncties van een anderszins openbaar netwerk, en de communicatiedienst die daarover wordt aangeboden zonder veel aanvullende communicatiediensten bij andere aanbieders van openbare diensten kan worden betrokken en doorgegeven, (c) specifiek wordt ingericht ten behoeve van een klant of specifieke groep klanten, of (d) als nevenactiviteit ten opzichte een buiten de communicatiediensten gelegen bedrijfsactiviteit moet worden gezien.

Komen we aan de hand van dergelijke criteria tot de conclusie dat een dienst openbaar is dan is daarmee gegeven dat het netwerk waarover die dienst wordt aangeboden ook openbaar is. Twijfel daaraan zou slechts kunnen ontstaan indien dat netwerk slechts in zo onbeduidende mate voor openbare communicatiediensten wordt gebruikt, dat daaraan geen beslissende betekenis mag worden toegekend.

De toepassing van het begrip openbaar op nieuwe vormen van elektronische communicatiediensten die zich zullen ontwikkelen, zal leiden tot aanvulling van de hiervoor aangegeven kenmerken. Die kenmerken zijn in belangrijke mate ontleend aan de traditionele vormen van telecommunicatiediensten. We constateerden al dat bij de in de toekomst gereguleerde elektronische communicatiediensten vooral specifieke vormen van datacommunicatie- en internetgerelateerde diensten nieuwe afbakening (en nieuwe kenmerken) nodig zullen maken. Of de in 1998 uitgesproken verwachting, dat bij toetsing wel steeds het openbare karakter (eenduidig) kan worden vastgesteld, telkens zal opgaan valt nog te bezien.

De financiering van de publieke omroep in Europa

Reactie

Helga Zeinstra*

In zijn artikel in Mediaforum 2003-3 gaat P. Kreijger in op de mededeling van de Europese Commissie betreffende de toepassing van de regels inzake staatssteun op openbare omroepen. In zijn laatste paragraaf komen de consequenties voor het Nederlandse publieke bestel aan bod. Op de door mr. Kreijger gesignaleerde consequenties wil ik in deze reactie graag ingaan.

De publieke omroep

Het Nederlandse publieke bestel heeft een uniek karakter dat al tientallen jaren bestaat. De zendtijd op de publieke zenders wordt gedeeld door een groot aantal private organisaties die op grond van hun representativiteit voor een bepaald deel van de bevolking (omroepverenigingen en niet ledengebonden omroepinstellingen) of een specifieke programma-opdracht (NOS, NPS en educatieve omroepen) zendtijd hebben verkregen.

In het algemeen deel van de memorie van toelichting bij de wijziging van de Mediawet in verband met de invoering van een vernieuwd concessiestelsel voor de landelijke publieke omroep,¹ wordt de rol van de publieke omroep beschreven. De publieke omroep dient voor een breed publiek een gevarieerd, kwalitatief hoogwaardig en toegankelijk programma-aanbod te verzorgen. Daarom is hij van wezenlijke betekenis voor het goed functioneren van onze democratische samenleving, en daarom verdient de publieke omroep financiële steun en bescherming van de overheid. De publieke omroep hoort garant te staan voor verscheidenheid en kwaliteit in de radio- en televisieprogrammering (niet in het minst omdat publieke financiering een zekerder inkomstenbron vormt dan reclame en sponsoring). Er wordt in dit verband ook wel gesproken van een 'onderscheidende' programmering. Naast verscheidenheid (naar programmasoorten en -inhoud), moet kwaliteit voor de publieke omroep een richtinggevend criterium zijn.

De taken en verplichtingen van de publieke omroep zijn neergelegd in de Mediawet. De hoofdtaak van de publieke omroep is opgenomen in artikel 13c van de Mediawet. De publieke omroep dient op landelijk, regionaal en lokaal niveau een pluriform en kwalitatief hoogstaand aanbod van programma's voor algemene omroep op het gebied van informatie, cultuur, educatie en verstrooiing te verzorgen. In het tweede lid van artikel 13c zijn algemene eisen gesteld aan de programma's van de publieke omroep: de programma's dienen op evenwichtige wijze een beeld te geven van de samenleving en van de onder de bevolking levende interesses en inzichten op maatschappelijk, cultureel en levensbeschouwelijk gebied. De programma's dienen toegankelijk te zijn voor de gehele bevolking en bij te dragen aan de ontwikkeling en verspreiding van pluriformiteit en culturele diversiteit.

Voor de publieke omroep gelden verder nauwkeurig

* Mr. H. Zeinstra is werkzaam bij de directie Media, Letteren en Bibliotheken van het ministerie van OCenW.

omschreven wettelijke verplichtingen om aan bepaalde programmagenres (zoals actualiteiten en documentaires) en aan bepaalde onderwerpen (zoals kunst en wetenschap) zendtijd te besteden. Dergelijke verplichtingen gelden niet voor de commerciële omroepen.

De publieke omroep opereert op basis van een tienjarige concessie, die aan de NOS is verleend na toetsing van een Concessiebeleidsplan, waarin moet worden aangegeven hoe de publieke omroep aan zijn taakopdracht invulling denkt te geven. Het beleidsplan wordt ingediend bij het Commissariaat voor de Media dat over de plannen een advies uitbrengt. De individuele omroepverenigingen en de educatieve omroep kunnen aan de concessie deelnemen indien zij van de Minister van OCenW een erkenning krijgen, die een looptijd heeft van vijf jaren. Halverwege de concessieperiode ligt een ijkpunt, waarop de concessiehouder een tussentijds Concessiebeleidsplan moet indienen. Voorts wordt jaarlijks een Meerjarenbegroting uitgebracht waarin verantwoording wordt afgelegd over de realisering van beleidsvoornemens en het beleid van de komende jaren uiteen wordt gezet. Ook hierover brengt het Commissariaat advies uit.

Artikel 30c van de Mediawet schrijft voor dat elke vijf jaar het functioneren van de landelijke publieke omroep wordt geëvalueerd door een daartoe in te stellen commissie van onafhankelijke deskundigen. De Commissie kan aanbevelingen doen omtrent de taakopdracht en doelstellingen van de landelijke publieke omroep en de wijze waarop daaraan uitvoering kan worden gegeven. Die aanbevelingen spelen een belangrijke rol bij de concessie- en erkenningverlening.

De publieke taak

Kreijger schrijft 'Voor wat betreft de in artikel 57a Mediawet bedoelde nevenactiviteiten lijkt mij dat de omschrijving daarvan zich ten minste op de rand bevindt van wat de mededeling acceptabel acht.'

In de mededeling staat het volgende: 'Om, met het oog op de toepassing van artikel 86, lid 2, te kunnen voldoen aan de in punt 29, onder i) genoemde voorwaarde, dient een officiële omschrijving te worden gegeven van de openbare opdracht.' De onder i) genoemde voorwaarde schrijft voor dat de betrokken dienst een dienst van algemeen economisch belang moet zijn en duidelijk als zodanig door de lidstaat omschreven moet zijn.

¹ Kamerstukken II, 1998/99, 26 660, nr. 3.

Om aan de mededeling van de Commissie te voldoen dienen de lidstaten derhalve aan te kunnen geven welke activiteiten van de publieke omroep worden beschouwd als een dienst van algemeen economisch belang. Die activiteiten dienen formeel te zijn gedefinieerd en toegekend aan de publieke omroep (= de officiële omschrijving van de openbare opdracht). In de mededeling geeft de Commissie aan dat de openbare opdracht de omschrijving geeft van de in het algemeen belang, aan het publiek aangeboden diensten.

De publieke omroep in Nederland verricht verschillende taken en activiteiten. Allereerst zijn er de hoofdtaak en de neventaken. De hoofdtaak is opgenomen in het eerste lid van artikel 13c van de Mediawet (zie voorgaande paragraaf). In het tweede lid van artikel 13c zijn algemene eisen gesteld aan de programma's van de publieke omroep. Het derde lid van artikel 13c bepaalt dat het mede tot de taak van de publieke omroep behoort om in het kader van de hoofdtaak zoals omschreven in het eerste lid, te voorzien in andere dan in het eerste lid, onderdeel a, bedoelde wijzen van aanbod en verspreiding van programmamateriaal. Het gaat hier om zogenoemde neventaken, zoals internetdiensten en themakanalen.

De taakstelling van de publieke omroepinstellingen is nader uitgewerkt in verschillende artikelen van de Mediawet en het Mediabeluit. Er kan een onderscheid worden gemaakt tussen algemene eisen ten aanzien van de programma's en specifieke verplichtingen van omroepinstellingen.

De publieke omroepinstellingen kunnen naast hun hoofdtaak en neventaken ook nevenactiviteiten verrichten. Verder kunnen de omroepverenigingen verenigingsactiviteiten verrichten. Artikel 57, eerste lid, Mediawet bepaalt dat alle activiteiten en werkzaamheden van een publieke omroepinstelling, die niet rechtstreeks verband houden met of ten dienste staan van de uitoefening van de taak, bedoeld in artikel 13c, eerste lid, worden aangemerkt als nevenactiviteiten, met uitzondering van de verenigingsactiviteiten van een omroepvereniging. Voorbeelden van nevenactiviteiten zijn de verkoop van eigen programma's, het uitgeven van een programmablad en het produceren en verspreiden van materiaal ter ondersteuning van educatieve programma's. Onder verenigingsactiviteiten worden verstaan die activiteiten die redelijkerwijs nodig zijn voor het goed en democratisch functioneren van de vereniging, bijvoorbeeld het organiseren van ledenvergaderingen of andere bijeenkomsten voor de leden en het uitgeven van een verenigingsblad.

De hoofdtaak en de neventaken zijn diensten van algemeen belang en zijn formeel, bij of krachtens de Mediawet, toegekend aan de Nederlandse publieke omroepinstellingen. Nevenactiviteiten en verenigingsactiviteiten worden niet beschouwd als diensten van algemeen belang.² Deze activiteiten mogen dan ook niet bekostigd worden uit de omroepmiddelen.

Vorenstaande brengt met zich mee dat de verplichting van een duidelijke omschrijving en toekenning van de publieke

taak zoals opgenomen in de mededeling geldt ten aanzien van de hoofdtaak en de neventaken. Die verplichting is mijns inziens echter niet van toepassing op neven- en verenigingsactiviteiten.

Internet

Over het internet het volgende. Het is niet zo dat de overheid voor nieuwe diensten van de publieke omroep extra geld beschikbaar heeft gesteld of stelt. Het gaat om een vooraf geoormerkt budget binnen de reguliere omroepbegroting, de zogenoemde sigaar uit eigen doos. Ter stimulering van de innovatie is met ingang van 2001 en in beginsel tot 2005 (afhankelijk van de financiële ruimte) als onderdeel van de wettelijke indexering 1,5 procent (cumulatief) van het totale budget gereserveerd voor activiteiten op internet en digitale televisie. Ieder jaar wordt opnieuw bezien welke ruimte beschikbaar is voor het nieuwe dienstenbudget, dat afgewogen wordt tegen de jaarlijkse kosten van de reguliere radio- en televisieprogramma's.

Neventaken (en nevenactiviteiten) moeten voldoen aan de volgende voorwaarden (artikel 55b, tweede lid, j° artikel 57a, eerste lid, Mediawet):³

- het verrichten van de neventaak mag geen nadelige invloed hebben op de uitvoering van de hoofdtaak;
- de neventaak houdt verband met of staat ten dienste van de hoofdtaak bedoeld in artikel 13c; en
- het verrichten van de neventaak mag niet leiden tot concurrentievervalsing ten opzichte van andere aanbieders van dezelfde of vergelijkbare goederen of diensten.

Daarnaast geldt het verbod van artikel 55 Mediawet (verbod van dienstbaarheid aan het maken van winst door derden).

Alle internetactiviteiten van de publieke omroep worden door het Commissariaat voor de Media aan deze voorwaarden getoetst. Verwezen kan worden naar de Notitie neventaken publieke omroep 2002 van het Commissariaat voor de Media.⁴

De voorwaarde dat internetactiviteiten verband moeten houden met de taak in artikel 13c betekent niet dat voor iedere website een gelijknamig programma moet bestaan. Dus alleen Willem Wever of NOVA. Het mogen ook themasites zijn, bijvoorbeeld over dieren of gezondheid. De hoofdtaak is immers breed: informatie, cultuur, educatie en verstrooiing (amusement).

Het Commissariaat hanteert bij de toetsing van de internetactiviteiten van de publieke omroep het beginsel van de non-commercialiteit. Toepassing van dit beginsel komt onder meer tot uiting in een beperkt reclame- en sponsorvolume. Wat het Commissariaat in dat kader niet toestaat is het aanbieden van producten en diensten van derden ('e-commerce'). Het maken en verkopen van vastleggingen van eigen programmaonderdelen op audio- en/of videoband, cd, cd-rom en dvd zijn op zichzelf toegestaan *nevenactiviteiten*. Het Commis-

² Nevenactiviteiten dienen overigens wel te voldoen aan artikel 57a, eerste lid, van de Mediawet (zie de volgende paragraaf).

³ Een belangrijk onderdeel in de mededeling zijn de doorzichtigheidsvereisten voor de beoordeling van steun (par. 6.3.2.). De publieke omroep voldoet daaraan door een gescheiden boekhouding toe te passen tussen alle activiteiten. Alle kosten en baten van de neventaak internet en de neven- en verenigingsactiviteiten worden afzonderlijk gerubriceerd en verantwoord. Er vindt derhalve een gescheiden boekhouding plaats tussen de activiteiten die worden verricht

binnen het kader van de openbare dienst en de activiteiten die worden verricht buiten dat kader.

⁴ Ten aanzien van nevenactiviteiten geldt de Richtlijn neven- en verenigingsactiviteiten publieke omroep van het Commissariaat voor de Media. In het kader van het MDW-project Markt en Overheid is door het kabinet geconcludeerd (*Kamerstukken II*, 1997-1998, 24 036, nr. 98) dat de Mediawet en de uitwerking in voornoemde richtlijn een adequaat toetsingskader voor nevenactiviteiten biedt.

sariaat ziet geen reden om de publieke omroepinstellingen te ontzeggen die vastleggingen ook via internet aan te bieden en acht dit niet in strijd met de Mediawet. Hoewel dit in feite ook een vorm van 'e-commerce' is, is het onwaarschijnlijk dat de Commissie dit niet zal toestaan. Het zijn eigen producten van de omroepinstellingen die al heel lang ook via een andere weg (telefoon) te bestellen zijn. Ook in andere lidstaten is de verkoop van eigen producten door de publieke omroep via internet gebruikelijk.

Wat het Commissariaat bijvoorbeeld niet toe zal staan is een zoekmachine die het hele *world wide web* bestrijkt, want dat staat te ver van de hoofdtaak af. Wat weer wel kan is een programmagids, ook op internet, en vermeldingen van links naar derden als daar een redactionele rechtvaardiging voor is.

Het Protocol betreffende het publieke omroepstelsel in de lidstaten (gehecht aan het Verdrag van Amsterdam) stelt dat de publieke opdracht kan worden toegekend, bepaald en georganiseerd door iedere lidstaat. Wat de publieke omroepen in de door Kreijger aangehaalde woorden van Kabel 'op het web, gelet op hun publieke taak te zoeken hebben', is derhalve in eerste instantie een politieke beleidskeuze, die in de wet wordt vastgelegd. Uitgangspunt van het Nederlandse beleid is dat de publieke omroep zijn taakopdracht langs alle relevante kanalen moet kunnen vervullen. De opdracht van de publieke omroep ziet op een totaal en gevarieerd programma voor iedereen. Daarbij hoort ook het benutten van 'nieuwe' wegen om publiek te bereiken.

De Europese Commissie toetst of er sprake is van kennelijke fouten. Als enige voorbeeld noemt de Commissie in de mededeling 'e-commerce'. Ik denk dan bijvoorbeeld aan het naar aanleiding van een kookprogramma verkopen van potten en pannen. Zoals hierboven is aangegeven zal het Commissariaat dat in strijd achten met de Mediawet.

Onafhankelijk toezicht

Ook op het punt van het vereiste van onafhankelijk toezicht zou er volgens Kreijger in de Nederlandse situatie niet worden voldaan aan de mededeling. Dat zou het gevolg zijn van de, eveneens door Hins aangehaalde, centrale rol die in de Mediawet is toebedeeld aan de Raad van Bestuur van de NOS.

Bij de beoordeling van het toezichtssysteem gaat het om het systeem als geheel. Het systeem in de Mediawet zit als volgt in elkaar. Het toezicht geschiedt door het Commissariaat voor de Media, waarvoor de wettelijke grondslag is gelegen in artikel 134 van de Mediawet. Het Commissariaat houdt toezicht op de naleving van de in het eerste lid van dat artikel genoemde onderdelen van de Mediawet en de krachtens die artikelen opgenomen bepalingen in het Mediabesluit. Het gaat daarbij om het volgende:

- toezicht op taakstelling en (specifieke) programmavoorschriften;
- toezicht op reclame- en sponsorregels;
- toetsing neventaken en nevenactiviteiten, en
- financiële controle.

Volgens zowel Kreijger als Hins zit er een leemte in het laatste onderdeel, de financiële controle. Er is echter een duidelijke verdeling van de verantwoordelijkheden met betrekking tot de bekostiging van de publieke omroepinstellingen. De jaarlijkse verdeling is als volgt:

- de minister stelt het totale budget en de deelbudgetten voor landelijke omroep vast;
- de raad van bestuur verdeelt de budgetten over de landelijke publieke omroepinstellingen, met inachtneming van de wettelijke criteria;
- het Commissariaat controleert de jaarrekeningen, stelt vervolgens de budgetten van de publieke omroepinstellingen definitief vast en houdt toezicht op de rechtmatige besteding van de publieke middelen.

De jaarrekeningen over het voorgaande boekjaar worden vóór 1 juni bij het Commissariaat voor de Media ingediend (artikel 109 Mediawet), en moeten zijn voorzien van een goedkeurende accountantsverklaring. Hierin wordt verklaard dat de jaarrekening een getrouw beeld geeft voor de grootte en samenstelling van het vermogen en van het resultaat en dat de financiële administratie in overeenstemming is met het Handboek Financiële Verantwoording (ministeriële regeling). De controle door het Commissariaat van de jaarrekeningen geschiedt aan de hand van een in een controleplan vastgelegd beoordelingskader dat gebaseerd is op de voorschriften in de Mediawet, het Mediabesluit, en de Richtlijn Neven- en Verenigingsactiviteiten. Daarnaast zijn in het Handboek Financiële Verantwoording voorschriften neergelegd ten behoeve van een transparante en uniforme financiële verantwoording door de publieke omroepen.

Na de controle van de jaarrekeningen en de toelichtingen stelt het Commissariaat de definitieve vergoeding vast die de landelijke publieke omroepen uit de omroepgelden ontvangen.

De raad van bestuur heeft weliswaar de bevoegdheid om bij onjuiste besteding gelden terug te vorderen (artikel 109a, derde lid, Mediawet) en om een percentage in te houden (artikel 103a Mediawet), maar dit laat onverlet de uiteindelijke verantwoordelijkheid van het Commissariaat voor de controle op de rechtmatige besteding van de omroepgelden. Bij gebleken ongeregdheden kan het Commissariaat de desbetreffende instelling aanspreken en eventueel sancties opleggen indien door onjuiste besteding van gelden artikelen van de Mediawet zijn overtreden. Te denken valt aan artikel 57c van de Mediawet (alle inkomsten van een publieke omroepinstelling worden aangewend voor de verzorging van het programma waarvoor zij zendtijd heeft verkregen).

Evenredigheid van steun

Ten slotte vermoedt Kreijger het gevaar van overcompensatie van de Nederlandse publieke omroep.

Evenredigheid van de steun bestaat volgens de Europese Commissie uit twee aspecten. Allereerst mag de staatssteun niet meer bedragen dan de nettokosten van de openbare opdracht. Daarnaast kunnen er volgens de Commissie markt-distorsies optreden bijvoorbeeld als gevolg van kruissubsidiëring.

Kreijger gaat in op het eerste aspect. Zijn vraag is of de rijksomroepbijdrage niet een onevenredige vorm van financiering is omdat de omvang daarvan vastligt. Die vraag kan naar mijn mening pas beantwoord worden aan de hand van een totaalbeeld van de financiering van het (Nederlandse) publieke omroepbestel en de achtergronden daarvan. Het voert in dit verband te ver om het hele financieringssysteem te beschrijven, dus ik volsta met enkele hoofdpunten.

Inkomsten op de Mediabegroting

De inkomsten op de mediabegroting bestaan uit de Rijksomroepbijdrage, de reclameontvangsten en de rente op de Algemene Omroepreserve.

Met de fiscalisering van de omroepbijdragen per 1 januari 2000 is de heffing per huishouden vervangen door een gelijkwaardige verhoging van de inkomstenbelasting. Het uit de inkomstenbelasting voortkomende bedrag vloeit naar de algemene middelen waaruit weer de Rijksomroepbijdrage wordt gefinancierd. Door de hoogte van de Rijksomroepbijdrage wettelijk vast te leggen (artikel 111 Mediawet) wordt voorkomen dat bij de begrotingsbehandeling jaarlijks ook de Rijksomroepbijdrage kan worden aangepast. Daarmee worden de continuïteit van de financiering en de onafhankelijkheid van de publieke omroep gewaarborgd.

De reclame op de publieke omroep wordt door de Ster verzorgd. De Ster doet op grond van artikel 28a Mediawet jaarlijks voor 1 augustus aan de Minister van OCenW een opgave toekomen van de inkomsten die zij naar verwachting in het volgende kalenderjaar zal verwerven. Zij doet bovendien jaarlijks voor 1 september aan de minister een opgave toekomen van de inkomsten die zij naar verwachting in het lopende kalenderjaar zal verwerven. De inkomsten die de Ster verwerft stelt zij, na aftrek van haar door de minister goedgekeurde uitgaven, ter beschikking van de minister. In artikel 28 van de mediawet staat precies opgesomd ter bestrijding van welke kosten de afgedragen inkomsten dienen.

De middelen die zijn ondergebracht in de algemene omroepreserve (zie artikel 170c Mediawet) leveren rente op. Deze rente wordt toegevoegd aan de inkomsten op de mediabegroting.

De minister kan met toepassing van artikel 106a, uit de algemene omroepreserve uitkeringen doen aan de raad van bestuur, en ten behoeve van de Wereldomroep, aan het Commissariaat voor de Media (artikel 170c, tweede lid, Mediawet). Vanuit de mediabegroting worden verschillende media-instellingen, waaronder de publieke omroepinstellingen, bekostigd.

Het financiële systeem in de Mediawet

Het financiële systeem zoals neergelegd in de Mediawet ziet er als volgt uit.

