

## Computerrecht 2012/187: Uitspraak van het CBB in beroep en in hoger beroep. SURFnet is geen aanbieder van een openbaar elektronisch communicatienet...

*Uitspraak van het CBB in beroep en in hoger beroep. SURFnet is geen aanbieder van een openbaar elektronisch communicatienetwerk of een openbare elektronische communicatiedienst. Of sprake is van het aanbieden van een openbaar elektronisch communicatienetwerk of van een openbare elektronische communicatiedienst hangt af van de aard van het aanbod en de kring van potentiële afnemers. Een registratiebesluit op grond van de Telecommunicatiewet is een appellabel besluit.*

**College van Beroep voor het bedrijfsleven, 22 juni 2012, nr. AWB 08/170 AWB 09/700, LJN: BX0230**  
(Mr. W.E. Doolaard, mr. R.C. Stam, mr. H.S.J. Albers)

**Wetgeving:** ( [art. 1.1](#) onder g, [art. 2.1 lid 1](#) en 4, [art. 2.2 lid 1](#) onder a Telecommunicatiewet, [Art. 1](#) onder c, [art. 5a](#) Besluit vergoedingen Telecommunicatiewet, art. 1:3 lid 1 Awb)

---

### Uitspraak

#### Partijen

Uitspraak in de zaak van:

SURFnet B.V., te Utrecht,

advocaat mr. J.R. van Angeren te Amsterdam,

tegen

de Onafhankelijke Post en Telecommunicatie Autoriteit,

advocaat mr. E.J. Daalder te Den Haag,

en tegen de uitspraak van de rechtbank te Rotterdam van 27 maart 2009 op het hoger beroep.

#### Bewerkte uitspraak

Partijen zullen hierna worden aangeduid als enerzijds 'SURFnet' en anderzijds 'OPTA'.

#### 1. Het procesverloop

Bij besluit van 19 juli 2007 heeft OPTA aan SURFnet een last onder dwangsom opgelegd. De last houdt in dat SURFnet mededeling dient te doen van het aanbieden van een openbare elektronische communicatiedienst en -netwerk, zoals is beschreven in [artikel 2.1](#) Telecommunicatiewet (hierna: Tw). De hoogte van de dwangsom heeft OPTA vastgesteld op € 5.000 per werkdag, met een maximum van € 50.000. Tegen de last onder dwangsom heeft SURFnet bezwaar gemaakt.

Op 31 juli 2007 is bij OPTA binnengekomen de onder protest gedane mededeling van SURFnet dat zij een openbare elektronische communicatiedienst en -netwerk aanbiedt. OPTA heeft daarop SURFnet bericht dat met de mededeling is voldaan aan de last.

Bij besluit van 30 augustus 2007 heeft OPTA SURFnet geregistreerd als aanbieder van een openbare elektronische communicatiedienst en -netwerk. Bij besluit van dezelfde datum heeft OPTA de vergoeding die SURFnet moet betalen voor het toezicht in 2007 vastgesteld op een bedrag van € 9.181. Ook tegen deze twee besluiten heeft SURFnet bezwaar gemaakt.

Bij besluit van 21 december 2007 heeft OPTA de bezwaren van SURFnet gericht tegen de last onder dwangsom, de registratie en de nota, ongegrond verklaard.

Tegen de beslissing op bezwaar heeft SURFnet bij brief van 29 januari 2008 beroep ingesteld bij de rechtbank Rotterdam. De rechtbank heeft het beroepschrift, voor zover gericht tegen de ongegrondverklaring van de bezwaren tegen de last onder dwangsom, doorgezonden naar het College (nr. AWB 08/170).

Bij uitspraak van 27 maart 2009 ( § <http://www.rechtspraak.nl>, § <http://www.ljn.nl/BH9324> LJV/BH9324) heeft de rechtbank beslist op het beroep, voor zover gericht tegen de ongegrondverklaring van de bezwaren tegen de registratie en de nota. De rechtbank heeft het beroep gegrond verklaard en het besluit vernietigd.

Tegen de uitspraak van de rechtbank heeft OPTA bij brief van 8 mei 2009 hoger beroep ingesteld (nr. AWB 09/700).

Partijen hebben in de respectieve zaken verweer gevoerd.