De publieke omroepinstellingen hebben aanspraak op de bekostiging uit 's Rijks kas (artikel 110 Mediawet). Ter uitvoering daarvan en ter bestrijding van de overige kosten genoemd in artikel 28 wordt onder de naam Rijksomroepbijdrage jaarlijks door de minister een bedrag beschikbaar gesteld (artikel 111 Mediawet). Artikel 99 bepaalt dat de NOS jaarlijks voor 1 oktober een begroting voor de publieke omroepinstellingen toekomen aan de minister en het Commissariaat voor de Media. Beschreven wordt wat in de begroting moet worden opgenomen.

Artikel 101 Mediawet stelt dat de minister jaarlijks voor 1 december vaststelt welke bedragen voor het volgende kalenderjaar beschikbaar zijn voor de in het eerste lid, onderdelen a t/m h, genoemde kosten. Artikel 104 Mediawet bepaalt dat de publieke omroepinstellingen van de raad van bestuur het op basis van artikel 103 of 103a vastgestelde bedrag ontvangen ter

vergoeding van de kosten van de verzorging van hun televisie- en radioprogramma en de activiteiten als bedoeld in artikel 13c, derde lid.

Artikel 109a Mediawet bepaalt dat indien het bedrag dat aan een publieke omroepinstelling ter beschikking is gesteld, de blijkens de jaarrekening daarvoor gemaakte kosten te boven gaat, wordt het resterende deel door de instelling gereserveerd ter besteding aan het doel waarvoor het bedrag oorspronkelijk ter beschikking was gesteld. Deze reserve, die in beheer is van de afzonderlijke omroepen, kan uitsluitend worden aangewend voor de programmering. Op deze wijze worden omroepen in staat gesteld om relatief dure programma's in enig jaar te financieren en daarbij zorg te dragen voor een continue kwalitatief hoogwaardige programmering.

De rekening en verantwoording zijn geregeld in artikel 109 t/m artikel 111 Mediawet. Artikel 109 stelt verplichtingen aan de jaarrekening.

De Mediawet bevat derhalve een nauwkeurig beschreven gesloten financieel systeem waarop door het Commissariaat van de Media zorgvuldig toezicht wordt uitgeoefend. Iedere indruk als zouden de publieke omroepinstellingen maar hun hand hoeven op te houden als zij een tekort blijken te hebben, is dus onjuist.

Artikel 110 van de Mediawet zegt mijns inziens duidelijk waar het bij de financiering van het publieke omroepbestel om gaat. De instellingen die zendtijd hebben verkregen voorzien op onafhankelijke wijze in publieke omroep door verzorging van publieke omroepprogramma's. Daartoe hebben de instellingen die zendtijd hebben verkregen op de wijze zoals geregeld in deze wet aanspraak op bekostiging uit 's Rijks kas die een kwalitatief hoogwaardige programmering mogelijk maakt en waardoor continuïteit van financiering gewaarborgd is.

HMG-klacht


Kreijger eindigt met de constatering dat de Commissie, op verzoek van HMG, reeds bezig is om de financiering van de Nederlandse publieke omroep kritisch tegen het Europees-rechtelijke licht te houden.

De regering heeft de Europese Commissie op 12 september 2002 als conclusie van een zeer uitgebreide beantwoording op de vragen het volgende laten weten: 'Naar het oordeel van de Nederlandse regering is er geen enkele aanleiding voor de in de klacht van de Holland Mediagroep neergelegde en in de brief van de Commissie opgenomen veronderstelling dat er sprake zou zijn van excessieve staatssteun aan de Nederlandse publieke omroepinstellingen.'

De reactie van de Commissie wordt met vertrouwen afge wacht!

Laurens Dragstra, Lars Huisman, Annetje Ottow en Gerard Schuijt
Met medewerking van Saskia Hoes

Rechtspraak

Van rechtspraak aangeduid met een  is bij het redactiesecretariaat schriftelijk een kopie te bestellen. Kosten: €0,50 per pagina, met een minimum van €7,- per bestelling. Faxtoeslag €11,50. Prijzen zijn exclusief BTW.

Integraal in de Jurisprudentiebijlage: J

EHRM 11 maart 2003, Lesník vs. Slowakije, nr. 24 m.nt. L. Dragstra J

Artikel 10 EVRM · Belediging openbaar aanklager

Klager is de auteur van twee brieven. De ene brief werd verstuurd aan een zekere P., een openbare aanklager, en de andere aan een hiërarchisch hogere aanklager, de General Prosecutor. In deze brieven velt klager zeer negatieve waardeoordelen over P. en beschuldigt hij hem van machtsmisbruik en misbruik van bevoegdheden. De brieven vormen aanleiding voor een strafzaak tegen klager, welke leidt tot een veroordeling wegens belediging van een openbare aanklager. Het Hof in Straatsburg acht, met 5 stemmen tegen 2, deze veroordeling niet in strijd met artikel 10 EVRM. De beschuldigingen van klager aan het adres van P. zijn feitelijke beweringen, welke klager niet had kunnen bewijzen. De beschuldigingen waren ernstig en bovendien waren ze herhaaldelijk geuit. Relevante delen van de brieven zijn gepubliceerd in een krant, zodat de mogelijkheid voor een publiek debat over de aanklager geschapen werd. Het krantenartikel was weliswaar niet van de hand van klager, en de nationale rechters hebben er geen acht op geslagen tijdens de strafrechtelijke procedures, maar het moet ertoe hebben bijgedragen dat de schade, veroorzaakt door de ongegronde beschuldigingen, nog is verergerd. Geen schending van artikel 10 EVRM.

HR 22 maart 2002, NVM vs. Telegraaf, NJ 2003, 149, m.nt. J.H. Spoor

Databankrecht · Zoekmachines · Substantiële investering

Zie *Mediaforum* 2002-5, nr. 17 m.nt. T.F.W. Overdijk

HR 28 maart 2003, Mink K. vs. Staat, www.rechtspraak.nl (LJN-nr. AE5149)

Afspraak geheimhouding · Informatieplicht jegens parlement en BVD · Art. 68 Grondwet

Afspraak tussen verdachte Mink K. en het Openbare Ministerie, dat de eerste zal spreken en de laatste absolute geheimhouding zal garanderen teneinde zijn veiligheid te waarborgen. Een dergelijke overeenkomst als zodanig is niet onder alle omstandigheden onverenigbaar met het bepaalde in art. 68 Grondwet, de informatieplicht aan het parlement. Bij een weigering van de minister het parlement informatie te verstrekken kan hij niet alleen een beroep doen op het eerbiedigen van de persoonlijke levenssfeer

en de veiligheid van een informant, maar ook aanvoeren dat gegevens over lopende of afgesloten strafrechtelijke onderzoeken, waarbij het belang van de opsporing en vervolging van strafbare feiten is betrokken, zich naar hun aard verzetten tegen openbaarmaking aan het parlement. De toezegging tot absolute geheimhouding is in zoverre aan een beperking gebonden, dat de mogelijkheid bestaat dat de minister in verband met zijn verplichting tot verantwoording aan het parlement desgevraagd (een deel van) de hem verstrekte informatie in enigerlei vorm vertrouwelijk aan het parlement bekend zal moeten maken. Daarbij mag men er overigens niet zonder meer van uitgaan dat de veiligheid van eiser steeds voldoende verzekerd zal zijn en zal eiser daaromtrent in de gelegenheid moeten zijn gesteld aanvullende rechtsbescherming te vragen. Zaak verwezen naar Hof Amsterdam.

Zie *Hof Den Haag 6 september 2001, Mediaforum* 2001-10, p. 303; *Hof Den Haag 23 mei 2001, Mediaforum* 2001-6, nr. 29 m.nt. G.J. Kemper.

Hof Amsterdam 20 februari 2003, De Kreek vs. De Staat, Domjur 2003-170, nr. 25 J

Domeinnamen · Beschrijvende 'overheidsbegrippen'


De Kreek heeft de domeinnamen prinsjesdag.nl, troonrede.nl, miljoenennota.nl en regering.nl op zijn naam geregistreerd. Nadat in kort geding (zie *Mediaforum* 2000-11/12, p. 365) een verbod was opgelegd, heeft de Staat in deze bodemprocedure onder meer een verklaring voor recht gevorderd dat de registratie en het gebruik van de domeinnamen onrechtmatig is, vanwege het zaaien van verwarring dan wel misleidende reclame. Het Hof vernietigt het vonnis van de Rb., die deze vordering had toegewezen. Het publiek dat deze termen hoort zal weliswaar denken aan de Staat, maar dit betekent niet dat die (beschrijvende) begrippen daarnaast ook verwijzen naar de Staat. Voorts levert het gebruik van de domeinnamen door De Kreek geen gevaar voor verwarring op, mede vanwege de omstandigheid dat men op internet informatie van zeer gevarieerde herkomst kan aantreffen. Het argument van de 'blokkerende werking' wordt verworpen nu de Staat voldoende alternatieven heeft om belangstellenden naar informatie van de overheid over de betreffende onderwerpen te leiden.

Hof 's-Hertogenbosch 17 december 2002, Leunisse & Boer vs. Lemmens c.s., KG 2003, 81

Onrechtmatige uitingen · Artikel 22 Gemeentewet

Fractielid en commissielid van een plaatselijke politieke partij doen suggestieve uittalingen in de pers over de integriteit van ambtenaren van de gemeente. Het Hof bevestigt het vonnis van de Rechtbank waarin een rectificatie bevolen is. Het Hof stelt dat tegenover het door appellanten geformuleerde algemeen belang om bestaande misstanden


aan de kaak te stellen, het belang van geïntimeerden staat om niet aan lichtvaardige en in grievende bewoordingen gestelde verdachtmakingen en beschuldigingen blootgesteld te worden. De afweging van deze zwaarwegende belangen en de vraag of er onrechtmatig gehandeld is, staat ter beoordeling van de civiele rechter. Verwacht mocht worden dat de beschuldigende uittalingen voldoende steun vinden in het feitenmateriaal. Dit is niet gebeleden. De relatief beperkte mogelijkheid voor appellanten om feiten te vergaren doet daaraan niets af. Het publieke belang kan met publicaties van beschuldigingen waarvoor geen of onvoldoende deugdelijke gronden worden aangevoerd, niet gediend zijn. Een beroep op de onschendbaarheidsregel van art. 22 Gemeentewet faalt. Het gaat in dat artikel om uittalingen gedaan in het kader van de beraadslaging ter vergadering van de gemeenteraad.

Rb. Amsterdam 12 maart 2003, Bow vs. VND, Levob & Kluwer 

Onrechtmatige uitingen

Publicaties over berichten dat eiser, tussenpersoon in de verzekeringsbranche, gefraudeerd zou hebben. Aanleiding was een spijtbetuiging, ondertekend met eisers naam, die achteraf vals bleek te zijn. Alle gedaagden hebben, nadat de onjuistheid van de berichtgeving ontdekt was, gerectificeerd. Bow vraagt nu de Rechtbank de gedaagden te veroordelen tot schadevergoeding wegens de door de publicaties geleden materiële en immateriële schade.

De Rechtbank wijst deze vordering af, onder meer doordat niet gedaagden, maar de bron verantwoordelijk is voor de verdachtmakingen. Gedaagden hebben de woorden uit de spijtbetuiging niet tot de hunne gemaakt. Bow was ten tijde van de spijtbetuiging niet bereikbaar voor hoor en wederhoor. Bow heeft voorts onvoldoende duidelijk gemaakt dat aanstonds aannemelijk was dat de brief niet van hem afkomstig was.

Rb. Amsterdam 19 maart 2003, Smiers vs. Endemol 

Auteursrecht · Format

Endemol heeft vanaf december 2000 het televisieprogramma 'Starmaker', waarin jonge mensen worden opgeleid tot muzieksterren, uitgezonden. Het programma is in een periode van ongeveer twee jaar ontwikkeld. Smiers stelt zich op het standpunt dat daarbij gebruik is gemaakt van een door hem ontwikkeld idee, genaamd 'Starmakers', dat hij in 1997 aan HMG zou hebben aangeboden. Hij vordert een verklaring voor recht dat inbreuk wordt gemaakt op zijn auteursrecht en de afdracht van licentievergoedingen. Deze vorderingen worden afgewezen. Daargelaten of het idee van Smiers oorspronkelijk is, is er geen sprake van een auteursrechtelijk beschermd werk. Het idee is weliswaar beknopt omschreven en er is een videoband met fragmenten overgelegd, maar daaruit kan niet worden afgeleid dat dit voldoende is uitgewerkt voor bescherming.

Rb. Zutphen 12 februari 2003, Global Green vs. Global Green Capital, *Domjur* 2003-169

Domeinnaam · Handelsnaam · Merkrecht
Global Green is een onderneming die sinds 1994 landelijk actief is op het gebied van promotionele en handelsactiviteiten met betrekking tot bosbouwprojecten. Zij heeft haar naam eveneens als merk gedeponeerd. Gedagde is sinds 25 juli 2001 actief in de planmatige bosbouw onder de naam Global Green Capital. Zij heeft de naam 'globalgreencapital' geregistreerd als .nl en .com domeinnaam. In een kort geding van 10 januari 2002 heeft de Vzr. Rb. Zutphen (zie *Mediaforum* 2002-6, p. 216) geoordeeld dat er sprake is van strijd met de Handelsnaamwet en inbreuk op het merk. De Rb. komt nu tot hetzelfde oordeel. Daarnaast heeft Global Green Capital dwangsommen van ruim een ton verbeurd, nu de internetsite onder de domeinnaam globalgreencapital.nl tenminste op 3 juli 2003 nog actief was.

Vzr. Rb. Arnhem 27 januari 2003, De Lotto vs. Ladbrokes, *KG* 2003, 53

Gokken op Internet · Bevoegdheid · Toepasselijk recht
Zie *Mediaforum* 2003-3, nr. 16 m.nt. K.J.M. Mortelmans

Vzr. Rb. Haarlem 21 maart 2003, Scholier vs. Stichting Iris, *www.rechtspraak.nl* (LJN-nr. AF6131)

Rechts-extremisme op school . Uitingsvrijheid . Provocerende kleding
De Stichting Iris vormt het bevoegd gezag over een zestal scholen voor christelijk voortgezet onderwijs. De scholier is leerling van één van deze zes scholen. Samen met zeven andere leerlingen heeft hij zich op school onderscheiden door gekleed te gaan in zwarte legerlaarzen, een spijkerbroek, een zwarte Lonsdale trui en door een gemillimeterde haardracht. De groep werd door de overige leerlingen nazi's genoemd. Op school is onrust ontstaan vanwege rivaliteit tussen deze groep en de allochtone leerlingen van de school. Na tientallen telefoontjes van verontruste ouders heeft de directeur besloten dat de acht een convenant moeten ondertekenen, waarin zij onder andere verklaren zonder discriminatie met anderen om te gaan, geen provocerend gedrag te vertonen noch provocerende kleding te dragen. Anders zouden zij van school worden gestuurd. De scholier in deze zaak weigert te tekenen vanwege het kledingvoorschrift. Nadat hij van school is gestuurd start zijn vader namens hem deze procedure, waarin hij vordert dat de bevoegde Stichting wordt bevolen zijn zoon weer toe te laten. De scholier krijgt zowel op formele gronden (de directeur was niet bevoegd tot verwijdering) als op inhoudelijke gronden gelijk. Beperkingen van de uitingsvrijheid op gronden zoals het voorkomen van wanordelijkheden zijn in beginsel toelaatbaar. Bij de beoordeling van de door de school genomen maatregel moet onderscheid worden gemaakt tussen enerzijds de aanleiding voor het treffen van de maatregel en anderzijds de aard van deze maatregel. De Vzr. oordeelt dat de school naar aanleiding van de ontstane onrust zich in redelijkheid op het standpunt kon stellen dat het gedrag van de groep correctie behoeft. De aard van de maatregel

moet worden beoordeeld aan de hand van de vrijheid van de scholier om zijn eigen kleding te kiezen. Het voorschrijven van beperkingen op het vlak van de voormelde combinatie van uiterlijke kenmerken is op zichzelf een juiste, proportionele en zinvol gebleken maatregel. De Vzr. oordeelt echter dat deze maatregel niet door middel van een convenant gekoppeld aan verwijdering had mogen worden doorgevoerd. Voor zover het bezwaar berust op het feit dat de schoolleiding aldus voor slechts een beperkte groep leerlingen binding aan aparte regels beoogt te bewerkstelligen, wordt dat bezwaar valide geacht.

Vzr. Rb. Rotterdam 12 februari 2002, Yarosa vs. OPTA, nr. 26 m.nt. A.W. Hins J

Telecommunicatie · WOB · Publicatie besluit website OPTA

Zie de beknopte weergave in *Mediaforum* 2003-4, p. 132

Vzr. Rb. Zutphen 17 maart 2003, Belmondo vs. Wegener, *www.rechtspraak.nl* (LJN-nr. AF6325)

Uitingsvrijheid · Publicatieverbod · Hoer en wederhoor

Belmondo vordert een verbod van publicatie van enig artikel over haar. Belmondo stelt dat zij recht heeft op hoer en wederhoor en dat Wegener, door schending van dat recht, onrechtmatig dreigt te gaan handelen. Wegener voert daartegen aan dat zij Belmondo geconfronteerd heeft met de klachten en het gegeven commentaar verwerkt heeft in het verslag. De Rechtbank is van oordeel dat dit in principe voldoende waarborg is voor een eerlijke behandeling van het onderwerp. Voor een recht op wederhoor in alle omstandigheden kan in het recht geen steun gevonden worden. Daarnaast stelt de Rechtbank dat het recht op vrije meningsuiting ertoe leidt dat preventieve controle op publicaties met zeer grote terughoudendheid wordt uitgeoefend. Een vordering als door Belmondo gedaan, heeft alleen kans van slagen als reeds bij voorbaat buiten twijfel is dat de publicatie een onrechtmatige daad zal opleveren. Het feit dat een publicatie negatieve en eventueel schadelijke publiciteit over Belmondo inhoudt, veroorzaakt niet zonder meer onrechtmatigheid. Wel geldt dat persmededelingen of uittalingen op zijn minst genomen waar moeten zijn en niet onnodig grievend, beledigend of denigrerend. Een belangenafweging hierover kan niet gemaakt worden, nu de inhoud van het artikel niet bekend is. De Rechtbank wijst de vordering van Belmondo af.

CBB 12 maart 2003, OPTA vs. Telediscount, nr. 27 m.nt. G.P. van Duijvenvoorde J

Telecommunicatie · Bevoegdheid OPTA · Vergoedingen nummers

De vergoeding die verschuldigd is op grond van artikel 2, in samenhang met artikel 1, aanhef en de categorieën 4 en 8 van de Regeling vergoedingen OPTA 1999 ('Regeling') wordt in rekening gebracht bij degene die op enig moment in 1999 na een toekenning – hetzij in, hetzij voorafgaand aan dit jaar – over het nummer beschikt. Naar het oordeel van het College blijft artikel 2 hiermee binnen de grenzen die voortvloeien uit de eerste door artikel 16.1 Tw gestelde voorwaarde, te weten dat de vergoeding verschuldigd is door degene ten behoeve van wie werkzaam-

heden of diensten worden verricht. De rechtvaardiging die in de wetsgeschiedenis wordt gegeven voor de keuze om toezichtkosten in rekening te brengen bij deelnemers aan de telecommunicatiemarkt, biedt grondslag voor het oordeel dat de ministeriële regelgever binnen de grenzen van de hem toekomende vrijheid als gedelegeerd regelgever allen die op enig moment in een kalenderjaar houder van een bepaald nummer zijn in gelijke mate als begunstigden van in dat jaar uitgeoefend toezicht kan beschouwen. Uit de tweede voorwaarde van artikel 16.1, lid 1 Tw vloeit voort dat de Regeling zich dient te beperken tot vergoeding die 'verband houdt met deze werkzaamheden of diensten'. In aanmerking nemende dat een nummerhouder gebaat is bij handhaving van de marktordening door toezicht, ook dat voorafgaand aan de toekenning, is het College van oordeel dat de regelgever ervoor heeft kunnen kiezen het door artikel 16.1 Tw vereiste verband tussen toezichtswerkzaamheden en de hiervoor door een nummerhouder verschuldigde vergoeding aanwezig te achten, indien deze werkzaamheden plaatsvinden in het kalenderjaar waarin de nummerhouder over dit nummer beschikt. De uitspraak van de rechtbank wordt vernietigd.

Binnenland

Toezicht collectieve beheersorganisaties

De Wet toezicht collectieve beheersorganisaties auteurs- en naburige rechten van 6 maart 2003 heeft het *Staatsblad* gehaald. De wet regelt de instelling van een College van Toezicht, dat tot taak heeft toezicht uit te oefenen op de collectieve beheersorganisaties die zich bezighouden met de inning en de verdeling van de vergoedingen die verschuldigd zijn op grond van de Auteurswet en de Wet op de naburige rechten. De wet zal in werking treden op een bij koninklijk besluit te bepalen tijdstip.

Stb. 2003, 111

Spam

Bij brief van 21 maart 2003 heeft staatssecretaris Wijn van EZ gereageerd op een schrijven van de vaste commissie van Economische Zaken. De commissie had aangegeven dat het naar haar mening wenselijk en noodzakelijk was om maatregelen (waaronder ontwerp-regelgeving) voor te bereiden om te voorkomen dat het elektronische verkeer in de nabije toekomst vast zal lopen door enorme hoeveelheden verstuurde spamberichten. De staatssecretaris verwijst in zijn brief naar richtlijn 2002/58/EG betreffende de verwerking van persoonsgegevens en de bescherming van de persoonlijke levenssfeer in de sector elektronische communicatie. Ter implementatie van deze richtlijn is inmiddels een ontwerp-wetsvoorstel klaar, dat voor advies aan de Raad van State is voorgelegd. Daarin wordt een regeling getroffen voor spam, waarvoor een opt-in systeem gaat gelden. Voor wat betreft het risico van het vastlopen van het elektronische verkeer wijst de staatssecretaris erop dat het probleem van spam niet zozeer is dat het leidt tot het vastlopen van het gehele internetverkeer, maar wel dat het overlast en kosten met zich meebrengt voor gebruikers en internetproviders. De bewindsman wijst voorts op het belang van preventieve maatregelen. Het aantal ongewenste berichten dat een internetter ontvangt, is sterk afhankelijk van zijn eigen surfgedrag en de beveiliging van zijn

PC. Daarom wordt nationaal en internationaal geïnvesteerd in *awareness* programma's voor een veiliger gebruik van internet. Een voorbeeld daarvan is de nationale campagne Surf op Safe.

Opmaat nr. 203000143. Zie ook Mediaforum 2003-2, p. 58. Zie verder Mediaforum 2002-7/8, p. 254-255 en het artikel van C.W. Noorda in Mediaforum 2002-9, p. 272.

SMS-leed

Het kamerlid Van Dam (PvdA) heeft schriftelijke vragen gesteld aan de minister van EZ over het ontvangen van ongewenste SMS-berichten door consumenten. De vragen werden beantwoord door staatssecretaris Wijn, die de ernst van de klachten erkende. Naar zijn mening zit de problematiek niet in de SMS-diensten zelf, maar in de mogelijkheden voor misvattingen en misbruik ervan. Veel consumenten zijn zich niet bewust van het feit dat ze door het sturen van één SMS-je zich impliciet kunnen hebben aangemeld voor een abonnement waarbij voor ieder ontvangen bericht kosten in rekening gebracht worden. Belangrijk knelpunt is dan ook de slechte informatieverstrekking over aan- en afmelden voor de SMS-diensten. De staatssecretaris schrijft verder dat OPTA heeft bericht dat ook de netwerkoperators de problematiek betreffende ongewenste SMS-berichten onderkennen. Zij zullen eind april 2003 een gezamenlijke gedragscode opstellen, waarin wordt vastgelegd welke contractuele verplichtingen de operators zullen opleggen aan de aanbieders van commerciële SMS-diensten. Tot die verplichtingen behoort in elk geval het leveren van heldere en juiste informatie over de SMS-diensten. De staatssecretaris is van mening dat deze zelfregulering op de korte termijn voldoende waarborg biedt voor de bescherming van de consument. Onderzoek moet uitwijzen of op de lange termijn nadere wet- en regelgeving noodzakelijk is. Ook de kamerleden De Wit en Gerkens (SP) stelden vragen over het SMS-leed. In zijn beantwoording van deze vragen maakt staatssecretaris Wijn een onderscheid tussen aanmeldingen die tot stand komen zonder enige actie van de consument en aanmeldingen waarbij dat wel het geval is (ook al had men niet de intentie zich aan te melden). Bij de eerste categorie wordt mogelijk gebruik gemaakt van een nummegerator die een willekeurig telefoonnummer genereert, test of dit een bestaand nummer is en vervolgens voor dit nummer automatisch een abonnement aanmaakt. Als dit waar is, dan acht de staatssecretaris het ontoelaatbaar. Hij wijst er op dat het ongevraagd toezenden van een betaalde dienst verboden is volgens artikel 7:7 lid 4 BW. Voor wat betreft de tweede categorie aanmeldingen wijst de bewindsman weer op het gebrek aan transparantie, met name betreffende het afmelden. Het aanmelden komt hier tot stand doordat een nummegerator automatisch SMS-berichten verstuurt naar willekeurige nummers, met daarin de oproep aan de consument om zich aan te melden voor een dienst. Deze handelswijze is toegestaan, tenzij de klant aangeeft toezending niet op prijs te stellen (opt-out systeem). Dit gaat echter veranderen door de implementatie van richtlijn 2002/58/EG (zie ook hierboven). In deze richtlijn wordt spam (ook via SMS) onderworpen aan een opt-in systeem. Wanneer de richtlijn is geïmplementeerd zal het verzenden van ongevraagde SMS-berichten, al dan niet via een nummegerator, niet langer toegestaan zijn.

Aanhangsel Handelingen II 2002/03, nr. 1000 en 1001

Gesponsorde nachtzusters

Het kamerlid Kant (SP) heeft schriftelijke vragen gesteld aan de minister van VWS over het initiatief van een verzorgingshuis om sponsors te zoeken om een tweede nachtzuster aan te trekken. Mevrouw Kant wilde onder meer weten of de minister het aanvaardbaar vond als een begrafenisonderneming via uniformen van verpleegkundigen reclame zou mogen maken in een instelling waarin mensen hun laatste jaren doorbrengen. De vragen werden beantwoord door de staatssecretaris, mevrouw Ross-Van Dorp. Zij schreef dat ze er van uit ging dat zorginstellingen bij het aantrekken van sponsorgelden verantwoord zouden beslissen over door hen te leveren tegenprestaties op het terrein van communicatie-uitingen of het verlenen van andere faciliteiten. De bewindsvrouw achtte het weinig zinvol een standpunt in te nemen over hypothetische situaties die zich toch nooit zouden voordoen.

Aanhangsel Handelingen II 2002/03, nr. 996

Steun van Bedrijfsfonds voor de Pers

Het Bedrijfsfonds voor de Pers heeft besloten een uitkering van €28.743,- beschikbaar te stellen aan het Nederlands Persmuseum, ten behoeve van het onderzoeks- en tentoonstellingsproject 'Van levensles tot lifestyle, geïllustreerde vrouwentijdschriften in de Nederlandse samenleving'. Dit project richt zich op de vraag naar de functie en de maatschappelijke rol van Nederlandse geïllustreerde vrouwentijdschriften in het verleden, het heden en de toekomst op het terrein van informatievoorziening en opinievorming. Het besluit tot toekenning van de uitkering is gebaseerd op artikel 54 sub d en 58 Mediabeluist.

Stcrt. 2003, 65, p. 9

Bezwaarschriften Bedrijfsfonds voor de Pers

Het Bedrijfsfonds voor de Pers heeft besloten het internetplatform Rebeltoday onder de werkingssfeer van de Tijdelijke subsidieregeling minderhedenbladen en journalistieke internet-informatieproducten (zie *Mediaforum 2002-9, p. 290*) te laten vallen. Met deze beslissing is het bezwaar van Rebeltoday tegen een eerder afwijzend besluit gegrond verklaard (zie ook *Mediaforum 2003-2, p. 58*). Het project van Rebeltoday is gericht op het ontwikkelen en stimuleren van journalistiek zoals dat door jongeren geproduceerd, gepubliceerd en ervaren wordt. Volgens het Bedrijfsfonds heeft Rebeltoday voldoende aannemelijk gemaakt dat zij ook nieuwsbronnen gaat aanbieden aan jongeren om journalistieke internet-informatieproducten te maken. Daarmee is voldaan aan het in artikel 4 van de subsidieregeling vermelde criterium.

Het Bedrijfsfonds heeft in een andere zaak Metro Holland BV niet-ontvankelijk verklaard in haar bezwaar tegen het besluit van 28 oktober 2002, waarbij aan de Vereniging De Nederlandse Dagbladpers een uitkering ter beschikking was gesteld. Deze uitkering was bestemd voor een gezamenlijk project, inhoudende de voorbereiding van een regionale proef en landelijke uitrol van de gezamenlijke bezorging van dagbladen (zie *Mediaforum 2003-1, p. 25*). Metro werd niet-ontvankelijk verklaard omdat zij naar het oordeel van het Bedrijfsfonds onvoldoende rechtstreeks belang had bij het subsidiebesluit.

Stcrt. 2003, 67, p. 8

Agenda

Cursus Geschillenoplossing in de automatisering (ICT) op 8 en 9 mei 2003; docenten H. Franken, Th. Mulder, H. Mulder, H. Dohmen, P. van Schelven; 14 PE-punten; prijs €1.250,-; aanmelden Stichting Geschillenoplossing Automatisering (SGOA) 06-55104945 of sgoa@euronet.nl

Censuur. Colloquium van de Universitaire Stichting Brussel op 16 mei 2003 te Brussel. Sprekers o.a. J. Velaers, F. Jongen, D. Voorhoof, F. Tulkens, A. Strowel, A. Berenboom, P. Mertens, G.A.I. Schuijt, E. Derieux en E.J. Dommering. Inschrijving: Larcier 010/482619; clothilde.legreve@larcier.be; prijs colloquium plus congresboek €210,- (abonnees van Auteurs & Media €139,-).

Toezicht op markten. Jaarlijkse algemene ledenvergadering van de VAR, Vereniging voor bestuursrecht aan de hand van preadviezen van prof. mr. B.M.J. van der Meulen (Wageningen) en mw. mr. A.T. Ottow, (Instituut voor Informatierecht en advocaat te Den Haag). Utrecht, vergadercentrum Hoog Brabant, 16 mei, 9.45 uur: huishoudelijk gedeelte; v.a. 10.30 uur bespreking van de preadviezen. *Inlichtingen:* www.vereniging-voorbestuursrecht.nl of bij mw. mr. E.C. Drexhage, tel. 070 - 4266612, fax 070 - 4267634, email betty.drexhage@minbzk.nl.

International Conference law and ICT contributions tot the peaceful co-existence of cultures and religions, 10-12 June 2003, The Hague. Speakers: Nelson Mandela, V. Vitkauskas, James Joseph, Mary Braxton Joseph; information and registration: Floor Sniijders, 030-2363845; info@law-ict.org; www.law-ict.org

Juridische issues in de media, studiedag Euroforum in samenwerking met Houthoff Buruma op 26 juni 2003, Hilversum; sprekers: R.S. le Poole, K. Gilhuis, D. van der Kolk en E.S. de Bock; €899,- (ex btw); informatie en aanmelding: 040-2974977; www.euroforum.nl/media.htm

PAO-Actualiteiten Auteursrecht 6, 13 en 20 oktober 2003, van 16 - 19 uur, Universiteit Leiden. Docenten: D.W.F. Verkade, D.J.G. Visser, mw. T.E. Deurvorst, T.J. Kuik; onderwerpen: de implementatie van de richtlijn Auteursrecht in de informatiemaatschappij; het voorstel voor een richtlijn betreffende de maatregelen en procedures om de handhaving van intellectuele eigendomsrechten te handhaven; het nieuwe reporecht; recente rechtspraak w.o. NOS/Sena, televisieformats, software licenties, voetbaluitzendrechten, programmagegevens en de morele rechten van de architect. Cursusprijs: €795,- (vrijgesteld van btw) inclusief consumpties, cursusmateriaal en 'aangeklede' borrels. Informatie en aanmelden: Secretariaat Juridisch PAO, telefoon 071-5278666; Fax: 071-5277895; www.juridischpao.leidenuniv.nl/; e-mail: pao@law.leidenuniv.nl

Verschenen

Gerard Schuijt & Dirk Visser, *Portretrecht voor iedereen*, Amsterdam: Mets & Schilt 2003, 160p., geïllustr.; ISBN 90 5330 361 8; €14,-

Nr 24 Lesník vs. Slowakije

EHRM 11 maart 2003 (Application no. 35640/97)

In the case of *Lesník v. Slovakia*, The European Court of Human Rights (Fourth Section), sitting as a Chamber composed of: Sir Nicolas Bratza, *President*, Mr M. Pellonpää, Mrs V. Stráznická, Mr M. Fischbach, Mr R. Maruste, Mr S. Pavlovski, Mr L. Garlicki, *Judges*, and Mr M. O'Boyle, *Section Registrar*, Having deliberated in private on 17 December 2002 and 4 February 2003, Delivers the following judgment, which was adopted on the last-mentioned date:

PROCEDURE
(1-8)

THE FACTS

I. THE CIRCUMSTANCES OF THE CASE (9-38)

Lesník (Slowaaks zakenman) heeft op 2 december 1991 het OM van Kosice verzocht om vervolging in te stellen tegen H., een zakenman uit Tsjechië, die hij verdacht van fraude. Dit verzoek leidde niet tot een strafzaak.

Op 5 april 1993 diende Lesník een klacht in bij de Telecommunicatie Autoriteit van Kosice. Hij stelde dat telefoongesprekken in zijn bedrijf voortdurend werden onderbroken. Vlak voor het afbreken was op de lijn een geluid te horen dat overeenkwam met een geluid dat vroeger gehoord werd wanneer de communistische geheime politie gesprekken had afgeluisterd.

Op 10 juni 1993 begon een strafrechtelijk onderzoek naar Lesník, omdat hij goederen van genoemde H. zou hebben gestolen. Hierover heeft Lesník zich beklaagd bij de regionale openbare aanklager (Kosice Regional Prosecutor), waar hij onder meer aanvoerde dat zijn telefoon illegaal was afgetapt. Vervolgens heeft hij op 6 december 1993 een brief gestuurd aan P., openbaar aanklager van het 1e District (Kosice I District Prosecutor). In deze brief stond onder andere het volgende:

“Since you have not succeeded, comrade prosecutor, in attaining your aims in one area, you continue energetically, in accordance with the practice of the [former] State Security agents, to fabricate another case [against the applicant] as you have learned to do under the so-called infallible socialist legislation. On this occasion I can assure you, however, that I have not bowed down to the high representatives of the former political system and, in particular, the [former] State Security agents who paid at least as much attention to my person as you do now. I do not intend today to let myself be intimidated, in particular not by individuals, such as yourself, a person with a dubious past, not to speak of [your] other qualities...

It is not only my earlier experience of managing a detective agency which makes it difficult to associate you with objectivity, professionalism and respect for law. I would therefore like to remind you on this occasion that you are also bound by the law despite the fact that you probably consider yourself ... to be an almighty lord of the Tatra [mountains] and the Váh [river] and, as such, beyond the reach of anybody as you are, for the time being, under the protective hand of comrade [M.]. Abuse of law may have very unpleasant consequences for you. For the time being, I will merely mention some of the abuses which do not need any comments.”

Verder heeft Lesník in de brief gesteld dat P. verantwoordelijk was voor het afwijzen van Lesníks strafklacht tegen H. en voor het instellen van strafvervolgning tegen hemzelf en dat hij op onrechtmatige wijze opdracht had gegeven om Lesníks telefoon af te tappen. Na deze brief schreef Lesník nog een brief (gedateerd 7 maart 1994), dit maal aan een hiërarchisch hogere openbare aanklager (de General Prosecutor). Hierin stond onder meer:

“[P.] accepted the request of [the lawyer of H.] ... not to bring criminal proceedings against H. in Slovakia notwithstanding that sufficient evidence was available to do so... Of course, money which H. had paid in order to cover up his fraudulent actions played a certain role in this matter. It would therefore appear appropriate to examine whether [an offence of bribery was not committed] in this context...

Following a ... threat ... by ... an investigator of the Kosice I Office for Investigation in the context of the case of H. ... I went to the aforesaid office on 10 June 1993. After I had rejected an ‘agreement’ which had been proposed to me, [the investigator], a former State Security agent, accused me of having stolen [the property of] H. in 1991. Thus [P.] has not been willing to bring proceedings against H. since 1991, but has arranged, through a police investigator who can easily be blackmailed, for proceedings to be brought against me with a view to taking revenge for the justified complaints I had lodged against him. [P.] did so

contrary to [the relevant provisions of the Code of Criminal Procedure] because up to now ... there is no evidence before [the relevant authorities] from which to conclude with sufficient certainty that I stole anything from H. Subsequently I realised that my telephone, which has also been used by my private detective agency, had been tapped contrary to Article 88 of the Code of Criminal Procedure.”

Op 2 juni 1994 werd strafvervolgning ingesteld tegen Lesník wegens het beledigen van een openbare aanklager in zijn brieven van 6 december 1993 en 7 maart 1994. Vervolgens verscheen in september 1994 over deze strafzaak een artikel in de krant Necenzurované noviny. In dit artikel werden stukken geciteerd uit Lesníks twee brieven, waaronder de eerder genoemde beschuldigingen. Het artikel was niet van de hand van Lesník, maar deze gaf wel toe de auteur van het stuk de relevante documenten te hebben toegespeeld.

Uiteindelijk werd Lesník wegens belediging van een ambtenaar (public official) veroordeeld tot vier maanden voorwaardelijke gevangenisstraf. De nationale rechters lieten zwaar meewegen dat Lesník geen van zijn beschuldigingen had kunnen bewijzen en dat diens oordelen lasterlijk en buitengewoon beledigend waren. Als gevolg van de strafrechtelijke veroordeling werd de handelsvergunning van Lesník ingetrokken, welke intrekking later werd vernietigd door de bestuursrechter.

II. RELEVANT DOMESTIC LAW (39)

Artikel 156 (3) van het Wetboek van Strafrecht bepaalt dat hij die buitengewoon beledigende of lasterlijke opmerkingen maakt jegens een ambtenaar betreffende de uitoefening door die ambtenaar van zijn of haar bevoegdheden, gestraft wordt met een gevangenisstraf van ten hoogste een jaar of een geldboete.

THE LAW (40)

A. Existence of an interference

41. It was common ground that the applicant’s conviction for insulting a public official and the suspended prison sentence imposed on him constituted an interference with his freedom of expression guaranteed by paragraph 1 of Article 10. The Court sees no reason to hold otherwise.

B. Justification of the interference

42. This interference would contravene Article 10 of the Convention unless it was “prescribed by law”, pursued one or more of the legitimate aims referred to in paragraph 2 of Article 10, and was “necessary in a democratic society” for achieving such aim or aims.

1. “Prescribed by law”

43. The applicant contended that the Criminal Code and the Code of Criminal Procedure had been enacted in 1961 and that, despite several amendments, their respective provisions were intended to harass citizens. For this reason, his conviction could not be regarded as lawful.

44. The Government maintained that the interference had been in accordance with Article 156 (3) of the Criminal Code as in force at the relevant time. They considered irrelevant, when determining whether or not it was “prescribed by law”, the date and circumstances of its enactment.

45. The Court notes that the interference in question had a legal basis, namely Article 156 (3) of the Criminal Code, and is satisfied that the application of the legal provisions contained therein to the applicant’s case did not go beyond what could be reasonably foreseen in the circumstances. Accordingly, the interference was prescribed by law within the meaning of Article 10 § 2 of the Convention. As to the applicant’s argument concerning the nature of the criminal law in Slovakia, it relates, in substance, to the question whether the interference resulting from the application of the relevant law in the present case was “necessary in a democratic society”, which the Court will address below.

2. Legitimate aim

46. The applicant maintained that the interference in question had not pursued any legitimate aim as its main purpose had been to justify the failure by the public prosecutor concerned to proceed with the applicant’s criminal complaint against another person.

47. In the Government’s view, the interference pursued the legitimate aim of protecting the reputation and rights of the public prosecutor concerned and also the aim of protecting the authority and impartiality of the judiciary.

48. The Court notes that the criminal proceedings instituted against the applicant on account of his critical statements in respect of P. pursued the legitimate aim of protecting the latter's reputation and rights with a view to permitting him to exercise his duties as a public prosecutor without undue disturbance.

3. "Necessary in a democratic society"

(a) Arguments before the Court (49-50)

(b) The Court's assessment

(i) THE RELEVANT PRINCIPLES

51. In accordance with the Court's case-law (see the recapitulation in *Janowski v. Poland* [GC], no. 25716/94, §§ 30 and 33, ECHR 1999-I; *Nikula v. Finland*, no. 31611/96, §§ 44 and 48, 22 March 2002, with further references), the adjective "necessary", within the meaning of Article 10 § 2, implies the existence of a "pressing social need". The Contracting States have a certain margin of appreciation in assessing whether such a need exists, but it goes hand in hand with a European supervision, embracing both the legislation and the decisions applying it, even those given by an independent court. The Court is therefore empowered to give the final ruling on whether a "restriction" is reconcilable with freedom of expression as protected by Article 10.

52. In exercising its supervisory jurisdiction, the Court must look at the impugned interference in the light of the case as a whole, including the content of the remarks held against the applicant and the context in which he made them. In particular, it must determine whether the interference in issue was "proportionate to the legitimate aims pursued" and whether the reasons adduced by the national authorities to justify it are "relevant and sufficient". In doing so, the Court has to satisfy itself that the national authorities applied standards which were in conformity with the principles embodied in Article 10 and, moreover, that they based themselves on an acceptable assessment of the relevant facts.

53. Limits of acceptable criticism in respect of civil servants exercising their powers may admittedly in some circumstances be wider than in relation to private individuals. However, it cannot be said that civil servants knowingly lay themselves open to close scrutiny of their every word and deed to the extent to which politicians do and should therefore be treated on an equal footing with the latter when it comes to the criticism of their actions. Moreover, civil servants must enjoy public confidence in conditions free of undue perturbation if they are to be successful in performing their tasks and it may therefore prove necessary to protect them from offensive and abusive verbal attacks when on duty.

(ii) APPLICATION OF THE AFOREMENTIONED PRINCIPLES TO THE INSTANT CASE

54. Public prosecutors are civil servants whose task it is to contribute to the proper administration of justice. In this respect they form part of the judicial machinery in the broader sense of this term. It is in the general interest that they, like judicial officers, should enjoy public confidence. It may therefore be necessary for the State to protect them from accusations that are unfounded.

55. There is no doubt that in a democratic society individuals are entitled to comment on and criticise the administration of justice and the officials involved in it. However, such criticism must not overstep certain limits. The Court has held that the national authorities are in principle better placed to ensure, within the margin of appreciation reserved to them, a fair balance between the various interests at stake in similar cases.

56. In the present case the interference with the applicant's freedom of expression resulted from the domestic courts' finding that his statements in two letters of 6 December 1993 and 7 March 1994 had grossly insulted a public prosecutor without justification. The Court's task is to examine whether a fair balance was struck between the competing rights and interests: the applicant's right to freedom of expression on the one hand and the public prosecutor's right to have his personal rights protected on the other hand. In particular, when assessing the necessity of the impugned measure, the Court must determine whether or not the domestic courts overstepped their margin of appreciation when convicting the applicant.

57. While the applicant's statements in respect of the professional and personal qualities of the public prosecutor concerned could be considered as value judgments which are not susceptible of proof, the Court notes that the above-mentioned letters also contained accusations of unlawful and abusive conduct by the latter. Thus the applicant alleged, in particular, that the public prosecutor had unlawfully refused to uphold his criminal complaint, had abused his powers and had in that context been involved in bribery and unlawful tapping of the applicant's telephone. Those allegations are, in the Court's view, statements of fact which the domestic courts rightly requested the applicant to support by relevant evidence.

58. However, the domestic courts found, after having examined all the available evidence, that the applicant's above statements of fact were unsubstantiated. There is no information before the Court which would indicate that this finding was contrary to the facts of the case or otherwise arbitrary. The courts dealing with the case duly examined the circumstances in which the insulting statements had been made and whether they could be justified, for example by the conduct of the public prosecutor in question. The Court is satisfied that the reasons given by the domestic courts in respect of the applicant's above-mentioned statements accusing P. of misconduct and breaches of the law are sufficient and relevant.

59. Those accusations were of a serious nature and were made repeatedly. They were capable of insulting the public prosecutor, of affecting him in the performance of his duties and also, in the case of the letter sent to the General Prosecutor's Office, of damaging his reputation.

60. Admittedly, the applicant's statements were aimed at seeking redress before the relevant authorities for the actions of P. which he considered wrong or unlawful. In this respect the Court notes, however, that the applicant was not prevented from using appropriate means to seek such redress (see paragraphs 28 and 34 above and also *Tammer v. Estonia*, no. 41205/98, § 67, 6.2.2001, with further reference).

61. Since the relevant parts of the letters were also published in a newspaper, it is conceivable that they opened a possibility for a public debate. In this context the Court must take into consideration that the newspaper article in question was written by a third person and that the domestic courts did not rely on that article when convicting the applicant. However, the harm caused to the public prosecutor concerned by the statements of fact, which the applicant could not prove to have been truthful, must have been exacerbated to a certain extent by the publication of the letters, to which the applicant had after all contributed by providing the author with the relevant documents (see paragraph 22 above).