Op 20 januari 2012 heeft het onderzoek ter zitting plaats gehad, waarbij de gemachtigden van partijen zijn verschenen. Van de kant van SURFnet zijn verder verschenen prof. mr. E.J. Dommering, advocaat te Amsterdam, ir. C.A.M. Neggers en ir. F.M.M. van Iersel. Van de kant van OPTA zijn verder verschenen mr. M. Peeters en mr. R. Rodenrijs.

## **2. De beoordeling van het geschil**

### **2.1. Kern van het geschil**

In beide geschillen – beroep en hoger beroep – staat de vraag centraal of het elektronisch communicatienetwerk en de elektronische communicatiedienst die SURFnet aanbiedt, openbaar zijn. Zo ja, dan diende SURFnet daarvan mededeling te doen aan OPTA, zo volgt uit [artikel 2.1, eerste lid](#), Tw. In dat geval was OPTA bevoegd een last onder dwangsom op te leggen aan SURFnet om de mededeling af te dwingen. Ook zou OPTA bevoegd zijn om SURFnet te registreren op grond van [artikel 2.1, vierde lid](#), Tw en om de toezichtkosten voor 2007 vast te stellen. Ingeval SURFnet geen openbaar elektronisch communicatienetwerk of een openbare elektronische communicatiedienst aanbiedt, was OPTA tot geen van deze handelingen bevoegd.

### **2.2. Formele vraagpunten**

Voordat het College toekomt aan de inhoudelijke beoordeling van het geschil, dienen twee formele vraagpunten te worden behandeld. Allereerst de vraag of SURFnet nog belang heeft bij een beoordeling van de last onder dwangsom, en ten tweede of de registratie een besluit is waartegen bezwaar open staat.

#### **2.2.1. Last onder dwangsom - procesbelang**

Blijkens de processtukken heeft SURFnet de mededeling als bedoeld in [artikel 2.1, eerste lid](#), Tw gedaan onder druk van de dwangsommen die aan de last zijn verbonden. De omstandigheid dat de last onder dwangsom het beoogde effect heeft gehad, tast het procesbelang van SURFnet bij een beoordeling van de rechtmatigheid ervan niet aan. Gelet hierop is het College van oordeel dat SURFnet procesbelang heeft.

#### **2.2.2. Registratie – besluitbegrip**

Zoals volgt uit overweging 5.2 van de uitspraak van het College van 10 maart 2004 ( § <http://www.ljn.nl/AO5975> LJV/AO5975) volgt, heeft registratie als bedoeld in [artikel 2.1, vierde lid](#), Tw rechtsgevolg: derden zijn op basis van die registratie verplicht de aanbieder van een openbaar elektronisch communicatienetwerk of een openbare elektronische communicatiedienst de aan zo'n aanbieder ingevolge de Tw toekomende rechten te verlenen. Derhalve is registratie een besluit in de zin van [artikel 1:3, eerste lid](#), van de Algemene wet bestuursrecht (hierna: Awb), waartegen beroep openstaat. OPTA heeft terecht een inhoudelijke beslissing genomen op de bezwaren van SURFnet tegen de registratie.

## **2.3. Inhoudelijke bespreking**

### **2.3.1. Openbaar?**

Zoals hiervoor is vermeld, dient het College voor een inhoudelijk oordeel over het beroep en het hoger beroep de vraag te beantwoorden of het elektronisch communicatienetwerk en de elektronische communicatiedienst die SURFnet aanbiedt, openbaar zijn.

Ingevolge [artikel 1.1](#), aanhef en onder g, Tw wordt in deze wet en de daarop berustende bepalingen verstaan onder openbare elektronische communicatiedienst: elektronische communicatiedienst die beschikbaar is voor het publiek. Ingevolge het bepaalde onder h wordt verstaan onder openbaar elektronisch communicatienetwerk: elektronisch communicatienetwerk dat geheel of hoofdzakelijk wordt gebruikt om openbare elektronische communicatiediensten aan te bieden, waaronder mede wordt begrepen een netwerk, bestemd voor het verspreiden van programma's voor zover dit aan het publiek geschiedt.

De beoordeling of sprake is van een openbaar netwerk en openbare dienst, dient plaats te vinden aan de hand van het aanbod dat SURFnet aan potentiële afnemers doet. Dat SURFnet slechts op verzoek van een potentiële afnemer een overeenkomst aangaat, zoals zij heeft betoogd, doet er niet aan af dat zij haar netwerk en dienst aan anderen aanbiedt; de overeenkomst tussen SURFnet en afnemers vloeit immers voort uit vraag en aanbod.