62. As to the applicant's argument that the interference in question was disproportionate in that, in particular, his trading licence was withdrawn following his conviction, the Court notes that on 4 June 1997 the Kosice Regional Court quashed the relevant administrative decisions as having no legal grounds. Furthermore, in its decision of 8 January 2002 on the admissibility of the present application the Court dismissed the applicant's complaint under Article 8 of the Convention in this respect, noting that the applicant had not shown that he had suffered any damage as a result of the decisions to revoke his trading licence and that, in any event, it had been open to him to claim compensation in this respect under the State Liability Act of 1969.

63. Although the sanction imposed on the applicant – four months' imprisonment suspended for a probationary period of one year – is not insignificant in itself, the Court notes that it is situated in the lower part of the applicable scale.

64. In view of the above considerations and bearing in mind that a certain margin of appreciation is left to the national authorities in such matters, the Court finds that the interference complained of was not disproportionate to the legitimate aim pursued and can be regarded as "necessary" within the meaning of Article 10 § 2 of the Convention.

65. There has consequently been no breach of Article 10 of the Convention.

FOR THESE REASONS, THE COURT

Holds by five votes to two that there has been no violation of Article 10 of the Convention.

Done in English, and notified in writing on 11 March 2003, pursuant to Rule 77 §§ 2 and 3 of the Rules of Court.

Michael O'Boyle Nicolas Bratza

Registrar President

In accordance with Article 45 § 2 of the Convention and Rule 74 § 2 of the Rules of Court, the following dissenting opinion of Sir Nicolas Bratza, joined by Mr Maruste, is annexed to this judgment.

DISSENTING OPINION OF JUDGE SIR NICOLAS BRATZA JOINED BY JUDGE MARUSTE

We are unable to share the view of the majority of the Chamber that the applicant's rights under Article 10 of the Convention were not violated in the present case. In our view, the prosecution of the applicant and the imposition on him of a suspended sentence of imprisonment for insulting a public prosecutor, P., was neither a response to a pressing social need nor proportionate to any legitimate aim served.

Like the majority of the Chamber, we accept that the impugned statements were of a serious nature, accusing P., as they did, of an abuse of his powers as a prosecutor and going as far as to impute to P. the acceptance of a bribe. We accept, too, the finding of the domestic courts that the accusations had not been proved by the applicant to be true and that they were insulting of P.

However, unlike the majority of the Chamber, we attach central, if not decisive, importance to the fact that the impugned statements which were the subject of the prosecution were not made to the media or otherwise published by the applicant to the outside world but were contained in two letters, the first addressed personally to P. himself and the second, to the General Prosecutor, in his capacity as P.'s ultimate hierarchical superior.

The Court has in several cases observed (see, in particular, *Janowski v. Poland* [GC], no. 25716/94, ECHR 1999-I; *Nikula v. Finland*, no. 31611/96, 21 March 2002) that it may be necessary to protect public servants, including prosecutors, from offensive, abusive and defamatory attacks, which are calculated to affect them in the performance of their duties and to damage public confidence in them and the office they hold. However, these cases have all concerned written or verbal attacks made in public and not, as in the present case, those made in private correspondence to the public servant concerned, where the same considerations do not appear to us to apply. Not only are the limits of acceptable criticism of a public servant wider than in relation to private individuals, but public servants must be prepared to tolerate such criticism, where it is personally addressed to them in private correspondence, even where such criticism is expressed in abusive, strong or intemperate terms and even where it consists of serious and unfounded allegations. Where as here the allegations are contained in a personal letter addressed to the public servant in question, it is only in the most exceptional circumstances that resort to criminal proceedings can be justified in terms of Article 10 of the Convention. We can find no such special circumstances in the present case.

The same is true of the statements contained in the letter to the General Prosecutor. As the hierarchical superior of P., the General Prosecutor was in our view the appropriate authority to receive complaints about the manner in which P. had carried out his public functions and in particular to investigate, as the applicant had requested him to do, whether the offence of bribery had been committed. Private citizens must remain in principle free to make complaints against public officials to their hierarchical superiors without the risk of facing prosecution for defamation or insult, even where such complaints amount to allegations of a criminal offence and even where such allegations prove on examination to be groundless.

It is true that in the present case the contents of the two letters reached the public domain when they were substantially reproduced in an article written by a third person relating details of the applicant's case. It is true, too, that the applicant admitted that he had provided the author of the article with the relevant documents. However, this is in our view of no significance in the particular circumstances of the present case. The charge of insulting P. was lodged against the applicant in June 1994, prior to the publication of the article, and related exclusively to the applicant's letters of 6 December 1993 and 7 March 1994. Moreover, at no stage during the criminal proceedings

against the applicant in the District or Regional Court was any reliance placed on the fact that the allegations had been given wider publicity through the article nor was any reference made to the publication of the allegations in the judgments of either court, the applicant's conviction and the sentence imposed on him being based solely on the two letters which he had written.

In our view, there was in these circumstances an unjustified interference with the applicant's freedom of expression.

Noot

Laurens Dragstra

Mr. L. Dragstra is docent in de leerstoelgroep Staats- en Bestuursrecht van de Universiteit van Amsterdam en medewerker van dit blad.

1. Het moge duidelijk zijn dat het Hof de nodige moeite had met deze zaak. Met 5 tegen 2 stemmen wordt geconstateerd dat er geen schending van artikel 10 EVRM heeft plaatsgevonden, doch de redenering van de meerderheid rammelt op bepaalde punten en al met al is geen overtuigend arrest neergezet. De benadering van de minderheid (onder meer bestaande uit de kamerpresident Sir Nicolas Bratza) lijkt mij een stuk juister en vooral consequenter. Een en ander zal ik hieronder uiteenzetten (zie vooral de punten 4 en 5). Voor de feiten verwijs ik naar de samenvatting in het arrest zelf (zie onder 'The circumstances of the case').

2. Eerst wat algemene opmerkingen. Het Hof maakt in r.o. 57 het verouderde onderscheid tussen feitelijke beweringen en waardeoordelen. Dit onderscheid werd geïntroduceerd in het bekende *Lingens*-arrest (EHRM 8 juli 1986, NJ 1987, 901, r.o. 46). Het komt er op neer dat voor feitelijke beweringen bewijs kan worden gevraagd. Wie beweert dat een kamerlid een strafblad heeft zal dat bij betwisting hard moeten kunnen maken en de rechter mag van degene die de feitelijke beschuldiging uitlet eisen dat hij relevante bewijsstukken op tafel legt. Anders ligt dat bij waardeoordelen. Deze lenen zich uit de aard der zaak niet voor bewijslevering en een rechter die toch een bewijsopdracht geeft, vraagt iets onmogelijks. Dat neemt natuurlijk niet weg dat ook een waardeoordeel te ver kan gaan. Zeer harde waardeoordelen moeten bovendien wel voldoende feitelijke grondslag hebben, want anders lopen ze al snel het gevaar de perken te buiten te gaan (zie bijvoorbeeld EHRM 27 februari 2001, *Mediaforum* 2001-4, nr. 18 (*Jerusalem v. Oostenrijk*) m.nt. Gerard Schuijt). Het moge duidelijk zijn dat de aanduiding van een bewering als 'feitelijk' of als 'waardeoordeel' van groot belang kan zijn bij het beantwoorden van de vraag of artikel 10 EVRM geschonden is. Het Hof toetst dan ook zeer kritisch of de nationale rechters de juiste kwalificatie hebben gegeven en corrigeert hen regelmatig. Een goed voorbeeld hiervan is EHRM 26 februari 2002, *www.echr.coe.int* (*Unabhängige Initiative Informationsvielfalt v. Oostenrijk*). De Unabhängige Initiative Informationsvielfalt had in haar tijdschrift TATblatt de FPÖ (de politieke partij van Jörg Haider) ervan beschuldigd een 'rassistische Hetze' te voeren. Volgens de nationale rechters was het voeren van een 'rassistische Hetze' ingevolge het Oostenrijkse Wetboek van Strafrecht een strafbaar feit. Derhalve moest de Unabhängige bewijzen dat er daadwerkelijk sprake was van dit delict, waar zij volgens de nationale rechters niet in was geslaagd. Het Hof in Straatsburg accepteerde deze redenering niet. Volgens het Hof was er sprake van een waardeoordeel, een 'fair comment on a matter of public interest', dat voldoende steun vond in de feiten en waarvoor geen bewijs kon worden geëist. Men ziet hier dus goed het belang van de kwalificatie 'waardeoordeel'. Tevens wordt hier duidelijk hoe kritisch het Hof een kwalificatie van een nationale rechter beoordeelt.

3. In de onderhavige zaak stelt het Hof in r.o. 57 vast dat sommige van de opmerkingen in de brieven van Lesník kunnen worden beschouwd als waardeoordelen. Het Hof noemt hier de opmerkingen over de professionele en persoonlijke kwaliteiten van meneer P. Aan deze waardeoordelen kent het Hof verder geen belang toe, omdat het zich volledig richt op de andere onderdelen van de brief, welke als feitelijke beweringen beschouwd worden. Het is jammer dat het Hof verder geen aandacht schenkt aan de waardeoordelen van Lesník. Uit r.o. 32 van het originele arrest blijkt dat de Slowaakse rechter hier nogal zwaar aan tilde: 'The Regional Court (...) considered defamatory and grossly offensive the applicant's statements that the public prosecutor (...) possibly considered himself to be an almighty lord of the Tatra mountains and the Váh river who was "beyond anyone's reach".' Vooral de laatste opmerking is intrigerend. Zo op het eerste gezicht doet de opmerking tamelijk onschuldig aan. Waarom dan zo'n ophef? Men zou kunnen denken dat die Tatra-bergen door jarenlange mijnbouw zijn veranderd in een maanlandschap.

Evenzeer zou het vermoeden kunnen rijzen dat de Váh-rivier een smerig stroompje is waarin tonnen landbouwgif en andere chemische rotzooi zijn gedumpt. Enig bronnenonderzoek leert ons echter dat niets minder waar is. De Váh is de langste rivier van Slowakije (433 km) en het Tatragebergte is een uitgestrekte bergketen. Vermoedelijk is de zinsnede 'almighty lord of the Tatra mountains and the Váh river' een verwijzing naar een zekere Matus Cak, die leefde in de dertiende eeuw en bekend stond als de 'Master of Váh and Tatras'. Uit een bron (voor de liefhebber: http://www.slovakradio.sk/rsi/ang/history/txt/2708_matus_cak.html) blijkt dat dit heerschap een soort 'warlord' was, die in elk geval bekend stond om zijn wreedheid, al voegt de bron er enigszins verontschuldigend aan toe dat 'dat te wijten is aan de tijd waarin hij leefde'. Meneer Cak had het verder regelmatig aan de stok met de kerk, getuige het feit dat hij drie maal is geëxcommuniceerd. Hij was op een gegeven ogenblik zo gehaat, dat hij na zijn dood op een geheime plaats begraven is opdat zijn tegenstanders zijn lichaam niet konden onteren. Het is dus heel goed mogelijk dat Lesník naar Slowaakse zeden een bijzonder grievende opmerking heeft geplaatst (al moet toegegeven worden dat de bovengenoemde bron ook weet te melden dat Cak in het verleden wel als een nationale held is geëerd). Uit EHRM 6 februari 2001, *Mediaforum* 2001-4, nr. 17 (*Tammer vs. Estland*) m.nt. Aernout Nieuwenhuis kan worden afgeleid dat het Hof wel enige betekenis toekent aan de connotaties die bepaalde woorden of uitdrukkingen in een bepaalde cultuur hebben.

Het ging in de *Tammer*-zaak om woorden die in de *Estland* samenleving een sterk negatief en afkeurend waardeoordeel inhielden. Wellicht dat verwijzingen naar de Tatra-bergen en de Váh-rivier (en naar Matus Cak) in de Slowaakse cultuur de ultieme belediging opleveren. We zullen het echter nooit met zekerheid weten, want het Hof schenkt er zoals gezegd geen aandacht aan.

4. Wel gaat het Hof dus in op de diverse 'statements of fact' van Lesník, te weten diens beschuldigingen aan het adres van P. aangaande onrechtmatig handelen en machtsmisbruik (o.a. door Lesníks strafklacht te torpederen en diens telefoon te laten aftappen). Dat zijn feitelijke beweringen en de nationale rechters hebben terecht van Lesník geëist dat hij zijn aantijgingen met feiten staaft, zeker nu het buitengewoon ernstige aantijgingen waren. Lesník is er echter niet in geslaagd dit bewijs op tafel te krijgen. Dat is natuurlijk niet fraai, maar waarom zou het een strafbaar feit moeten opleveren? Het Hof legt dat uit in r.o. 53 en 54: wil een ambtenaar zoals een openbaar aanklager zijn werk goed kunnen doen, dan is het noodzakelijk dat hij 'public confidence', dus het vertrouwen van het publiek geniet.¹ Het Hof heeft groot gelijk. Ernstige beschuldigingen van corruptie en machtsmisbruik die het publiek ter ore komen, kunnen het vertrouwen in het functioneren van individuele aanklagers in hoge mate schaden. Het kan dan inderdaad de aangewezen weg zijn om dergelijke beschuldigingen via het strafrecht te bestrijden. Maar dan is natuurlijk wel vereist dat het publiek kennis neemt van deze beschuldigingen. Als dat namelijk niet het geval is, dan gaat de theorie van het Hof niet op. Men kan immers moeilijk volhouden dat twee brieven die enkel bij de geadresseerden (in casu dus P. en de General Prosecutor) onder ogen zijn gekomen ertoe leiden dat het vertrouwen van het publiek in het functioneren van P. afneemt. Het publiek heeft dan immers geen idee van de beschuldigingen en zal er dus ook niet door beïnvloed worden. Natuurlijk zal het vertrouwen van de *General Prosecutor* in P. door de brief van 7 maart 1994 een knauw hebben gekregen, doch dat is waarschijnlijk met alle klachtenbrieven het geval. De twee 'dissenters' wijzen er bovendien terecht op dat de General Prosecutor als superieur van P. de juiste autoriteit was om een klacht over diens functioneren neer te leggen en om een onderzoek te vragen naar mogelijke omkoping. Zij stellen denk ik terecht dat het burgers in principe vrij moet staan om klachten over ambtenaren in te dienen bij hun superieuren, zonder dat ze hoeven te vrezen voor strafvervolgving, zelfs wanneer dergelijke klachten neerkomen op beschuldigingen van strafbare handelingen en zelfs wanneer die beschuldigingen na onderzoek (dat is tenslotte waar de klacht op uit is) onjuist blijken te zijn.

5. Dan komen we aan bij rechtsoverweging 61 van het arrest. Deze lijkt mij ronduit onjuist. Zoals gezegd heeft het Hof betoogd dat het noodzakelijk is dat openbare aanklagers 'public confidence' genieten. Dit publieke vertrouwen kan in het gedrang komen wanneer

bepaalde (onjuiste) beschuldigingen het publieke domein bereiken. Was dat in casu gebeurd? Hierop moet een genuanceerd antwoord gegeven worden. Uit de rechtsoverwegingen 21 en 22 (van het originele arrest) blijkt dat de inhoud van de twee brieven van Lesník pas ná het begin van de strafzaak via de krant *Necenzurované noviny* het publieke domein bereikte. Het artikel in de *Necenzurované noviny* verscheen in september 1994, terwijl Lesník reeds op 2 juni 1994 was aangeklaagd wegens het beledigen van een ambtenaar in zijn brieven van 6 december 1993 en 7 maart 1994. Noch het krantenartikel, noch het feit dat Lesník de relevante informatie had doorgespeeld aan de krant speelde een rol in de nationale procedures. De veroordeling van Lesník was geheel gebaseerd op de twee brieven die hij had geschreven (zie ook de dissenting opinion). Dat is ook niet zo vreemd wanneer men artikel 156 (3) van het Slowaakse Wetboek van Strafrecht bekijkt. Dit artikel eist slechts dat er sprake is van buitengewoon beledigende of lasterlijke opmerkingen en stelt niet de eis dat derden van deze opmerkingen kennis hebben kunnen nemen.² In de ogen van de nationale rechters is het voor een strafrechtelijke veroordeling dus voldoende dat twee personen (P. zelf en de General Prosecutor) van de beschuldigingen kennis hebben genomen. Men zou verwachten dat het Hof deze redenering resoluut afstraft. Immers, als de twee brieven (juridisch gezien) slechts door de twee geadresseerden zijn gelezen, dan kunnen ze onmogelijk afbreuk hebben gedaan aan de 'public confidence' in P., waaraan het Hof in r.o. 53 en 54 zo'n grote waarde hecht. De door de Slowaakse rechters aangevoerde feiten kunnen dus, volgens de 'public confidence' theorie van het Hof, onmogelijk een veroordeling rechtvaardigen. Het Hof neemt het de nationale rechters echter niet kwalijk dat zij geen aandacht hebben geschonken aan het krantenartikel. De publicatie van de brieven moet er volgens het Hof immers toe hebben geleid dat de schade veroorzaakt door Lesníks beschuldigingen tot op zekere hoogte nog is verergerd. De relevante delen van de brieven zijn immers gepubliceerd in een krant en dat bracht de mogelijkheid van een publiek debat met zich mee. Deze redenering van het Hof, waarbij het als het ware ambtshalve de feiten aanvult, is buitengewoon merkwaaardig. Men zou mogen verwachten dat het Hof gewoon vast zou stellen dat de door de nationale rechters aangevoerde feiten weliswaar 'relevant' maar niet 'sufficient' waren: dan hadden ze maar zo slim moeten zijn om het krantenartikel in hun overwegingen te betrekken. Nu hebben ze te weinig feiten aangevoerd die een veroordeling kunnen rechtvaardigen. Eigen schuld, schending van artikel 10 EVRM! Het is immers de taak van het Hof om kritisch te bezien of de nationale autoriteiten de bepalingen van het EVRM wel in acht hebben genomen, niet om missers van deze autoriteiten ongegeneerd onder het vloerkleed te vegen. Bovendien heeft het Hof herhaaldelijk betoogd dat het niet zijn taak is om de plaats van de nationale autoriteiten in te nemen. Het Hof moet in het licht van artikel 10 EVRM de beslissingen die deze autoriteiten, geleid op hun margin of appreciation, hebben genomen toetsen. Daarbij moet onder andere de zaak als geheel worden gezien en moet worden bekeken of de aangevoerde argumenten 'relevant and sufficient' zijn. De nationale autoriteiten moeten hun beslissingen gebaseerd hebben op een 'acceptable assessment of the relevant facts'.³ Het lijkt mij dat onder deze doctrine geen plaats is voor het ambtshalve aanvullen van de feiten en voor het 'doen wat de nationale rechter had moeten doen'. De conclusie voor dit arrest is dan ook simpel: het Hof had geen acht mogen slaan op het artikel in de *Necenzurované noviny*, nu de nationale rechters dat ook niet hadden gedaan. Dat deze rechters dat niet hadden gedaan, is geleid op de 'public confidence' theorie ontbrekend. Een en ander leidt ertoe dat de aangevoerde redenen niet meer 'sufficient' zijn en dat de waardering van de relevante feiten door de Slowaakse rechters niet 'acceptable' is. En in dat geval had het Hof moeten concluderen dat artikel 10 EVRM geschonden was.

6. Al met al geen arrest om trots op te zijn, vooral niet omdat de redenering van het Hof op punten niet logisch is. Het Hof lijkt te struikelen over door hem zelf ontwikkelde theorieën. Wellicht kan Lesník nog proberen de zaak aan de Grote Kamer voor te leggen op grond van artikel 43 EVRM. De kwestie of en zo ja, in hoeverre het Hof feiten mag aanvullen levert misschien een ernstige vraag op betreffende de interpretatie en toepassing van het verdrag. Bij de Grote Kamer hangt overigens nog een andere zaak betreffende belediging van een openbaar aanklager: de zaak *Perna vs. Italië* (zie voor een korte samenvatting *Mediaforum* 2001-9, p. 263).

1 Zie eerder EHRM 21 maart 2002, *Mediaforum* 2002-6, p. 206 e.v., *Nikula vs. Finland*, r.o. 48.

2 Vergelijk in dit verband het Nederlandse recht: de artikelen 261-262 Sr stellen voor smaad/laster de eis dat er sprake is van 'het kennelijke doel om daaraan rechtbaarheid te geven'. Is daarvan geen sprake, dan is hooguit een veroorde-

ling wegens eenvoudige belediging mogelijk (artikel 266 Sr).

3 Zie bijv. EHRM 25 november 1997, *www.echr.coe.int*, *Grigoriades vs. Griekenland*, r.o. 44). Zie ook reeds EHRM 26 april 1979, NJ 1980, 146, *Sunday Times*, r.o. 59. Zie tenslotte r.o. 52 van de onderhavige zaak.

Nr. 25 De Staat vs. De Kreek II

Gerechtshof te Amsterdam 20 februari 2003

Arrest in de zaak van:

Jeroen Lieven De Kreek, wonende te Amsterdam, appellant, advocaat: mr. F.F. Blokhuis, procureur: mr. M. Ch. Kaaks,

tegen

De Staat Der Nederlanden, gevestigd te 's-Gravenhage, geïntimeerde, advocaat: mr. H.J.M. Boukema, procureur: mr. I.M.C.A. Reinders Folmer.

1. Het geding in hoger beroep

De partijen worden hierna (ook) De Kreek en De Staat genoemd.

Bij dagvaarding van 23 mei 2002 is De Kreek in hoger beroep gekomen van het vonnis van de rechtbank te Amsterdam van 27 februari 2002, in deze zaak onder rolnummer H 00.2678 geweest tussen De Staat als eiser en De Kreek als gedaagde.

De Kreek heeft zes grieven voorgesteld, bescheiden in het geding gebracht en geconcludeerd dat het hof bij arrest uitvoerbaar bij voorraad het vonnis waarvan beroep zal vernietigen en alsnog de verdelingen van De Staat zal afwijzen, met veroordeling van De Staat in de kosten van het geding in beide instanties.

Daarop heeft De Staat geantwoord en geconcludeerd dat het hof het vonnis waarvan beroep zal bekrachtigen en De Kreek zal veroordelen in de kosten gevallen op het hoger beroep.

Vervolgens hebben partijen de zaak doen bepleiten, De Kreek door zijn procureur en De Staat door mr. H.J.M. Boukema, advocaat te 's-Gravenhage, aan de hand van door ieder van partijen overgelegde pleitnotities. De Kreek heeft bij die gelegenheid de omvang van het hoger beroep nader omschreven.

Ten slotte hebben partijen recht gevraagd op de stukken van beide instanties, waarvan de inhoud als hier ingevoegd wordt beschouwd.

2. Grieven

Voor de grieven verwijst het hof naar de desbetreffende memorie.

3. Omvang hoger beroep

Het hoger beroep richt zich slechts tegen het vonnis voorzover daarbij de vordering van De Staat ten aanzien van prinsjesdag.nl, miljoenennota.nl en troonrede.nl is toegevoegd.

4. Feiten

De rechtbank heeft in het bestreden vonnis onder la tot en met 1c een aantal feiten als in deze zaak vaststaand aangemerkt. Daarmee bestaat tussen partijen geen geschil zodat ook het hof van die feiten zal uitgaan.

5. Beoordeling

5.1 In de zomer van 1999 heeft De Kreek de domeinnamen prinsjesdag.nl, miljoenennota.nl en troonrede.nl bij de Stichting Internet Domeinregistratie Nederland laten registreren. Nadat de president van de rechtbank te Amsterdam bij vonnis in kort geding van 12 oktober 2000 het gebruik van deze domeinnamen aan De Kreek had verboden, heeft De Staat in dit bodemgeding onder meer een verklaring voor recht gevorderd dat de registratie en het gebruik van de domeinnamen onrechtmatig is. Volgens De Staat is sprake van onzorgvuldig gedrag door het zaaien van verwarring bij het publiek, dan wel van misleidende reclame in de zin van artikel 6:194 BW.

5.2 De grieven leggen het geschil voorzover het betreft de domeinnamen prinsjesdag.nl, miljoenennota.nl en troonrede.nl in volle omvang aan het hof voor.

5.3 Aan het standpunt van De Staat dat De Kreek onrechtmatig handelt door het doen registreren en het gebruik van bedoelde termen als

domeinnaam ligt ten grondslag de stelling van De Staat dat hij zich 'sedert mensenheugenis bedient van de aanduidingen prinsjesdag, troonrede en miljoenennota' (memorie van antwoord blz. 4) en dat De Staat onder deze namen bij het publiek bekend staat.

Het hof overweegt als volgt:

5.4 'Prinsjesdag', 'troonrede' en 'miljoenennota' zijn de kernachtige al dan niet in de volksmond gevormde maar in ieder geval informele uitdrukkingen voor respectievelijk:

- de in artikel 65 van de Grondwet bedoelde 'derde dinsdag van september',
- de in dat artikel bedoelde jaarlijks op die dinsdag 'door of namens de Koning in een verenigde vergadering van de Staten-Generaal' te geven 'uiteenzetting van het door de regering te voeren beleid',
- de in artikel 105 GW bedoelde jaarlijks op diezelfde dinsdag in te dienen voorstellen van algemene begrotingswetten.

Deze begrippen hebben mede een beschrijvend karakter.

Het publiek dat deze termen hoort of gebruikt zal weliswaar denken aan (een gebeurtenis of activiteit van belang voor het functioneren van) De Staat. Dit betekent echter niet dat die begrippen daarnaast ook verwijzen naar De Staat zelf, als rechtspersoon of als organisatie, of naar een orgaan van De Staat dat met hem vereenzelvigd zal worden.

Evenmin kan worden volgehouden dat De Staat zich van die uitdrukkingen bedient als aanduiding van De Staat in enigerlei vorm. De Staat heeft daaromtrent ook geen stukken overgelegd, terwijl dat – indien juist – zeker op zijn weg zou hebben gelegen. De Staat heeft wel verwezen naar het voorkomen van 'troonrede' in een circulaire en van 'miljoenennota' in de Comptabiliteitswet, maar dat is in het licht van het gestelde onvoldoende. Bovendien zijn voor 'prinsjesdag' in het geheel geen voorbeelden gegeven. Het voorgaande brengt mee dat de grondslag aan de vordering van De Staat komt te ontvallen.

5.5 Daarnaast overweegt het hof nog het volgende. Anders dan De Staat betoogt, levert het gebruik door De Kreek geen relevant gevaar voor verwarring op. Op zichzelf zal juist zijn dat er internetgebruikers zijn die – op zoek naar een website van de overheid over de troonrede – 'troonrede' of 'troonrede.nl' in hun internetprogramma zullen invoeren (ingang primair op basis van de gezochte bron). Dat geldt ook voor termen als 'kabinetscrisis', 'kabinetsformatie' enz. Gebruikers die op zoek zijn naar informatie van anderen dan de overheid over de troonrede, een kabinetscrisis of de kabinetsformatie zullen echter eveneens die tekst – zij het zonder de toevoeging '.nl' – intikken (ingang primair op basis van de gezochte inhoud). Dit wordt veroorzaakt door de omstandigheid dat het van algemene bekendheid is dat men op internet informatie van zeer gevarieerde herkomst kan aantreffen. Daarbij kunnen zowel de bron als de inhoud van die informatie voor de 'match' met de ingetikte tekst van belang zijn. De ontwerper van een internetsite zal daarmee rekening houden en in bepaalde gevallen de aanduiding van de inhoud gebruiken in de domeinnaam. Ook de gemiddelde gebruiker zal met deze omstandigheid rekening houden en – met name bij het invoeren van informele en beschrijvende begrippen als hier aan de orde – niet bij voorbaat ervan uitgaan dat hij bij de overheid terecht komt, ook al zou hij deze begrippen op zichzelf wel met de overheid associëren.

5.6 Het voorgaande brengt tevens mee dat niet kan worden gezegd dat het gebruik van de betrokken domeinnamen misleidend is zodat ook het beroep op artikel 6:194 BW moet worden verworpen.

5.7 Tenslotte heeft De Staat in hoger beroep nog aangevoerd dat De Kreek het gebruik van de domeinnamen door De Staat 'blokkeert' en dat De Kreek de taak van De Staat de burger informatie te verschaffen belemmert. De Staat heeft – onder verwijzing naar artikel 3:305b BW – mede het belang van het publiek aan zijn vordering ten grondslag gelegd.

5.8 Ook dit een en ander kan De Staat niet baten. Aangenomen moet worden dat De Staat voldoende alternatieven ten dienste staan om belangstellenden die – al dan niet met zoekmachines – op het internet naar informatie over prinsjesdag, troonrede of miljoenennota afkomstig van de overheid zoeken, naar het juiste adres te leiden, of dit nu www.overheid.nl of een ander adres is. De Staat heeft het tegendeel niet voldoende toegelicht, terwijl dit wel op zijn weg zou hebben gelegen.

Dit betekent dat De Staat niet in zijn informatietaak wordt belemmerd, althans niet in zodanige mate, dat anders dan hiervoor zou moeten worden overwogen. Dat de registratie De Staat 'blokkeert' dezelfde domeinnamen te gebruiken is inherent aan de registratie en kan geen zelfstandige grond voor onrechtmatigheid zijn.

6. Slotsom

Het hoger beroep slaagt. Het vonnis dient te worden vernietigd en de vordering dient te worden afgewezen als na te melden. Bij afzonderlijke behandeling van de overige grieven heeft De Kreek geen belang. De Staat dient als de overwegend in het ongelijk gestelde partij te worden verwezen in de kosten in beide instanties.

7. Beslissing

Het hof:

vernietigt het vonnis voorzover in hoger beroep aan de orde en doet opnieuw recht;

wijst de vordering af voorzover deze betrekking heeft op prinsjesdag.nl, miljoenennota.nl en troonrede.nl;

verwijst De Staat in de kosten van het geding in beide instanties, aan de zijde van De Kreek in eerste aanleg begroot op € 571,76 en in hoger beroep tot op heden begroot op € 2.621,81;

verklaart dit arrest uitvoerbaar bij voorraad.

Dit arrest is gewezen door mrs. Ingelse, Rutten-Roos en Hesselink en in het openbaar uitgesproken op 20 februari 2003.

DomJur 2003-170

Nr. 26 Yarosa vs. OPTA

Vzr. Rechtbank Rotterdam 12 februari 2003

Uitspraak naar aanleiding van het verzoek om voorlopige voorziening als bedoeld in artikel 8:81 van de Algemene wet bestuursrecht, tevens uitspraak in de hoofdzaak als bedoeld in artikel 8:86, eerste lid, van de Algemene wet bestuursrecht in verband met het geding tussen

Yarosa BV, gevestigd te Rotterdam, verzoekster, tevens eiseres (hierna: verzoekster), gemachtigde mr. J. van den Brande, advocaat te Rotterdam,

en

de Onafhankelijke Post en Telecommunicatie Autoriteit, verweerder, gemachtigde mr. J.P. Heinrich, advocaat te Den Haag.

1. Ontstaan en loop van de procedure

Bij brief van 17 oktober 2002 heeft verweerder, naast het verslag van de hoorzitting van 18 juni 2002, aan verzoekster het besluit van 16 oktober 2002, in het kader van het geschil G.12.02 tussen verzoekster en KPN Mobile The Netherlands BV (hierna: KPN Mobile) toegezonden. Indien verzoekster van mening is dat voornoemd besluit bedrijfsvertrouwelijke gegevens bevat, kan verzoekster dit uiterlijk 21 oktober 2002, 12:00 uur, schriftelijk aan verweerder kenbaar maken. Daarna zal verweerder het besluit uiterlijk 23 oktober 2002 op de website publiceren.

Bij faxbericht van 18 oktober en 24 oktober 2002 is namens verzoekster aan verweerder medegedeeld dat het besluit van 16 oktober 2002 bedrijfsvertrouwelijke gegevens bevat en dat openbaarmaking van het besluit vooralsnog achterwege zal moeten blijven.

Bij brief van 6 november 2002 heeft verweerder verzoekster ervan op de hoogte gesteld dat op grond van de reacties van verzoekster en KPN Mobile is besloten tot schoning van een aantal passages in het besluit van 16 oktober 2002. Ingevolge artikel 25 van de Procedureregeling geschillen OPTA zal verweerder 7 dagen na dagtekening van voornoemd schrijven, derhalve op 14 november 2002, overgaan tot publicatie van het besluit van 17 (kennelijk is bedoeld: 16) oktober 2002.

Namens verzoekster en KPN Mobile is hierop gereageerd bij meerdere faxberichten. Van een aantal concrete passages in het besluit van 16 oktober 2002 is aangegeven dat deze bedrijfsvertrouwelijke informatie bevatten.

Bij brief van 12 november 2002 heeft verweerder geoordeeld dat bedoelde passages in het besluit van 16 oktober 2002 niet van bedrijfsvertrouwelijke aard zijn als bedoeld in artikel 10, eerste lid, onder c, van de Wet openbaarheid van bestuur (hierna: WOB). Andermaal is aangegeven dat verweerder op donderdag 14 november 2002 zal overgaan tot publicatie van de openbare versie van het besluit, zoals deze op 6 november 2002 aan partijen is verzonden.

Tegen de brieven van 6 en 12 november 2002 is namens verzoekster bij schrijven van 13 november 2002 bezwaar gemaakt.

Bij besluit van 3 december 2002 heeft verweerder het bezwaar niet-ontvankelijk verklaard.

Tegen dit besluit (hierna: het bestreden besluit) is namens verzoekster bij brief van 4 december 2002 beroep ingesteld.

Voorts is namens verzoekster bij brief van 4 december 2002 verzocht terzake een voorlopige voorziening te treffen, inhoudende schorsing van het bestreden besluit.

Het onderzoek ter zitting heeft plaatsgevonden op 23 januari 2003. Verzoekster heeft zich laten vertegenwoordigen door haar gemachtigde, bijgestaan door J.M.S. van Ottele. Verweerder heeft zich laten vertegenwoordigen door zijn gemachtigde, bijgestaan door mr. E.W. Kroese.

2.1 Wettelijk kader

Ingevolge artikel 1:3, eerste lid, van de Algemene wet bestuursrecht (hierna: Awb) wordt onder besluit verstaan: een schriftelijke beslissing van een bestuursorgaan, inhoudende een publiekrechtelijke rechtshandeling.

Op grond van het bepaalde in artikel 3:41, eerste lid, van de Awb geschiedt bekendmaking van besluiten die tot een of meer belanghebbenden zijn gericht door toezending of uitreiking aan hen, onder wie begrepen de aanvrager.

Artikel 7, eerste lid, van de Procedureregeling geschillen OPTA (hierna: de Regeling) bepaalt dat het aanhangig maken van een geschilprocedure geschiedt door het indienen van een aanvraag.

Ingevolge artikel 25, eerste lid, van de Regeling maakt het college zijn beslissing op de aanvraag bekend door toezending aan in ieder geval partijen. Blijkens het bepaalde in het tweede lid worden partijen door het college in de gelegenheid gesteld binnen een door het college te bepalen termijn mee te delen in hoeverre de beslissing op de aanvraag naar hun oordeel als vertrouwelijk moet worden aangemerkt. Uit het bepaalde in het derde lid volgt dat artikel 6 van deze regeling van overeenkomstige toepassing is op de publicatie van de openbare versie van de beslissing op de aanvraag.

Artikel 6 van de Regeling luidt als volgt:

1. *De beoordeling of informatie vertrouwelijk is, geschiedt op basis van de gronden zoals genoemd in artikel 10 van de Wet openbaarheid van bestuur.*
2. *Informatie die bij de verstrekking als vertrouwelijk is aangemerkt en die het college ook op basis van een van de gronden van artikel 10 van de Wet openbaarheid van bestuur vertrouwelijk acht, wordt niet aan de wederpartij verstrekt.*
3. *Indien het college van oordeel is dat bepaalde informatie ten onrechte als vertrouwelijk is aangemerkt, deelt hij de partij die de vertrouwelijkheid heeft ingeroepen dat mede. Het college gaat niet eerder tot verstrekking van de informatie aan de wederpartij over dan een week na verzending van voornoemde mededeling of zoveel eerder als de partij die de vertrouwelijkheid heeft ingeroepen met de verstrekking instemt.*

Op grond van het bepaalde in artikel 2 van de WOB verstrekt een bestuursorgaan bij de uitvoering van zijn taak, onverminderd het elders bij de wet bepaalde, informatie overeenkomstig deze wet.

Blijkens het bepaalde in artikel 3, eerste lid, van de WOB kan een ieder een verzoek om informatie neergelegd in documenten over een bestuurlijke aangelegenheid richten tot een bestuursorgaan of een onder verantwoordelijkheid van een bestuursorgaan werkzame instelling, dienst of bedrijf.

Artikel 10 van de WOB luidt als volgt:

1. *Het verstrekken van informatie ingevolge deze wet blijft achterwege voor zover dit:*
 - a. *de eenheid van de Kroon in gevaar zou kunnen brengen;*
 - b. *de veiligheid van de Staat zou kunnen schaden;*
 - c. *bedrijfs- en fabricagegegevens betreft, die door natuurlijke personen of rechtspersonen vertrouwelijk aan de overheid zijn meegedeeld;*
 - d. *persoonsgegevens betreft als bedoeld in paragraaf 2 van hoofdstuk 2 van de Wet bescherming persoonsgegevens, tenzij de verstrekking kennelijk geen inbreuk op de persoonlijke levenssfeer maakt.*
2. *Het verstrekken van informatie ingevolge deze wet blijft eveneens achterwege voor zover het belang daarvan niet opweegt tegen de volgende belangen:*
 - a. *de betrekkingen van Nederland met andere staten en met internationale organisaties;*
 - b. *de economische of financiële belangen van de Staat, de andere publiekrechtelijke lichamen of de in artikel 1a, eerste lid, onder c en d, en het tweede lid, bedoelde bestuursorganen;*
 - c. *de opsporing en vervolging van strafbare feiten;*
 - d. *inspectie, controle en toezicht door bestuursorganen;*
 - e. *de eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer;*
 - f. *het belang, dat de geadresseerde erbij heeft als eerste kennis te kunnen nemen van de informatie;*
 - g. *het voorkomen van onevenredige bevoordeling of benadeling van bij de aangelegenheid betrokken natuurlijke personen of rechtspersonen dan wel van derden.*
3. *Het tweede lid, aanhef en onder b, is van toepassing op het verstrekken van milieu-informatie voor zover deze handelingen betreft met een vertrouwelijk karakter.*
4. *Het tweede lid, aanhef en onder g, is niet van toepassing op het verstrekken van milieu-informatie. Het verstrekken van deze informatie ingevolge deze wet kan achterwege blijven voor zover het gegevens betreft waarvan openbaarmaking aantasting van het milieu waarschijnlijker zou maken.*

2.2 Overwegingen

Op grond van artikel 8:81, eerste lid, van de Awb kan, indien tegen een besluit bij de rechtbank beroep is ingesteld dan wel, voorafgaand aan een mogelijk beroep bij de rechtbank, bezwaar is gemaakt of administratief beroep is ingesteld, de voorzieningenrechter van de rechtbank die bevoegd is of kan worden in de hoofdzaak, op verzoek een voorlopige voorziening treffen indien onverwijlde spoed, gelet op de betrokken belangen, dat vereist.

In artikel 8:86, eerste lid, van de Awb is bepaald dat, indien het verzoek om voorlopige voorziening wordt gedaan indien beroep bij de rechtbank is ingesteld en de voorzieningenrechter van oordeel is dat na de zitting, bedoeld in artikel 8:83, eerste lid, van de Awb, nader onderzoek redelijkerwijs niet kan bijdragen aan de beoordeling van de zaak, hij onmiddellijk uitspraak kan doen in de hoofdzaak.

De voorzieningenrechter is van oordeel dat in dit geval de feiten en omstandigheden geen nader onderzoek vergen, zodat geen beletsel bestaat voor toepassing van artikel 8:86, eerste lid, van de Awb.

Verweerder heeft in het bestreden besluit aangegeven dat de brieven van 6 en 12 november 2002, waarin verweerder de openbaarmaking van het besluit van 16 oktober 2002 aankondigt niet gericht zijn op extern rechtsgevolg, maar dienen te gelden als een feitelijke handeling. Deze brieven kwalificeren naar het oordeel van verweerder niet als besluiten in de zin van artikel 1:3, eerste lid, van de Awb.

De voorzieningenrechter overweegt dienaangaande als volgt.

Volgens vaste jurisprudentie van de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State behelst een beslissing van een bestuursorgaan op een bezwaarschrift als bedoeld in de Awb, als zodanig een publiekrechtelijke rechtshandeling en is dit zonder meer aan te merken als een besluit in de zin van artikel 1:3 van de Awb. Of, zoals in onderhavig geval, het bezwaarschrift zelf ontvankelijk is, is voor de ontvankelijkheid van het beroep tegen de beslissing op dat bezwaarschrift daarom niet van belang.

Het bestreden besluit en het daaraan ten grondslag liggende bezwaarschrift zijn terug te voeren op de hiervoor reeds genoemde Procedureregeling Geschillen OPTA. Verweerder zelve kwalificeert de Regeling in artikel 26 als een beleidsregel. De voorzieningenrechter kan verweerder hierin volgen, in die zin dat hij constateert dat de Regeling in overwegende mate het karakter van een werkinstructie heeft: in bedoelde voorschriften is onder meer neergelegd op welke wijze verweerder in de praktijk omgaat met bepalingen van de Awb en de Telecommunicatiewet (hierna: Tw).

Naar het oordeel van de voorzieningenrechter kan niet worden gezegd dat de grondslag van het bestreden besluit is te herleiden tot de Tw. Dit betekent dat hij zijn bevoegdheid in dezen niet kan ontleenen aan artikel 17:1 van de Tw, waarin een exclusieve bevoegdheid voor de rechtbank Rotterdam is neergelegd.

De voorzieningenrechter is van oordeel dat, nu geen sprake is van een exclusieve bevoegdheid, ten aanzien van de relatieve competentie aansluiting dient te worden gezocht bij artikel 8:7, tweede lid, van de Awb. Aangezien verzoekster haar statutaire zetel in Rotterdam heeft, acht de voorzieningenrechter zich dientengevolge bevoegd kennis te nemen van onderhavig geschil.

Vervolgens dient de vraag te worden beantwoord of verweerder bij het nemen van het besluit op bezwaar tot een juist oordeel over de ontvankelijkheid van het bezwaar gericht tegen de brieven van 6 en 12 november 2002 is gekomen. Verweerder is namelijk van oordeel dat beide brieven niet gericht zijn op extern rechtsgevolg, maar dienen te gelden als een feitelijke handeling. Beide brieven zijn dan ook naar het oordeel van verweerder niet te kwalificeren als besluiten in de zin van artikel 1:3, eerste lid, van de Awb.

In dit verband wordt allereerst vastgesteld dat de brief van 12 november 2002, kort gezegd, neerkomt op een herhaling van het door verweerder reeds in de brief van 6 november 2002 ingenomen standpunt. Zo al moet worden aangenomen dat de brief van 6 november 2002 een besluit is, roept de brief van 12 november 2002 in ieder geval geen nieuw, zelfstandig rechtsgevolg in het leven. Laatstgenoemde brief is daarom door verweerder terecht niet aangemerkt als een besluit in de zin van de Awb.

Ten aanzien van de brief van 6 november 2002 overweegt de voorzie-

ningenrechter dat de daarin aangekondigde publicatie van de openbare versie van het besluit van 16 oktober 2002 op verweerders website, evenmin een besluit betreft. Hetgeen ter zake in deze brief is verwoord is slechts informatief van aard en kondigt de feitelijke handeling van de publicatie aan.

De voorzieningenrechter merkt hierbij nog op dat (de aankondiging van) publicatie op verweerders website niet kan worden gekwalificeerd als een bekendmaking in de zin van artikel 3:41 van de Awb. Gegeven de aard van het hier aan de orde zijnde geschil kon worden volstaan met toezending van het besluit aan verzoekster en KPN Mobile.

Gelet op het vorenstaande is de voorzieningenrechter met verweerder van oordeel dat de brief van 6 november 2002 in zoverre geen besluit is in de zin van artikel 1:3, eerste lid, van de Awb. In zoverre heeft verweerder het bezwaar van verzoekster derhalve terecht niet-ontvankelijk verklaard.

Voor zover de brief van 6 november 2002 ziet op het oordeel van verweerder dat bepaalde passages in het besluit van 16 oktober 2002 wel en andere niet van bedrijfsvertrouwelijke aard zijn, als bedoeld in artikel 10, eerste lid, onder c, van de WOB, is de voorzieningenrechter van oordeel dat dit gedeelte van de brief als een besluit in de zin van artikel 1:3, eerste lid, van de Awb moet worden gekwalificeerd. De voorzieningenrechter overweegt daartoe als volgt.

Ingevolge artikel 25, eerste lid, van de Regeling maakt het college zijn beslissing op de aanvraag bekend door toezending aan in ieder geval partijen. Ingevolge het tweede lid worden partijen door het college in de gelegenheid gesteld binnen een door het college te bepalen termijn mee te delen in hoeverre de beslissing op de aanvraag naar hun oordeel als vertrouwelijk moet worden aangemerkt. Uit het derde lid volgt dat artikel 6 van de Regeling van overeenkomstige toepassing is op de publicatie van de openbare versie van de beslissing op de aanvraag.

Ingevolge artikel 6, eerste lid, van de Regeling geschiedt de beoordeling of informatie vertrouwelijk is op basis van de gronden zoals genoemd in artikel 10 van de Wet openbaarheid van bestuur.

Het onderhavige geschil vindt zijn oorsprong in het voornemen van verweerder zijn besluit van 16 oktober 2002 openbaar te maken, in die zin dat het op de website van verweerder zal worden gepubliceerd. Verzoekster stelt zich op het standpunt dat voornoemd besluit bedrijfsvertrouwelijke informatie bevat, om welke reden openbaarmaking vooralsnog achterwege dient te blijven. Verweerder heeft een daartoe strekkend verzoek afgewezen. Daarbij is artikel 10 van de WOB als toetsingskader gehanteerd.