Gelet op de door SURFnet aangeboden dienst en netwerk en de afgebakende kring van potentiële afnemers, is het College met de rechtbank van oordeel dat het aanbod van SURFnet niet beschikbaar is voor het publiek. Zoals de rechtbank heeft overwogen is SURFnet een onderzoeksgroep die met name zorgt voor koppeling van diverse internetverbindingen tussen de bij haar aangesloten instellingen. De doelgroep bestaat uit enkele honderden potentiële afnemers, waarvan 160 instellingen daadwerkelijk een overeenkomst met SURFnet hebben gesloten. Vanuit het verleden zijn onder die afnemers ook enkele organisaties die niet rechtstreeks vallen onder de noemer van instellingen voor onderwijs en wetenschap. Dat brengt echter niet mee dat de stelling van SURFnet dat haar aanbod zich daar thans toe beperkt, en dat derden die niet kunnen worden aangemerkt als instelling voor onderwijs of wetenschap geen toegang verkrijgen tot haar netwerk en dienst, niet kan worden gevolgd. Ook het betoog van OPTA dat SURFnet haar afnemers in staat stelt om hun studenten en medewerkers toegang te bieden tot internet, maakt niet dat SURFnets netwerk en dienst daarmee openbaar zijn. Die studenten en medewerkers kunnen immers zelf niet een overeenkomst aangaan met SURFnet en kunnen dus ook niet zelfstandig aanspraak maken op gebruik van SURFnets netwerk en dienst.

### 2.3.2. Gevolgen voor het beroep van SURFnet

Gezien het voorgaande is het elektronisch communicatienetwerk en de elektronische communicatiedienst die SURFnet aanbiedt niet openbaar als bedoeld in [artikel 2.1, eerste lid](#), Tw. Gelet hierop volgde uit de Telecommunicatiewet geen verplichting voor SURFnet om daarvan mededeling te doen, en handelde SURFnet niet in strijd daarmee door een mededeling achterwege te laten.

Dit betekent dat OPTA niet bevoegd was om de last onder dwangsom op te leggen teneinde de mededeling af te dwingen. Nu OPTA in de beslissing op het bezwaar tegen de last onder dwangsom daarvan niet is uitgegaan, dient de beslissing op bezwaar, voor zover deze ziet op de last onder dwangsom, vernietigd te worden wegens strijd met [artikel 5:32, eerste lid](#), Awb, in samenhang gelezen met [artikel 15.2, tweede lid](#), Tw.

### 2.3.3. Gevolgen voor het hoger beroep van OPTA

De beslissing op bezwaar is voor het overige – namelijk voor zover deze ziet op het registratiebesluit en de nota – al vernietigd door de rechtbank. Reden daarvoor is dat de rechtbank van oordeel was dat het elektronische communicatienetwerk en de elektronische communicatiedienst van SURFnet niet openbaar is.

Zoals hiervoor is overwogen, komt het College tot hetzelfde oordeel. Voor zover de beslissing op bezwaar ziet op het registratiebesluit, is deze in strijd met [artikel 2.2, eerste lid](#), aanhef en onder a, Tw. Op grond van deze bepaling gaat OPTA namelijk niet over tot registratie indien de mededeling geen betrekking heeft op een openbaar elektronisch communicatienetwerk of een openbare elektronische communicatiedienst. Voor zover de beslissing op bezwaar ziet op de nota, is deze in strijd met het [Besluit vergoedingen Telecommunicatiewet](#), nu SURFnet geen aanbieder is in de zin van [artikel 1](#), aanhef en onder c, van dat Besluit, en uit [artikel 5a](#) van dat Besluit volgt dat slechts voor een aanbieder een vergoeding kan worden vastgesteld. Het College zal de uitspraak van de rechtbank bevestigen.

## 2.4. Slotsom

Het beroep van SURFnet dient gegrond te worden verklaard. De bestreden beslissing op bezwaar dient, voor zover deze ziet op de last onder dwangsom, te worden vernietigd.