Door aldus te handelen anticipeert verweerder in feite op een mogelijk toekomstig verzoek om informatie als bedoeld in artikel 3 van de WOB. Verweerders beslissing om geen uitzonderingsgrond in de zin van artikel 10 van de WOB aan te nemen en derhalve wel tot informatieverstrekking over te gaan, dient te worden aangemerkt als een besluit op grond van de WOB genomen. Het behoeft, in het licht van de jurisprudentie van de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State, geen betoog dat een dergelijk besluit moet worden gekwalificeerd als een besluit in de zin van artikel 1:3, eerste lid, van de Awb.

Verweerder heeft het bezwaar van verzoekster, voor zover gericht tegen het in de brief van 6 november 2002 vervatte besluit op grond van de WOB, derhalve ten onrechte niet-ontvankelijk verklaard. In zoverre is het bestreden besluit in strijd met de wet genomen en dient het onderhavige beroep gegrond te worden verklaard.

Er is voorts aanleiding te bepalen dat het verweerder verboden wordt om tot informatieverstrekking omtrent het geschil G.12.02 over te gaan, tot zes weken na bekendmaking van het nieuw te nemen besluit op bezwaar.

De voorzieningenrechter ziet aanleiding met toepassing van artikel 8:82, vierde lid, van de Awb te bepalen dat naast het griffierecht in de hoofdzaak ook het griffierecht in de voorlopige voorzieningenprocedure wordt vergoed.

De voorzieningenrechter ziet tenslotte grond verweerder te veroordelen in de kosten die verzoekster in verband met de behandeling van het verzoek en het beroep tot aan deze uitspraak redelijkerwijs heeft moeten maken. De voorzieningenrechter bepaalt de proceskosten op €966,- aan kosten van door een derde beroepsmatig verleende

rechtsbijstand. Van overige kosten waarop een veroordeling in de proceskosten betrekking kan hebben, is de voorzieningenrechter niet gebleken.

Gelet op het voorgaande wordt als volgt beslist.

3. Beslissing

De voorzieningenrechter,

recht doende:

verklaart het beroep gegrond,

vernietigt het bestreden besluit, voor zover daarbij het bezwaar gericht tegen het in de brief van 6 november 2002 vervatte besluit op grond van de WOB niet-ontvankelijk is verklaard,

bepaalt dat verweerder binnen zes weken na verzending van het afschrift van deze uitspraak in zoverre een nieuw besluit op het bezwaar neemt met inachtneming van deze uitspraak,

wijst het verzoek om voorlopige voorziening toe, in dier voege dat het verweerder verboden wordt om tot informatieverstrekking omtrent het geschil G.12.02 over te gaan, tot zes weken na bekendmaking van het nieuw te nemen besluit op bezwaar,

bepaalt dat verweerder aan verzoekster het door haar betaalde griffierecht van €436,- vergoedt,

veroordeelt verweerder in de proceskosten tot een bedrag van €966,-.

Deze uitspraak is gedaan door mr. H. C. Naves.

(...)

Een belanghebbende – onder wie in elk geval verzoekster wordt begrepen – en verweerder kunnen tegen deze uitspraak, voorzover betrekking hebbende op de hoofdzaak, hoger beroep instellen bij de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State, Postbus 20019, 2500 EA 's-Gravenhage. De termijn voor het indienen van het beroepschrift bedraagt zes weken en vangt aan met ingang van de dag na die waarop het afschrift van deze uitspraak is verzonden.

Noot

Wouter Hins

Mr. A.W. Hins is werkzaam bij de leerstoelgroep staats- en bestuursrecht van de Universiteit van Amsterdam, is gelieerd aan het Instituut voor Informatierecht aldaar en is redacteur van dit blad.

1. OPTA, de onafhankelijke toezichthouder op het gebied van post en telecommunicatie, heeft de goede gewoonte veel van haar besluiten te publiceren op een website (www.opta.nl). Dat is prettig voor de beoefenaren van het telecommunicatierecht, die op deze manier het beleid van OPTA op de voet kunnen volgen. Het is ook goed voor de handhaving van het gelijkheidsbeginsel. Voor telecom-bedrijf X is het immers van groot belang te weten hoe zijn concurrenten Y en Z in een vergelijkbare situatie door OPTA werden behandeld. Publicatie van besluiten is echter niet altijd plezierig voor de onderneming op wie het besluit betrekking heeft. Het kan voorkomen dat het besluit melding maakt van allerlei bedrijfs- en fabricagegegevens die vertrouwelijk aan OPTA zijn medegedeeld (vgl. art. 10, eerste lid sub c, van de Wob). Ook op andere manieren kan door publicatie onevenredig nadeel worden toegebracht (vgl. art. 10, tweede lid, onder g, van de Wob). Er is daarom regelmatig verschil van mening tussen de OPTA en belanghebbenden over de vraag welke delen van een besluit vertrouwelijk dienen te blijven. Bij de NMa is dit probleem eveneens bekend.

2. Bovenstaande uitspraak van 12 februari 2003 gaat over een dergelijke kwestie. OPTA heeft eind vorig jaar op grond van art. 6:3 Telecommunicatiewet een besluit genomen tot beslechting van een geschil tussen Yarosa en KPN Mobile. OPTA wil dit besluit grotendeels openbaarmaken, terwijl Yarosa meent dat openbaarmaking achterwege dient te blijven. Volgens een doorgaans welingelichte bron stelt Yarosa zich op het standpunt dat zij een originele vorm van 'bijzondere toegang' heeft bedacht, waardoor zij als eerste in staat zal zijn bepaalde

diensten op de markt aan te bieden.¹ Door publicatie van het besluit kunnen concurrenten op de hoogte raken van het ondernemingsplan en dreigt de voorsprong van Yarosa verloren te gaan. Twee hoofdvragen kunnen in de uitspraak van de voorzieningenrechter worden onderscheiden. Bevat de brief van 6 november 2002, waarin OPTA het voornemen tot publicatie aankondigde, een publiekrechtelijke rechtshandeling? Met andere woorden: is het een besluit in de zin van artikel 1:3 Awb, waartegen bezwaar en beroep open staat? De tweede hoofdvraag is of de beslissing tot openbaarmaking gebaseerd is op de Telecommunicatiewet of op de Wob. Dat is enerzijds van belang voor de bevoegdheid van de rechter – is de hoogste rechter het CBB dan wel de ABRvS? – en anderzijds voor de kring van personen die te zijner tijd wellicht kennis mogen nemen van het besluit.

3. In haar beslissing van 3 december 2002 tot niet-ontvankelijkverklaring van het bezwaarschrift oordeelde OPTA dat de brief van 6 november 2002 geen besluit was. De voorzieningenrechter denkt daar anders over. Weliswaar is de aankondiging van de publicatie op zichzelf geen besluit, want de publicatie is slechts een feitelijke handeling. Er is echter wel degelijk sprake van een besluit voorzover de brief van 6 november ziet op het oordeel dat sommige passages wel en andere niet van bedrijfsvertrouwelijke aard zijn. OPTA hanteerde bij deze oordeelsvorming art. 10 Wob als toetsingskader. 'Door aldus te handelen anticipeert verweerder in feite op een mogelijk toekomstig verzoek om informatie als bedoeld in artikel 3 van de Wob', zo overweegt de voorzieningenrechter. De beslissing om zo'n verzoek wel of niet in te willigen is naar vaste jurisprudentie een besluit in de zin van art. 1:3 Awb. Het besluit van OPTA tot niet-ontvankelijkverklaring van het bezwaarschrift was daarom onjuist en wordt door de voorzieningenrechter met toepassing van art. 8:86 Awb vernietigd. OPTA moet alsnog inhoudelijk kijken naar de gegrondheid van het bezwaarschrift. Om dit geen academische oefening te laten zijn, krijgt OPTA het bevel om vooralsnog niet tot openbaarmaking over te gaan.

4. De zaak wordt interessant wanneer men deze vergelijkt met een eerdere uitspraak van de Rotterdamse voorzieningenrechter (Vzr. Rb. Rotterdam 24 december 2002, *Snitjer en BAM vs. dg-NMa*, www.rechtspraak.nl, LJN-nr. AF2989). De NMa had onderzoek gedaan naar een eventuele overtreding van het kartelverbod door de bouwondernemingen Snitjer en BAM. Op grond van artikel 60 Mededingingswet moest het desbetreffende rapport van de NMa met alle relevante stukken ter inzage worden gelegd voor belanghebbenden. Omdat art. 60, derde lid, Mw verwijst naar art. 3:11 Awb jo art. 10 Wob, kan een uitzondering worden gemaakt voor vertrouwelijke gegevens. Snitjer en BAM drongen erop aan bijna alle documenten als vertrouwelijk in de zin van art. 10, eerste lid, aanhef en sub c, van de Wob te kwalificeren, maar de NMa wees dit verzoek af bij brief van 6 december 2002. Was dit een beschikking? Nee, zo oordeelde de voorzieningenrechter. De brief van 6 december was slechts informatief en kondigde de feitelijke handeling van publicatie aan. 'Dat verweerder in zijn brief een oordeel geeft omtrent de vertrouwelijkheid van bepaalde gegevens doet daaraan niet af', zo voegde de rechter hieraan toe. Het is vooral deze laatste overweging die de vraag oproept hoe de uitspraken in *Yarosa*, resp. *Snitjer/BAM* met elkaar te rijmen zijn.

5. De *Snitjer*-uitspraak wijst op de ratio van de Mededingingswet, alsmede op de wetsgeschiedenis. Uit het feit dat de wetgever in art. 60, tweede lid, Mw bepaalt dat de stukken 'ter inzage' worden gelegd, resp. in art. 3:11, tweede lid, Awb uitdrukkelijk spreekt over een 'mededeling' dat bepaalde stukken niet ter inzage worden gelegd, volgt reeds – aldus de voorzieningenrechter in *Snitjer* – dat niet beoogd is een besluit te creëren. Dit geldt te meer nu in andere procedures op grond van de Mededingingswet de wetgever wel expliciet heeft voorzien in het geven van een tussentijdse 'beschikking' indien tot publicatie wordt overgegaan. De voorzieningenrechter noemt in dat verband art. 18, derde lid, art. 35, derde lid, en art. 42, derde lid, Mw. Uit de wetsgeschiedenis (PG Mw p. 573) van deze artikelen blijkt dat de wetgever een beschikking van de NMa heeft voorgeschreven met het oogmerk een afzonderlijke rechtsgang naar de administratieve rechter open te stellen. A contrario concludeerde de voorzieningenrechter dat in het onderhavige geval geen besluit in de zin van art. 1:3 Awb voorlag. De zaak *Snitjer/BAM vs. NMa* is na deze uitspraak dan ook afgehandeld door de civiele rechter te 's-Gravenhage (Vzr. Rb. 's-Gravenhage 22 januari 2003, www.rechtspraak.nl, LJN-nr. AF3195).

6. Wat maakt de *Yarosa*-zaak anders? Waarom is het rechtsoordeel van de OPTA over de toepasselijkheid van art. 10, eerste lid, aanhef en sub c, van de Wob daar wel een beschikking? Misschien is de verklaring als volgt. De voorzieningenrechter in *Yarosa* verwijst een aantal malen naar de Procedureregeling Geschillen OPTA (juli 2002), die hij aanmerkt als een beleidsregel. De relevante artikelen daarvan zijn geciteerd in de bovenstaande uitspraak. Belangrijk is vooral art. 6, lid 3, van de Procedureregeling Geschillen OPTA:

'Indien het college van oordeel is dat bepaalde informatie ten onrechte als vertrouwelijk is aangemerkt, deelt hij de partij die de vertrouwelijkheid heeft ingeroepen dat mede. Het college gaat niet eerder tot verstrekking van de informatie aan de wederpartij over dan een week na verzending van voornoemde mededeling of zoveel eerder als de partij die de vertrouwelijkheid heeft ingeroepen met de verstrekking instemt.'

De officiële toelichting bij art. 6, lid 3, motiveert deze wachttijd met het argument dat binnen die periode een bezwaarschrift en eventueel een verzoek om een voorlopige voorziening kunnen worden ingediend. Misschien heeft het bestaan van deze beleidsregel de brief van 6 november 2002 naar de status van publiekrechtelijke rechtshandeling opgetild.² Een andere verklaring lijkt me beter: niet *Yarosa*, maar *Snitjer* was de uitzondering.

7. De tweede hoofdvraag was of de OPTA bij haar beslissing tot openbaarmaking een besluit nam op grond van de Telecommunicatiewet dan wel de Wob. Die vraag is om verschillende redenen van belang. Zou het gaan om een besluit op grond van de Telecommunicatiewet, dan is volgens art. 17:1 Tw. alleen de rechtbank te Rotterdam bevoegd om van het geschil kennis te nemen. Vervolgens staat hoger beroep open bij het College van Beroep voor het bedrijfsleven, aldus de bijlage bij de Wet bestuursrechtspraak bedrijfsorganisatie. Voor een besluit op grond van de Wob gelden daarentegen de normale competentieregels van de Awb: beroep bij de rechtbank van het rechtsgebied waarbinnen de eiser woont, resp. statutair gevestigd is (art. 8:7, lid 2, Awb), en hoger beroep bij de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State (art. 37, lid 1, WRvS). Een besluit tot openbaarmaking dat zijn grondslag vindt in de Wob impliceert bovendien dat een ieder inzage kan krijgen in het desbetreffende document. Belangstellenden hoeven geen specifiek belang aan te tonen (zie ABRvS 25 april 2000, *Damen vs. Minister van Justitie, Mediaforum* 2000-6, nr. 39 m.nt. Wouter Hins). Zou de beslissing gebaseerd zijn op bijvoorbeeld artikel 6.2, derde lid, van de Telecommunicatiewet, dan zouden alleen 'belanghebbenden' aanspraak kunnen maken op de informatie.

8. In bovenstaande uitspraak overweegt de voorzieningenrechter dat de grondslag van het bestreden besluit niet is te herleiden tot de Telecommunicatiewet. Met andere woorden: het besluit van OPTA van 6 november 2002 was rechtstreeks gebaseerd op de Wob. Dat is met name van belang voor de vraag bij welke instantie hoger beroep kan worden ingesteld. Volgens de gebruikelijke mededeling onder de uitspraak is dat de ABRvS. Mijns inziens is die conclusie juist. Noch de beslissing van OPTA waartegen het beroep werd ingesteld, noch artikel 6 van de Procedureregeling verwijst naar enig artikel in de Telecommunicatiewet. Voor een creatieve interpretatie waarin de rechtsgang voor telecommunicatiezaken wordt uitgebreid tot besluiten die nauw met het telecommunicatietoelichting samenhangen, bestaat naar mijn mening geen aanleiding. Uitzonderingen op een hoofdregel van de Awb moeten beperkt worden uitgelegd. Daar komt bij dat de wetgever de bevoegdheid tot interpretatie van de Wob heeft willen concentreren bij de ABRvS. Om die reden zijn besluiten van productschappen en bedrijfschappen op grond van de Wob expliciet onttrokken aan de rechtsmacht van het CBB. Zie art. 18, eerste lid, aanhef en onder a, van de Wet bestuursrechtspraak bedrijfsorganisatie (PG Awb II, p. 576).

9. De situatie ligt anders bij de bekendmaking van overeenkomsten inzake interconnectie, bijzondere toegang en ontbundelde toegang tot het aansluitnetwerk. Hiervoor bevat de Tw een afzonderlijke regeling in de artikelen 6.2, derde lid, 6.9, tweede lid, en 6.10, vijfde lid. OPTA kan een afschrift van de bij haar gedepeende overeenkomsten aan belanghebbenden ter beschikking stellen, met uitzondering van 'naar het oordeel van het college als vertrouwelijk aan te merken bedrijfsgegevens'. Een beslissing om voorbij te gaan aan een verzoek om vertrouwelijkheid is nu wel rechtstreeks gebaseerd op de Telecommunicatiewet. Over de uitleg en toepassing van de drie genoemde artikelen heeft OPTA op 7 oktober 2002 beleidsregels

1 Preadvies A.T. Ottow voor de jaarvergadering 2003 van de VAR 'Het verschil tussen duivenhokken en telecommunicatie. De bestuurs(proces)rechtelijke obstakels bij het toezicht op de telecommunicatiemarkt', Boom Juridische Uitgeverij, Den Haag, paragraaf 4.3.4 (de openbaarheid van het toezicht).

2 In de jurisprudentie over 'zelfstandige schadebesluiten' blijkt het bestaan van een achterliggende beleidsregel ook een relevante factor. Zie o.a. ARRvS 28 januari 1991, Gem.stem 6922.8 (Willemspoortunnel).

Nr. 27 Telediscount vs. OPTA

College van Beroep voor het Bedrijfsleven 's-Gravenhage 12 maart 2003

Uitspraak op het hoger beroep van:

Onafhankelijke Post en Telecommunicatie Autoriteit (OPTA), te Den Haag, appellant,
gemachtigde: mr. R. Snel, advocaat te Den Haag,

tegen de uitspraak van de arrondissementsrechtbank te Rotterdam van 27 december 2001, nr. TELEC 00/1824-SIMO, in het geding tussen Telediscount BV, te Amsterdam en appellant.

Gemachtigde van Telediscount BV: mr. M.T. de Grunt, werkzaam bij Ave Legal Consultancy BV, te Den Haag.

1. De procedure

Op 7 februari 2002 heeft het College van appellant een hoger beroepschrift ontvangen, waarbij hoger beroep wordt ingesteld tegen de uitspraak van de arrondissementsrechtbank te Rotterdam (hierna: de rechtbank) van 27 december 2001, nr. TELEC 00/1824-SIMO.

Bij brief van 8 februari 2002 heeft Vodafone Libertel NV, te Maastricht (hierna: Vodafone), het College ingevolge artikel 8:26 van de Algemene wet bestuursrecht verzocht als partij aan het geding te mogen deelnemen.

Bij beschikking van 26 februari 2002 heeft het College het verzoek van Vodafone afgewezen.

Op 15 maart 2002 heeft Telediscount een memorie ingediend.

Op 26 augustus 2002 heeft appellant nadere stukken ingediend.

Op 18 december 2002 heeft het onderzoek ter zitting plaatsgevonden. Partijen hebben hierbij hun standpunten doen toelichten door hun gemachtigden.

2. De grondslag van het geschil

2.1 Hoofdstuk 16 van de Telecommunicatiewet (hierna: TW) bestaat enkel uit artikel 16.1. Deze bepaling luidt, voorzover hier van belang:

1. *Bij of krachtens algemene maatregel van bestuur worden regels gesteld over de vergoeding van de kosten die is verschuldigd door degene ten behoeve van wie werkzaamheden of diensten zijn verricht ingevolge het bepaalde bij of krachtens deze wet voorzover de vergoeding verband houdt met deze werkzaamheden of diensten.*
2. *Bij het vaststellen van de vergoeding kunnen mede worden betrokken kosten, verband houdend met het toezicht op de naleving van het bepaalde bij of krachtens deze wet ten aanzien van de desbetreffende werkzaamheden of diensten.*
3. *Voorzover de regels, bedoeld in het eerste lid, betrekking hebben op de vaststelling van de hoogte van de vergoeding van de kosten van door het college te verrichten werkzaamheden of diensten, betreft Onze Minister het college bij die vaststelling. De betreffende vergoeding wordt opgelegd door het college en voldaan aan het college.*
(...).

Artikel 20.4 TW luidt, voorzover hier van belang:

1. *Regels vastgesteld krachtens de hoofdstukken IV, V en VII van de Wet op de telecommunicatievoorzieningen, alsmede het bepaalde bij of krachtens het Besluit radio-elektrische inrichtingen, worden gelijkgesteld met regels vastgesteld krachtens de hoofdstukken 3, 10 en 16.*

De Memorie van Toelichting op het voorstel van wet dat leidde tot de Telecommunicatiewet luidt, voorzover hier van belang:

Artikel 16.1

(...) *Het voorgestelde artikel 16.1 biedt (...) een algemeen kader om bij of krachtens algemene maatregel van bestuur regels te stellen over de vergoeding die is verschuldigd door degene ten behoeve van wie werkzaamheden of diensten zijn verricht. In lijn met de jurisprudentie op dit punt is in het eerste lid nog eens nadrukkelijk bepaald dat deze vergoeding verband dient te houden met de desbetreffende werkzaamheden of diensten.*

Voor de uitvoering van het onderhavige wetsvoorstel is doorberekening van toelatings- en handhavingskosten – net zoals bij de huidige wetgeving – van aanmerkelijk belang. Een belangrijk argument hiervoor is dat mag worden verwacht dat een burger of bedrijf een zeker belang of voordeel zal hebben bij de door de overheid te verrichten toelatings- of handhavingsactiviteiten. Niet minder belangrijk is het streven naar kostendekking (...).

bekend gemaakt met de enigszins misleidende naam 'Beleidsregels inzake depot en openbaarmaking van overeenkomsten inzake interconnectie, bijzondere toegang en ontbundelde toegang tot het aansluitnetwerk'. Misleidend, want het gaat niet om een algemene 'openbaarmaking', zoals bedoeld in de Wob, maar alleen om een bekendmaking aan belanghebbenden. In de paragrafen 7 en 8 van de beleidsregel worden procedurele en materiële criteria beschreven voor de behandeling van vertrouwelijke bedrijfsgegevens.

10. Deze regels roepen echter weer nieuwe vragen op. Paragraaf 7 van de beleidsregels inzake depot en openbaarmaking behandelt het geval dat OPTA en depotplichtige partijen van mening verschillen over de vraag welke gegevens als vertrouwelijk moeten worden aangemerkt. Nadat partijen de gelegenheid hebben gekregen hun zienswijze naar voren te brengen stelt OPTA een 'openbare' versie van de gedeponeerde stukken vast. Wijkt deze versie af van wat één der partijen wenselijk acht, dan geldt een wachttijd van een week voordat OPTA de openbare versie aan belanghebbenden beschikbaar stelt. Die termijn is gelijk aan de wachttijd in de reeds genoemde Procedureregeling Geschillen OPTA. De bedoeling is, zo stelt paragraaf 7, lid 8, 'partijen in de gelegenheid te stellen zich te wenden tot de civiele rechter'. Is dit in het licht van de Yarosa-uitspraak vol te houden? Door nu reeds een standpunt in te nemen over de vertrouwelijkheid anticipeert OPTA in feite op een mogelijk toekomstig verzoek om informatie als bedoeld in artikel 6.2, derde lid, Tw, zo zou men kunnen redeneren. Bovendien is de materie net als in de Yarosa-uitspraak nader geregeld door middel van een beleidsregel. Niet de civiele rechter zou dan bevoegd zijn, maar de administratieve rechter. Gezien de grondslag van de desbetreffende beleidsregel in de Telecommunicatiewet zijn de bevoegde rechters mijns inziens de rechtbank te Rotterdam, resp. het CBB in hoger beroep.