OPTA zal opnieuw op het bezwaarschrift moeten beslissen, zoals zij ook opnieuw op het bezwaar tegen de registratie en de nota zal moeten beslissen, als uitvloeisel van de uitspraak van de rechtbank. Wat betreft het hoger beroep van OPTA dient de aangevallen uitspraak van de rechtbank te worden bevestigd. Nu de aangevallen uitspraak in stand wordt gelaten, dient ingevolge [artikel 24, derde lid](#), van de Wet bestuursrechtspraak bedrijfsorganisatie griffierecht te worden geheven van OPTA.

OPTA dient te worden veroordeeld in de proceskosten van SURFnet in verband met beroepsmatig verleende rechtsbijstand door haar gemachtigde. Deze kosten worden voor de behandeling van het beroep en hoger beroep tezamen vastgesteld op € 966 op basis van 3 punten (1 punt voor het beroepschrift bij het College, 1 punt voor het verweer in hoger beroep en 1 punt voor het verschijnen ter zitting) tegen een waarde van € 322 per punt, waarbij het gewicht op gemiddeld is bepaald.

## 3. De beslissing

Het College

- verklaart het beroep van SURFnet gegrond;
- vernietigt het besluit van OPTA van 21 december 2007, voor zover OPTA daarbij de bezwaren van SURFnet tegen de last onder dwangsom ongegrond heeft verklaard;
- bevestigt de aangevallen uitspraak van de rechtbank Rotterdam;
- draagt OPTA op om ook ten aanzien van de last onder dwangsom een nieuw besluit te nemen op de bezwaren van SURFnet;
- veroordeelt OPTA in de door SURFnet in verband met de behandeling van het beroep en het hoger beroep gemaakte proceskosten tot een bedrag van € 966 (zegge: negenhonderdzesenzestig euro);
- bepaalt dat OPTA aan SURFnet het door haar betaalde griffierecht vergoedt ten bedrage van € 285 (zegge: tweehonderdvijfentachtig euro);
- verstaat dat de griffier het voor de behandeling van het hoger beroep verschuldigde griffierecht ten bedrage van € 447 (zegge: vierhonderdzevenenveertig euro) van OPTA zal heffen.

---

## Noot van mr. P.M. Waszink en mr. H.P. Wiersema<sup>1</sup>

### Noot

#### 1. Inleiding

SURFnet is géén aanbieder van een openbaar elektronisch communicatienetwerk of een openbare elektronische communicatiedienst (hierna tezamen: 'openbare elektronische communicatieactiviteiten'<sup>2</sup>). In zijn uitspraak van 22 juni 2012 vernietigt het College van Beroep voor het bedrijfsleven (CBB) allereerst de beslissing op bezwaar van OPTA voor zover deze ziet op een aan SURFnet opgelegde last onder dwangsom zich bij OPTA te registreren als aanbieder van openbare elektronische communicatieactiviteiten. Tegen deze last onder dwangsom stond ingevolge de Telecommunicatiewet rechtstreeks beroep open bij het CBB. SURFnet had onder protest aan deze last voldaan, waarop een registratiebesluit van OPTA volgde alsook, in een zelfstandig appellabel besluit, een factuur á € 9181 voor jaarlijkse toezichtkosten. De beslissing op bezwaar tegen deze twee beslissingen van OPTA (registratie en toezichtkosten) diende bij de Rechtbank Rotterdam te worden aangevochten, welk College op 27 maart 2009<sup>3</sup> oordeelde dat de registratie en toezichtkosten onterecht waren, omdat SURFnet niet kon worden aangemerkt als aanbieder van openbare elektronische communicatieactiviteiten. Tegen deze uitspraak ging OPTA in hoger beroep bij het CBB, vergeefs. Het CBB bevestigt in één uitspraak – het rechtstreekse beroep van SURFnet tegen de last onder dwangsom en het hoger beroep van OPTA tegen de uitspraak van de rechtbank werden logischerwijs gezamenlijk behandeld – dat SURFnet geen aanbieder is van openbare elektronische communicatieactiviteiten. Via de bovengenoemde juridische route langs Rechtbank Rotterdam en CBB haalt SURFnet bijna 5 jaar later dus alsnog definitief haar gelijk.