11. Wat zijn de consequenties van de Yarosa-uitspraak voor de NMa? De NMa heeft ook beleidsregels bekend gemaakt betreffende haar werkwijze, laatstelijk gepubliceerd in de *Staatscourant* van 1 mei 2002, nr. 82, p. 48. Paragraaf 4 heeft betrekking op het doen van meldingen en de indiening van aanvragen en klachten. Het zevende tot en met tiende lid gaan over beslissingen met betrekking tot de openbaarheid van in dat kader ingediende stukken. Het tiende lid luidt als volgt:

'Indien de dg-NMa van oordeel is dat bepaalde informatie, gelet op de criteria genoemd in artikel 10 van de Wet openbaarheid van bestuur, ten onrecht als vertrouwelijk is aangemerkt, stelt hij degene die de vertrouwelijkheid heeft ingeroepen daarvan op de hoogte, alvorens tot openbaarmaking wordt overgegaan.'

In de zaak *Snitjer/BAM vs. NMa* was deze beleidsregel niet van toepassing, want daar ging het niet om een melding, aanvraag of klacht, maar om een rapport van de NMa zelf. Geen besluit in de zin van de Awb, zo was de conclusie van de voorzieningenrechter. Alleen de burgerlijke rechter was bevoegd.

Betreft het geschil echter wel de vertrouwelijkheid van een melding, aanvraag of klacht, dan is de gelijkenis met Yarosa groot. Immers, de NMa anticipeert in feite op een mogelijk toekomstig verzoek om informatie krachtens artikel 3 Wob en heeft haar beleid omschreven in een beleidsregel. Consequent is dan een kwalificatie als beschikking op grond van de Wob, die kan worden aangevochten bij de normale administratieve rechter. Hoger beroep bij de ABRvS.

Tenslotte zijn er nog de bijzondere gevallen van de artikelen 18, derde lid, art. 35, derde lid, en art. 42, derde lid, Mededingingswet. De daar bedoelde besluiten zijn door de wetgever expliciet als beschikking aangemerkt en vinden hun grondslag in de Mededingingswet zelf. Gezien artikel 93 Mw is de rechtbank te Rotterdam exclusief bevoegd met hoger beroep bij het CBB.

12. Het is een ingewikkelde kluwen. Soms is een rechtsoordeel omtrent de vertrouwelijkheid van stukken een feitelijke handeling, soms een besluit. Soms gaat het om toepassing van de Wob, soms om toepassing van de Telecommunicatiewet of de Mededingingswet. Al naar gelang de situatie is de burgerlijke rechter, de normale administratieve rechter of de gespecialiseerde administratieve rechter bevoegd. Een opruimingsoperatie door de wetgever is dringend gewenst.

Bij het vaststellen van de verschuldigde vergoedingen zal in elk geval nadrukkelijk rekening worden gehouden met de zogenaamde toelatings- en handhavingskosten. Hiermee wordt onder meer uitvoering gegeven aan de aanbevelingen van een ambtelijke werkgroep uit het rapport Maat houden, een kader voor doorberekening van toelatings- en handhavingskosten. Bij brief van 19 juli 1996 heeft de Minister van Justitie aangegeven dat het kabinet de aanbevelingen van de werkgroep overneemt (...).

De werkgroep onderscheidt vier verschillende categorieën van kosten: voor toelating, post-toelating, preventieve handhaving en voor repressieve handhaving.

Onder toelating wordt verstaan het door de overheid toetsen of bedrijven en burgers voldoen aan gestelde eisen, bijvoorbeeld in de vorm van een vergunning voordat zij tot het starten en verrichten van bepaalde handelingen mogen overgaan. Post-toelating is een periodieke verlenging van toelating of een vooraf aangekondigde en vastgelegde controle of nog steeds aan de toelatingseisen wordt voldaan. Preventieve handhaving betreft steekproefsgewijze of niet aangekondigde toezichtsactiviteiten gericht op de naleving van de wet en het voorkomen van activiteiten. Repressieve handhaving betreft vervolgens de overheidsactiviteiten die zijn gebaseerd op een redelijk vermoeden van een strafbaar feit of het overtreden van een bestuursrechtelijke norm, die worden gevolgd door het opmaken van een proces-verbaal of het opleggen van een bestuursrechtelijke sanctie.

Voor toelatings- en post-toelatingkosten geldt dat deze bij particulieren in rekening kunnen worden gebracht, omdat er sprake is van een individueel toerekenbaar voordeel. Ook in het voorgestelde artikel 16.1 wordt hiervan uitgegaan. Ten aanzien van de doorberekening van de zogenaamde preventieve en repressieve handhavingskosten is het beeld meer complex van aard. Deze kosten zouden in beginsel niet in rekening dienen te worden gebracht bij burgers en bedrijven, met name niet omdat handhaving niet individueel toerekenbaar is en het individuele profijt moeilijk is vast te stellen. Onder in het rapport van de werkgroep aangegeven omstandigheden kan echter een uitzondering worden gemaakt op dit uitgangspunt. In het kader van de telecommunicatiewetgeving is er sprake van de in het rapport bedoelde omstandigheden, met name gelet op het feit dat er in principe een beperkt aantal partijen is dat een specifiek aan hen toerekenbaar profijt heeft van de door de overheid verrichte handhavingskosten. Indicatief hiervoor is in elk geval dat de telecommunicatiewetgeving zich toch vooral richt op marktordenende regelgeving. (...) Artikel 16.1, tweede lid, geeft de noodzakelijke wettelijke basis om op een lager regelgevingsniveau vast te kunnen stellen dat handhavingskosten inderdaad kunnen worden betrokken bij het vaststellen van de hoogte van de verschuldigde vergoedingen.

(TK 1996-1997, 25 533, nr. 3, blz. 132 en 133).

In de Memorie van Antwoord aan de Eerste Kamer met betrekking tot voornoemd wetsvoorstel is onder meer vermeld:

Tijdens de mondelinge behandeling in de Tweede Kamer over dit onderwerp heeft ondergetekende met de Tweede Kamer geconcludeerd dat de criteria voor de doorberekening van handhavingskosten helder en objectief zullen moeten zijn. Voorkomen moet worden dat de kostentoerekeningsgrondslagen zodanig ondoorzichtig zijn dat dit tot veel praktische en juridische problemen bij de uitvoering van de doorberekening zal leiden. Ondergetekende heeft dan ook aangegeven dat zal worden bevorderd dat in de algemene maatregel van bestuur ter uitvoering van het desbetreffende wetsartikel heldere en objectieve criteria worden opgenomen voor de kostentoerekeningsgrondslagen ter bepaling van de vergoedingen van de onderscheiden marktpartijen (...).

(EK 1997-1998, 25 533, nr. 309b, blz. 34, 35).

In de Nadere Memorie van Antwoord aan de Eerste Kamer wordt vermeld:

‘Vanwege het verband dat tussen de vergoeding en de werkzaamheden of diensten wordt gelegd, betreft het vergoedingen met een retributief karakter voor werkzaamheden of diensten die worden verricht door (...) het college. Aangezien het – de tekst van het wetsvoorstel geeft dat reeds weer – werkzaamheden of diensten betreft die ingevolge het bij of krachtens deze wet bepaalde worden verricht, komen slechts kosten van deze werkzaamheden of diensten voor de bedoelde vergoeding in aanmerking. Deze beperking vloeit reeds uit het wetsvoorstel voort. Ten aanzien van toezichtskosten volgt uit de formulering van de wettekst dat slechts ten aanzien van de desbetreffende werkzaamheden of diensten kosten die verband houden met het toezicht op de naleving van het bepaalde bij of krachtens deze wet, mogen worden doorberekend. Uiteraard betekent dit niet dat in de uitvoeringsregelgeving geen nadere onderverdeling in overheidstaken zal worden gemaakt. Het spreekt vanzelf dat in de uitvoeringsregelgeving zal worden geconcretiseerd voor welke activiteit een bepaalde vergoeding verschuldigd is. Daartoe zullen de activiteiten in de uitvoeringsregelgeving afzonderlijk worden aangeduid.

Om ervoor te zorgen dat door te berekenen toezichtskosten slechts worden toegerekend aan degenen ten behoeve van wie de toezichthoudende activiteiten worden verricht, is het criterium product/marktcategorie ontwikkeld. Kort gezegd houdt

dit criterium in dat homogene diensten en werkzaamheden in afzonderlijke categorieën worden ingedeeld. Op basis van de voor de categorieën gemaakte kosten wordt vervolgens de vergoeding vastgesteld.

Met inachtneming van het huidige tarievenbeleid binnen het Ministerie van Verkeer en Waterstaat zal de hoogte van de vergoedingen worden vastgesteld op basis van de geraamde gemiddelde kosten voor het jaar waarvoor de vergoeding is verschuldigd. Het is een gangbare praktijk om te werken met jaarlijkse vergoedingen die worden vastgesteld op basis van geprognostiseerde gemiddelde kosten. Bij het vaststellen van de vergoeding worden de gemaakte kosten van het daaraan voorafgaande kalenderjaar in beschouwing genomen. Het ligt in de bedoeling om een en ander neer te leggen in de uitvoeringsregelgeving. Het achteraf vaststellen van vergoedingen op basis van de kosten die ten behoeve van een individuele marktpartij zijn gemaakt, is bedrijfs-economisch gezien nagenoeg ondoenlijk en levert ook voor de betrokken marktpartijen onzekerheid op. Bovendien staat dit op gespannen voet met het uitgangspunt dat vergoedingen voorafgaand aan hun toepassing worden bekendgemaakt. (EK 1997-1998, 25 533, nr. 309d, blz. 22, 23).

Op 1 april 1999 is het Besluit vergoedingen Telecommunicatiewet (Stb. 1999, 130) in werking getreden. Ten tijde hier van belang bepaalde dit besluit onder meer:

Artikel 1

In dit besluit en de daarop berustende bepalingen wordt verstaan onder:

- wet: Telecommunicatiewet;
- vergoeding: vergoeding, bedoeld in artikel 16.1 van de wet.

Artikel 2

- De vergoeding dient ter dekking van de kosten van de werkzaamheden of diensten die ingevolge het bepaalde bij of krachtens de wet door Onze Minister of het college worden verricht.
- De vergoeding bestaat uit:
 - (...); of
 - een bedrag dat verband houdt met de kosten van het verrichten van werkzaamheden of diensten in het kader van de aan Onze Minister of het college bij of krachtens de wet opgedragen toezichthoudende taak; of
 - (...).
- De vergoeding wordt per kalenderjaar vastgesteld.
- (...)
- Het bedrag en (...), bedoeld in het tweede lid, onder b (...), zijn per kalenderjaar verschuldigd en worden eens per kalenderjaar in rekening gebracht.

Artikel 3

- Ter zake van de kosten, bedoeld in artikel 2, eerste lid, gelden als uitgangspunten dat:
 - deze kosten worden geraamd voor het kalenderjaar waarvoor de vergoeding geldt;
 - de directe kosten rechtstreeks worden toegerekend aan categorieën van gelijksoortige werkzaamheden of diensten;
 - de indirecte kosten worden toegerekend aan categorieën van gelijksoortige werkzaamheden of diensten naar rato van hun beslag op de onderscheiden werkzaamheden of diensten;
 - (...)
 - (...)

Artikel 4

- (...)
- Categorieën als bedoeld in artikel 3, eerste lid, onder b en c, zijn, voorzover het betreft werkzaamheden of diensten van het college, werkzaamheden of diensten met betrekking tot:
 - (...)
 - nummers.
 - (...)

Artikel 5

- Bij ministeriële regeling wordt de hoogte van de vergoeding per categorie of per subcategorie van gelijksoortige werkzaamheden of diensten vastgesteld:
 - op basis van de geraamde kosten die per categorie of per subcategorie zijn toegerekend als bedoeld in artikel 4; en
 - naar rato van de per categorie of per subcategorie bij ministeriële regeling vast te stellen verdeelsleutel.
- Bij de regeling worden de bedragen en de jaarlijkse bijdrage, bedoeld in artikel 2, tweede lid, onder a tot en met c, afzonderlijk vastgesteld.
 - (...)

Artikel 15

Na de inwerkingtreding van dit besluit berusten (...) en de Regeling vergoedingen OPTA 1999 I op de artikelen 4, 5, 6 en 7 van dit besluit.

De Nota van Toelichting op het Besluit vergoedingen Telecommunicatiewet vermeldt, voorzover hier van belang:

Artikel 2

Uit hoofdstuk 16 van de wet vloeit een retributief vergoedingstelsel voort. Het betreft vergoedingen die worden gevraagd ter dekking van de kosten van het benutten van de werkzaamheden of diensten van overheidszijde, waarbij een relatie wordt gelegd tussen de in rekening te brengen vergoedingen en de verrichte werkzaamheden of diensten (...).

Artikel 5

(...)
Het jaarlijkse bedrag voor de kosten die verband houden met het toezicht op de naleving van de regels die van toepassing zijn op reeds toegekende nummers – in het gegeven voorbeeld op toegekende carrierselektienummers – wordt vervolgens berekend op basis van de integrale kosten van toezicht die voor het desbetreffende kalenderjaar zijn geraamd. Houders van carrierselektienummers zijn voor het toezicht op de naleving van de desbetreffende regels een jaarlijkse vergoeding verschuldigd, die aan de hand van het aantal toegekende carrierselektienummers per afzonderlijk toegekend carrierselektienummer wordt vastgesteld.

Zoals in de toelichting op artikel 2 is aangegeven, is de jaarlijkse vergoeding voor het toezicht per kalenderjaar verschuldigd, ongeacht het moment waarop de aanspraak op de vergoeding ontstaat. De reden daarvoor is dat alle nummerhouders, wanneer zij in een bepaald kalenderjaar hun nummer(s) toegekend krijgen, ook profiteren van het uitgeoefende toezicht dat reeds voorafgaande aan de toekenning is uitgeoefend. Dit betekent dat ook in de periode voorafgaande aan het moment waarop de vergoeding verschuldigd is, aantoonbare en aan het toezicht toerekenbare kosten worden gemaakt. Om deze reden wordt een vergoeding voor het toezicht op toegekende nummers in rekening gebracht die per kalenderjaar is verschuldigd.

De Regeling vergoedingen OPTA 1999 I (Starr. 1998, 246; hierna: Regeling) – die, voorzover hier van belang, aanvankelijk is vastgesteld krachtens het tot hoofdstuk VII van de Wet op de telecommunicatie voorzieningen (hierna: WTV) behorende artikel 41 WTV en het Besluit vergoedingen OPTA (Stb. 1997, 344) – luidde, gedurende geheel 1999, voorzover hier van belang:

Artikel 1

De vergoedingen voor de kosten van werkzaamheden of diensten met betrekking tot de navolgende categorieën zijn voor 1999:

Categorie Vergoeding voor Jaarlijkse verlening dan wel vergoeding voor het toekenning toezicht

(...)
4 Koop-, tarief-, en gratis nummers als bedoeld in het Nummerplan voor telefoon- en ISDN-diensten, met een lengte van 8 cijfers of minder per nummer: per toegekend nummer

(...)
(...)
8 Nummers als bedoeld in het Nummerplan telefoon- en ISDN-diensten: per toegekend carrierselektienummer

Artikel 2

De in artikel 1 genoemde jaarlijkse vergoedingen voor het toezicht zijn in zijn geheel verschuldigd, ongeacht het moment in 1999 waarop de verlening van de vergunning en de toekenning of reservering van nummers heeft plaatsgevonden of is beëindigd.

2.2 Op grond van de stukken en het onderzoek ter zitting zijn in deze zaak de volgende feiten en omstandigheden voor het College komen vast te staan.

• Bij zes besluiten van 27 juli 1999 heeft appellant in totaal 59 nummers uit het Nummerplan voor telefoon- en ISDN-diensten toegekend voor gebruik door Telediscount.

- Bij besluit van 4 augustus 1999 heeft appellant Telediscount met ingang van 4 augustus 1999 een nummer toegekend voor de dienst carrierselectie.
- Appellant heeft aan Telediscount een factuur gedateerd 2 september 1999, gezonden, waarin met betrekking tot eerstgenoemde nummers een bedrag van f 8.850,- in rekening wordt gebracht voor 'toekenning KTG nummers kort' en eenzelfde bedrag in rekening wordt gebracht voor 'toezicht KTG nrs kort'.
- Appellant heeft aan Telediscount een factuur gedateerd 6 september 1999, gezonden, waarin met betrekking tot het carrierselektienummer bedragen in rekening worden gebracht van f 2400,- voor 'toekenning carrierselektiecode' en f 1200,- voor 'toezicht carrierselekt'.
- Bij brief van 6 oktober 1999 heeft Telediscount bezwaar gemaakt tegen beide facturen, voorzover hierbij vergoedingen voor toezicht in rekening zijn gebracht.
- Op 15 december 1999 heeft Telediscount zijn bezwaren doen toelichten op een hoorzitting.
- Bij besluit van 20 juli 2000 heeft appellant de bezwaren ongegrond verklaard.
- Bij brief van 30 juli 2000 heeft Telediscount tegen het besluit van 20 juli 2000 beroep ingesteld bij de rechtbank.
- Bij de aangevallen uitspraak heeft de rechtbank het beroep gegrond verklaard, het besluit van 20 juli 2000 vernietigd en bepaald dat appellant een nieuwe beslissing op het bezwaar neemt met inachtneming van de uitspraak van de rechtbank.

3. Het besluit van 20 juli 2000 en het verweer van appellant bij de rechtbank

Het besluit van 20 juli 2000 houdt, voorzover hier van belang, het volgende in:

Het college zorgt er door middel van het houden van toezicht op de naleving van de telecommunicatiewet- en regelgeving voor dat de door het college toegekende nummers volgens de wettelijke regels (kunnen) worden gebruikt. Het houden van toezicht richt zich om die reden niet op een specifiek nummer in het bijzonder, maar op alle toegekende nummers en de invloeden van deze toekenningen op het gebruik van elk van de andere toegekende nummers afzonderlijk. Het college is van oordeel dat het houden van toezicht op en ten gevolge van elk toegekend nummer, ongeacht of dit nummer reeds eerder aan een derde werd toegekend, een afzonderlijke grondslag oplevert voor het in rekening brengen van een vergoeding. Feitelijk is er immers bij de overdracht van een nummer sprake van een nummer dat, nadat het nummer is ingetrokken bij de vorige nummerhouder, (opnieuw) wordt toegekend. Ten gevolge van deze toekenning wordt door het college mede ten behoeve van de nieuwe nummerhouder toezicht gehouden. Daarnaast heeft de nieuwe nummerhouder profijt van het al eerder gehouden toezicht. (...)

Ten overvloede merkt het college op dat het houden van toezicht naar aanleiding van een opnieuw toegekend nummer kosten met zich meebrengt die al dan niet van administratieve aard zijn en die geen deel uitmaken van de kosten die betrokken zijn in de door de eerste nummerhouder betaalde vergoeding voor toezicht. (...) Zo dient er in geval van een opnieuw toegekend nummer, in het kader van het toezicht, bijvoorbeeld onderzocht te worden of ook de nieuwe nummerhouder het hem toegekende nummer op juiste en efficiënte wijze in gebruik heeft of neemt. Er zijn kosten gemoeid met het algemene toezicht in verband met het opnieuw toegekende nummer en het specifieke toezicht dat samenhangt met de overdracht van dat nummer. (...)

Het college is, gelet op het bovenstaande, van oordeel dat er geen sprake is van een 'dubbele heffing' als aangegeven door TeleDiscount. (...)

In het bij de rechtbank ingediende verweerschrift heeft appellant onder meer opgemerkt:

4.3 De vergoedingenregelingen (...) worden vastgesteld door de Minister van Verkeer en Waterstaat. OPTA doet hiertoe jaarlijks aan de Minister een voorstel. Daarbij hanteert OPTA een zogenaamd retributiestelsel, dat is gebaseerd op doorberekening van integrale kosten op grond van het profijtbeginsel. Ook geldt het beginsel van kostendekkendheid. Aan de hand van een kostencalculatiemodel worden de gemiddelde geprognosticeerde kosten verdeeld over een aantal marktcategoryën. Binnen een marktcategory worden deze kosten verdeeld over marktpartijen door middel van een verdeelsleutel. In geval van nummers betreft de verdeelsleutel het aantal toegekende nummers. (...)

4.5 Het houden van toezicht naar aanleiding van een opnieuw toegekend nummer brengt extra kosten met zich mee. Deze kosten maken geen deel uit van de kosten die betrokken zijn in de door de oorspronkelijke nummerhouder betaalde vergoeding voor toezicht. In geval van een opnieuw toegekend nummer dient, in het kader van het toezicht, bijvoorbeeld onderzocht te worden of ook de nieu-

we nummerhouder het hem toegekende nummer op juiste en efficiënte wijze in gebruik heeft of neemt. Eveneens zijn er kosten gemoed met het algemeen toezicht in verband met het opnieuw toegekende nummer en het specifieke toezicht dat samenhangt met de overdracht van dat nummer. Deze kosten horen, in tegenstelling tot TeleDiscount in haar beroepschrift stelt, niet bij de kosten die al in rekening waren gebracht. Van een 'dubbele' heffing is derhalve geen sprake.

4. Het standpunt van appelland

Appelland heeft ter ondersteuning van het hoger beroep, samenvattend weergegeven, het volgende tegen de uitspraak van de rechtbank aangevoerd.

4.1 De rechtbank gaat eraan voorbij dat blijkens de parlementaire geschiedenis is beoogd in artikel 16.1 TW de onder de WTV bestaande praktijk, zoals neergelegd in de Regeling 1999 – waarbij voor de toezichtkosten een jaarlijkse vergoeding in rekening wordt gebracht, die is bepaald op basis van de gemiddelde kosten per nummer, ongeacht het moment van toekenning – ongewijzigd voort te zetten. Het zou ongerijmd zijn te veronderstellen dat artikel 16.1 TW (in samenhang met artikel 20.4 TW) enerzijds materieel en formeel beoogt de in artikel 2 van de Regeling 1999 vervatte systematiek voort te zetten, maar anderzijds zou beogen deze systematiek te verbieden.

4.2 Uit de bewoordingen 'ten behoeve van wie' in artikel 16.1 TW en de toelichting hierop volgt dat de rechtvaardiging voor het heffen van de vergoeding moet kunnen worden gevonden in enig concreet en specifiek voordeel van de desbetreffende werkzaamheden. Van een dergelijk voordeel is sprake, aangezien bij marktordenende regelgeving als de onderhavige, mag worden aangenomen dat een burger of bedrijf een zeker belang zal hebben bij de door de overheid te verrichten handhavingsactiviteiten. In dit verband wijst appelland op de verwijzing in de Memorie van Toelichting op wetsvoorstel 25 533 naar het rapport *Maat houden*.

Het profijt van het toezicht is gelijkmatig over de betrokken marktpartijen verdeeld. De marktordenende werking die van het toezicht uitgaat, strekt ten behoeve van een betrekkelijk kleine en overzichtelijke groep bedrijven. In dit verband is van belang dat de overgrote meerderheid van de nummers wordt toegekend aan een vaste groep van reeds op de markt actieve partijen. Maar ook voor nieuwkomers bestaat profijt bij toezicht voorafgaande aan hun toetreding, nu zij er belang bij hebben dat de markt die zij willen betreden geordend is.

Een meer concrete toerekening van toezichtkosten aan individuele partijen is onmogelijk. Het is moeilijk, zo niet onmogelijk, vast te stellen wie in welke mate profiteert van specifieke toezichtactiviteiten. Dat de maatstaf die de rechtbank hiertoe heeft gevonden – het profijt van het toezicht is evenredig aan het werkelijk gebruik van het nummer in dagen – de juiste zou zijn, is niet (zonder meer) aannemelijk, terwijl voor deze opvatting nergens steun valt te vinden, in het bijzonder niet in de wetsgeschiedenis of het rapport *Maat houden*.

Een verdeling op basis van geraamde gemiddelde kosten per nummer ligt dan ook voor de hand. Dit is ook de keuze van de wetgever geweest.

4.3 Een afzonderlijke eis van artikel 16.1 TW is dat een verband bestaat tussen de vergoeding en de werkzaamheden. Blijkens de toelichting betekent dit dat alleen voor het toezicht relevante kosten mogen worden meegenomen en voorts dat de vergoeding de werkelijke kosten niet te boven mag gaan. Ook in zoverre voldoet de Regeling 1999 dus aan de vereisten van artikel 16.1 Tw.

4.4 De rechtbank heeft de twee hierboven onder 4.2 en 4.3 onderscheiden elementen van artikel 16.1 Tw ten onrechte samengevoegd door aan te nemen dat er een evenredig verband dient te bestaan tussen de vergoeding enerzijds en het profijt van de gebruiker van het nummer, uitgedrukt in het werkelijke gebruik van het nummer per kalenderdag, anderzijds.

4.5 De kwalificatie van de onderhavige heffing als retributie brengt niet meer mee dan dat de vereisten van artikel 104 Grondwet in acht genomen moeten worden. Dit is geschied, nu de heffing een wettelijke grondslag kent. Anders dan de rechtbank oordeelt, vloeien verdere vereisten uit het retributiekarakter of uit artikel 104 Grondwet niet voort, in het bijzonder niet de voorwaarde dat de retributie zich zou dienen te richten naar het werkelijke gebruik van de werkzaamheden. De verwijzing door de rechtbank naar de jurisprudentie van het College is in dit verband niet terecht. Overigens betrof het door het College beoordeelde geval waarop de rechtbank doelt, een situatie waarin via retributies meer kosten in rekening werden gebracht dan werkelijk waren gemaakt. Hiervan is thans geen sprake. In ieder geval zijn de voor 1999 in aanmerking te nemen kosten evenredig –

als gemiddelde per nummer – over alle toegekende nummers verdeeld.

4.6 De verwijzing door de rechtbank naar de fiscale jurisprudentie is onjuist of onbegrijpelijk. Daar is immers niet uitgemaakt dat een retributie zich steeds – en (recht)evenredig – dient te richten naar het ondervonden profijt of het werkelijk gebruik door de contribuabele. Integendeel, uit de jurisprudentie van de Hoge Raad blijkt dat een dergelijk, nauwsluitend verband niet is vereist.

Of een evenredigheidsrelatie als hiervoor bedoeld dient te bestaan, moet van geval tot geval worden beoordeeld aan de hand van de bedoeling van de desbetreffende wetgever. In ieder geval staat het de Tw-gever vrij een ander stelsel in het leven te roepen dan dat waar de rechtbank van uitgaat.

4.7 De rechtbank neemt ten onrechte aan dat de hoogte van het tarief gerelateerd is aan de kosten van het toezicht per nummer indien dit nummer gedurende een geheel jaar wordt gebruikt. Aldus miskent de rechtbank de wijze waarop het tarief tot stand komt, namelijk door de relevante verwachte toezichtkosten per categorie te delen door alle in enig jaar naar verwachting toegekende nummers. In de noemer van deze breuk zijn dus ook de eerst in de loop van een jaar toegekende nummers betrokken, zodat het tarief aanzienlijk lager is dan het tarief zou zijn indien de noemer zou bestaan enkel uit gedurende een geheel jaar gebruikte nummers. Met andere woorden: in het tarief is al verdisconteerd dat veel nummers pas in de loop van het jaar worden toegekend.

4.8 Hantering van een tarief op basis van de gemiddelde kosten per nummer brengt een zekere abstractie mee. De gedachtegang van de rechtbank volgend zou je immers kunnen zeggen dat de verhouding tussen tarief en profijt voor de late toetreders iets minder gunstig is dan voor degene die aan het begin van het jaar reeds over een nummer beschikte. Een dergelijke abstractie is aanvaardbaar, nu niet gezegd kan worden dat de staatssecretaris bij het maken van de Regeling 1999 de hem op dit punt toekomende beleidsvrijheid op onredelijke of onwillekeurige wijze heeft ingevuld.

5. De beoordeling van het hoger beroep

5.1 De rechtbank motiveert haar gegrondverklaring van het beroep met de overweging dat de aan Telediscount opgelegde vergoedingen berusten op een – gedeeltelijk – onverbindende regeling. Deze overweging vindt haar grond in het oordeel dat artikel 2 van de Regeling in strijd is met het in artikel 16.1, tweede lid, in verbinding met artikel 16.1, eerste lid, Tw gestelde vereiste dat de vergoeding – voldoende – verband dient te houden met de door appelland verrichte werkzaamheden en diensten. De rechtbank komt tot dit oordeel op grond van de constatering dat artikel 2 van de Regeling aan heffing naar 'tijds-evenredigheid' in de weg staat.

Artikel 2 van de Regeling staat volgens de rechtbank aan heffing naar tijdsevenredigheid in de weg, omdat het erin voorziet dat bij nummerhouders ook kosten voor toezicht op nummers in rekening worden gebracht over een tijdvak waarin de betrokken nummers nog niet bij de desbetreffende nummerhouders in gebruik waren. Aldus richt de vergoeding zich niet naar het werkelijke gebruik dat wordt gemaakt van de door appelland verrichte werkzaamheden of diensten, hetgeen naar het oordeel van de rechtbank wél noodzakelijk zou zijn, gelet op het karakter van retributie dat de vergoeding toekomt.

De uitspraak van de rechtbank wordt dus gedragen door het oordeel dat de vergoeding van de kosten, bedoeld in artikel 16.1, tweede lid, TW zich vanwege het hieraan toekomende retributiekarakter dient te richten naar het werkelijke gebruik dat door de contribuabele van de desbetreffende werkzaamheden of diensten wordt gemaakt, waarbij voor de vaststelling of op een bepaald tijdstip sprake is van dergelijk gebruik, bepalend is of op de dag waarop dit tijdstip valt het nummer waarop toezicht wordt uitgeoefend aan de contribuabele is toegekend.

5.2 Artikel 16.1, eerste lid, Tw stelt twee voorwaarden aan de ingevolge deze bepaling bij of krachtens algemene maatregel van bestuur te stellen regels. Ten eerste kunnen de regels slechts betrekking hebben op een vergoeding die verschuldigd is door degene ten behoeve van wie werkzaamheden of diensten zijn verricht (ingevolge het bij of krachtens de Tw bepaalde). Ten tweede kunnen de regels over deze vergoeding slechts worden gesteld voorzover de vergoeding verband houdt met deze werkzaamheden of diensten.

Artikel 16.1, tweede lid, Tw stelt zeker dat bij het vaststellen van de in

het eerste lid van deze bepaling bedoelde vergoeding ook kosten, verband houdende met het door appellant uitgeoefende toezicht op de naleving van de Tw ten aanzien van de desbetreffende werkzaamheden of diensten kunnen worden betrokken.

In de wetsgeschiedenis is vermeld dat kosten van handhaving in beginsel niet bij burgers en bedrijven in rekening dienen te worden gebracht, omdat handhaving niet individueel toerekenbaar is en het individuele profijt moeilijk is vast te stellen. Met het toch betrekken van de toezichtkosten in de op grond van artikel 16.1, eerste lid, Tw te regelen vergoeding, heeft de wetgever uitdrukkelijk een uitzondering gemaakt op dit beginsel gemaakt. Deze uitzondering werd gerechtvaardigd geacht, nu de telecommunicatiewetgeving er vooral toe strekt een markt te ordenen, waarop een beperkt aantal partijen actief is, die een specifiek aan hen toerekenbaar profijt genieten van de handhavingsactiviteiten.

Het College stelt dus vast dat de wetgever, onder erkenning dat het in het algemeen niet eenvoudig is om handhavingskosten aan een marktdeelnemer toe te rekenen c.q. diens profijt bij de besteding van de kosten te bepalen, desalniettemin een basis heeft willen scheppen voor het in rekening brengen van handhavingskosten bij deelnemers aan de telecommunicatiemarkt, waarbij de mogelijkheid hiertoe beperkt wordt door de beide evenvermelde voorwaarden die artikel 16.1, eerste lid, Tw stelt. Met betrekking tot de vraag of artikel 2 van de Regeling 1999 aan deze voorwaarden voldoet, overweegt het College als volgt.

5.3 De vergoeding die verschuldigd is op grond van artikel 2, in samenhang met artikel 1, aanhef en de categorieën 4 en 8, van de Regeling, wordt in rekening gebracht bij degene die op enig moment in 1999 na een toekenning – hetzij in, hetzij voorafgaand aan dit jaar – over het nummer beschikt. Naar het oordeel van het College blijft artikel 2 hiermee binnen de grenzen die voortvloeien uit de eerste door artikel 16.1 Tw gestelde voorwaarde, te weten dat de vergoeding verschuldigd is door degene ten behoeve van wie werkzaamheden of diensten zijn verricht. De rechtvaardiging die in de wetsgeschiedenis wordt gegeven voor de keuze om toezichtkosten in rekening te brengen bij deelnemers aan de telecommunicatiemarkt, biedt grondslag voor het oordeel dat de ministeriële regelgever binnen de grenzen van de hem toekomende vrijheid als gedelegeerd regelgever allen die op enig moment in een kalenderjaar houder van een bepaald nummer zijn in gelijke mate als begunstigden van in dat jaar uitgeoefend toezicht kan beschouwen. Dit betekent dat aan de eerste door artikel 16.1 Tw gestelde voorwaarde wordt voldaan.

5.4 Uit de tweede voorwaarde van artikel 16.1, eerste lid, Tw vloeit voort dat de Regeling zich dient te beperken tot vergoeding die ‘verband houdt met deze werkzaamheden of diensten’. Voor de toepassing van het tweede lid van artikel 16.1 Tw brengt deze voorwaarde naar het oordeel van het College – en naar het College begrijpt ook naar het oordeel van de rechtbank – mee dat slechts een vergoeding mag worden voorgeschreven voorzover deze verband houdt met werkzaamheden die gemoeid zijn met het uitoefenen van toezicht dat samenhangt met toegekende nummers.

De in de Regeling vermelde tarieven hebben tot doel de in 1999 te maken kosten, gemoeid met het toezicht dat samenhangt met nummers, te dekken. Hiertoe gaat de Regeling uit van een omslag van de geraamde kosten voor dit jaar over allen die op enig moment in 1999 over een nummer beschikken. Deze keuze is in overeenstemming met hetgeen omtrent de vergoedingenhoogte is uiteengezet in de Nadere Memorie van Antwoord aan de Eerste Kamer. In aanmerking nemende dat een nummerhouder gebaat is bij handhaving van de marktordering door toezicht, ook dat voorafgaand aan toekenning, is het College van oordeel dat de regelgever, gesteld voor de noodzaak te kiezen voor een systeem van toerekening van toezichtkosten, ervoor heeft kunnen kiezen het door artikel 16.1 Tw vereiste verband tussen toezichtwerkzaamheden en de hiervoor door een nummerhouder verschuldigde vergoeding aanwezig te achten, indien deze werkzaamheden plaatsvinden in het kalenderjaar waarin de nummerhouder over dit nummer beschikt. Dat artikel 16.1 Tw zich zou verzetten tegen de gemaakte keuze, die op zichzelf helder en objectief is, en ertoe zou dwingen dat de vergoeding zich meer specifiek zou richten naar de werkelijke mate van onderworpenheid aan de toezichtactiviteiten, valt niet af te leiden uit de tekst van artikel 16.1 Tw, noch uit de totstandkomingsgeschiedenis van deze bepaling. Bovendien is de gemaakte keuze in overeenstemming met de bepalingen van het Besluit vergoedingen Telecommunicatiewet en de Nota van Toelichting hierop. Ook het in de Nota van Toelichting verwoorde beginsel van kostendekkendheid staat aan de gekozen vergoedingssystematiek niet in de weg, nu niet is gebleken dat de stelling van appellant, dat de met zijn toepassing van de Regeling bijeen te brengen vergoedingen voor toezicht er gezamenlijk toe strekken enkel de kosten te dekken die op jaarbasis voor toezicht naar ver-

wachting worden gemaakt, onjuist zou zijn.

Gelet op het voorgaande is ook aan de tweede door artikel 16.1 Tw gestelde voorwaarde voldaan.

5.5 De enkele omstandigheid dat in de wetsgeschiedenis aan de vergoeding een retributief karakter wordt toegeschreven, maakt het voorgaande niet anders. De aldus gegeven karakterisering brengt immers niet mee dat andere eisen gaan gelden dan die welke voortvloeien uit de wetbepaling waarin de vergoeding haar grondslag vindt. De rechtbank onderbouwt haar oordeel in het bijzonder met een verwijzing naar de uitspraak van het College van 14 oktober 1998 (AB 1999, 275). In deze uitspraak, die betrekking heeft op een jaarlijkse vergoeding voor nummertoezicht op grond van de Regeling vergoedingen telecommunicatie-inrichtingen TND 1996, overwoog het College dat via de toen aan de orde zijnde retributieheffing kosten van toezicht op vele miljoenen bij KPN in heel 1996 in gebruik zijnde, doch nog niet aan KPN toegekende nummers, werden gedekt met een retributieheffing die werd opgelegd aan degenen aan wie in 1996 wél al nummers waren toegekend. In deze situatie heeft het College geoordeeld dat het door de wet vereiste verband tussen vergoeding en bewezen diensten was losgelaten. Van een situatie als toen aan de orde, is in het onderhavige geval geen sprake. Naar uit het vorenverwogene blijkt, is het door de Tw vereiste verband tussen de vergoeding en de bewezen diensten jegens degenen die in 1999 na toekenning over een nummer beschikten, wél in voldoende mate aanwezig.

5.6 Gelet op het voorgaande heeft de rechtbank ten onrechte geoordeeld dat de Regeling op het desbetreffende onderdeel onverbindend moet worden geacht. Dit betekent dat het hoger beroep gegrond is en de uitspraak van de rechtbank dient te worden vernietigd.

Uit het vorenverwogene vloeit tevens voort dat het bij de rechtbank ingediende beroep van Telediscount ongegrond is. Doende hetgeen de rechtbank had behoren te doen, zal het College deze ongegrondverklaring uitspreken.

5.7 Het College acht geen termen aanwezig voor een proceskostenveroordeling met toepassing van artikel 8:75 van de Algemene wet bestuursrecht.

6. De beslissing

Het College:

- verklaart het hoger beroep gegrond en vernietigt de uitspraak van de rechtbank;
- verklaart het bij de rechtbank ingediende beroep van Telediscount ongegrond.

Aldus gewezen door mr. M.J. Kuiper, mr. C.J. Borman en mr. W.E. Doolaard, in tegenwoordigheid van mr. W.F. Claessens, als griffier, en uitgesproken in het openbaar op 12 maart 2003.

Noot

Gera van Duijvenvoorde

Mr. G.O. van Duijvenvoorde is advocaat bij Houthoff Buruma, universitair docent bij de Afdeling Recht & Informatica, Universiteit Leiden alsmede fellow bij het Meijers Instituut van deze universiteit.

‘Wie betaalt de toezichthouder?’ Deze vraag werd gesteld in verband met een aantal uitspraken van de Rechtbank Rotterdam over het door OPTA gehanteerde jaarlijkse vergoedingensysteem waardoor dit systeem aanzienlijk onder druk is komen te staan (zie voor een bespreking daarvan het artikel in *Mediaforum* 2002-5, p. 156-159). In de Tele-Discount-zaak oordeelde de rechtbank het systeem van jaarlijkse vergoedingen voor het toezicht door OPTA in strijd met de Telecommunicatiewet. Naar het oordeel van de rechter kon een dergelijke vergoeding slechts betrekking hebben op het daadwerkelijk uitgeoefende toezicht. Er diende volgens de rechtbank een evenredig verband te bestaan tussen de vergoeding en het profijt van de gebruiker van het nummer, uitgedrukt in het werkelijk gebruik van het nummer per kalenderdag. Met andere woorden: indien iemand pas op 1 juli van het jaar een nummer aanvraagt dan kan aan deze onderneming slechts voor de tweede helft van het jaar een vergoeding voor het door OPTA uitgevoerde toezicht.

Op het eerste gezicht lijkt bovenstaande doorberekening naar werkelijk gebruik niet onredelijk. Op deze wijze worden immers de toezichtkosten naar evenredigheid omgeslagen en wordt voorkomen dat degene die later in het jaar een nummer aanvraagt relatief zwaar-

der wordt belast dan degene die aan het begin van het jaar reeds over een nummer beschikte. OPTA stelde in de onderhavige procedure evenwel dat een 'zekere abstractie' van het toerekeningsstelsel toelaatbaar is onder artikel 16.1. In de Regeling Vergoedingen zouden de tarieven worden bepaald door de relevant verwachte toezichtkosten per categorie toegekend nummer te delen door alle in een bepaald jaar naar verwachting toegekende nummers. Daarmee wordt – zo stelde OPTA – al rekening gehouden met de omstandigheid dat veel nummers in de loop van het jaar worden toegekend.

Het College van Beroep voor het Bedrijfsleven ('CBB') stelt dat op basis van artikel 16.1 Tw slechts een vergoeding is verschuldigd (1) door degene ten behoeve van wie werkzaamheden of diensten zijn verricht en (2) voor zover deze verband houdt met werkzaamheden die gemoed zijn met het uitoefenen van toezicht dat samenhangt met toegekende nummers. Het CBB toetst – na eerst te hebben vastgesteld dat vanwege het doel van marktordening een doorberekening van toezichtkosten aan marktpartijen toelaatbaar is – vervolgens of de Regeling Vergoedingen voldoet aan beide voorwaarden. Ten aanzien van de eerste voorwaarde bepaalt het CBB dat het is toegestaan om *allen die op enig moment in een kalenderjaar houder van een bepaald nummer zijn in gelijke mate als begunstigden van in dat jaar uitgeoefend toezicht* te beschouwen (zie r.o. 5.3, cursivering GPvD). Dit betekent dat de 'kring van marktpartijen' ruim is en alle gebruikers van een nummer omvat. Op dit punt valt geen afwijking van het oordeel van de rechtbank te constateren: immers ook indien een marktpartij bijvoorbeeld pas op 1 december van het jaar een nummer aanvraagt, 'ontloopt' hij daarmee niet een bijdrage in de kosten voor vergoeding van het toezicht.

De kern van de uitspraak is de toetsing aan de tweede voorwaarde waarin het verband met de werkzaamheden of diensten centraal staat. Bij toetsing aan deze voorwaarde neemt het CBB een ander standpunt in dan de rechtbank. Het CBB neemt daarbij in aanmerking dat een nummerhouder gebaat is bij handhaving van de marktordening door toezicht, *ook voorafgaand aan toekenning* (zie r.o. 5.4., cursivering GPvD). In dit licht staat het de regelgever vrij om het in de tweede voorwaarde voorgeschreven verband tussen toezichtwerkzaamheden en de verschuldigde vergoeding aanwezig te achten, indien de werkzaamheden plaatsvinden in het kalenderjaar waarin de nummerhouder over dit nummer beschikt. Met andere woorden: het CBB acht een zekere mate van abstractie toelaatbaar. Het beginsel van kostendekkenheid behoeft niet naar specifiek toezicht per individueel nummer te worden ingevuld maar mag op 'macro-niveau' worden vastgesteld waarbij als randvoorwaarde geldt dat de gezamenlijk door OPTA bijeen te brengen vergoedingen de kosten moeten dekken die op jaarbasis voor toezicht naar verwachting worden gemaakt.

Het CBB geeft tenslotte aan hoe deze uitspraak zich verhoudt met haar eerdere uitspraak van 14 oktober 1998 (*Libertel*, AB 1999, 275) inzake een op dit punt vergelijkbare Regeling vergoedingen TND. In deze procedure betrof eveneens de toerekening van de kosten van toezicht op nummers. Het ging hier om de situatie waarin in 1996 KPN vele miljoenen nummers in gebruik had – die niet waren toegekend – en Libertel pas in november van dat jaar nummers toegekend kreeg maar voor het gehele jaar toezichtkosten moest betalen. Volgens de genoemde regeling werden de kosten van toezicht slechts omgeslagen naar houders van toegekende nummers en niet over alle in 1996 gebruikte nummers. Het CBB oordeelde met een dergelijke omslag van de kosten – zonder dat deze voor een evenredig deel werden toegerekend aan KPN – de band tussen vergoeding en bewezen dienst was losgelaten. De regeling werd op dit punt onverbindend verklaard. De recente uitspraak van het CBB maakt duidelijk at hieruit niet kan worden geconcludeerd dat geen jaarlijkse toezichtkosten in rekening mogen worden gebracht. In de Libertel-uitspraak uit 1998 was namelijk de omstandigheid dat Libertel pas in november de nummer toegekend had gekregen maar toch voor het gehele jaar voor de toezichtkosten moest betalen niet doorslaggevend maar de omstandigheid dat een evenredige toedeling naar de door KPN gebruikte nummers ontbrak.

Het gevolg van de CBB-uitspraak is dat de huidige Regeling Vergoedingen waarbij wordt uitgegaan van jaarlijkse vergoeding verenigbaar is met artikel 16.1 Tw en kan worden gehandhaafd. Dit betekent dat OPTA kan volstaan met een abstracte toerekening en niet genoodzaakt is om de toezichtkosten per individuele nummerhouder naar periode van toezicht om te slaan. Het praktische gevolg hiervan is dat een aanzienlijke verzwaring van administratieve lasten voor OPTA wordt voorkomen. Daarnaast is OPTA verzekerd van een kostenvergoeding van het door haar uitgevoerde toezicht, ook voorafgaande aan de toekenning van een nummer, en is de vraag wie voor dit toezicht betaalt door het CBB in het voordeel van OPTA beslist.