In deze uitspraak laat het CBB zich voor het eerst expliciet<sup>4</sup> uit over de vraag wanneer een elektronische communicatieactiviteit openbaar te noemen is. Tot deze uitspraak was de 'SURFnet-uitspraak' van de Rechtbank Rotterdam van 27 maart 2009 één van de weinige echte aanknopingspunten voor marktpartijen (en juristen) in de (tele)communicatiesector.<sup>5</sup> De rechtbankuitspraak blijft echter onverkort van belang voor de invulling van het begrip openbaar, nu het CBB de feiten beknopt beschrijft en niet veel toevoegt aan de overwegingen in eerste aanleg. Zoals wij hierna uiteenzetten, is sprake van een open begrip dat wordt ingevuld aan de hand van de specifieke omstandigheden van het geval. De omstandigheden van het geval SURFnet komen uitgebreid aan bod in de rechtbankuitspraak en in de beslissing op bezwaar van 21 december 2007.<sup>6</sup> Voor een goed begrip van de onderhavige uitspraak is het aan te bevelen zowel de uitspraak in eerste aanleg als de beslissing op bezwaar te raadplegen. Wij verwijzen daar gemakshalve naar.

Hierna behandelen wij in paragraaf 2 het oordeel van het CBB over het rechtsgevolg van registratie bij OPTA, daarna in paragraaf 3 het oordeel van het CBB over de openbaarheid van elektronische communicatieactiviteiten. In paragraaf 4 komen wij tot een afronding.

#### 2. Mededeling en registratie

SURFnet moest van OPTA – onder dreiging van het opleggen van een last onder dwangsom – mededeling doen van het aanbieden van openbare elektronische communicatieactiviteiten, ex [art. 2.1 lid 1](#) Telecommunicatiewet. Nadat SURFnet dit gemotiveerd had geweigerd, volgde op 19 juli 2007 een last onder dwangsom. Onder protest deed SURFnet deze mededeling vervolgens alsnog. Bij besluit van 30 augustus 2007 registreerde OPTA SURFnet vervolgens als aanbieder van openbare elektronische communicatieactiviteiten. Tegelijkertijd nam OPTA een besluit tot vaststelling van de door SURFnet verschuldigde toezichtkosten. SURFnet heeft bezwaar gemaakt tegen de last onder dwangsom, het registratiebesluit en het besluit toezichtkosten.

Aan de hand van de gegevens in de *mededeling* kan OPTA bepalen of de partij geregistreerd moet worden als aanbieder van openbare elektronische activiteiten of niet.<sup>7</sup> Als uit de gegevens blijkt dat geen sprake is van het aanbieden van openbare elektronische communicatieactiviteiten, dan gaat OPTA niet over tot registratie.<sup>8</sup> Registratie dient ertoe om inzicht te krijgen in de aanbieders van openbare elektronische communicatieactiviteiten, in het belang van het houden van toezicht op de markt en de handhaving van de bij of krachtens de Telecommunicatiewet opgelegde verplichtingen.<sup>9</sup> Dat neemt echter niet weg dat de rechten en verplichtingen die voortvloeien uit de Telecommunicatiewet ook gewoon gelden voor aanbieders van openbare elektronische communicatieactiviteiten die zich nog niet hebben

laten registreren. Ter zake van de registratie is een dergelijke aanbieder dus simpelweg zijn verplichting nog niet nagekomen.<sup>11</sup>

Gelet op het voorgaande is hetgeen het College overweegt ter zake van het rechtsgevolg van registratie juist, maar naar onze mening niet geheel zuiver (randnummer 2.2.2). Het CBB verwijst naar zijn eerdere uitspraak van 10 maart 2004<sup>11</sup> die betrekking had op het 'graafrecht' van telecomaanbieders, neergelegd in [hfdst. 5 Telecommunicatiewet](#) (preciezer: de gedoogplicht ten aanzien van door aanbieders van openbare elektronische communicatieactiviteiten aangelegde kabels ten behoeve van een openbaar netwerk). In die uitspraak oordeelde het CBB dat onder [art. 5.1](#) en [2.1 lid 1 Telecommunicatiewet](#) (oud), slechts diegene die als aanbieder van een openbaar telecommunicatienetwerk bij OPTA geregistreerd staat bevoegd en verplicht is zijn voornemen tot het aanleggen van kabels aan het college van burgemeester en wethouders te melden,<sup>12</sup> als hij gebruik wil maken van zijn graafrechten.<sup>13</sup> Registratie was aldus een noodzakelijke voorwaarde voor het uitoefenen van het graafrecht, om welke reden het logisch lijkt dat een registratie ten aanzien daarvan rechtsgevolg in het leven roept.

Bij wetwijziging van 19 mei 2004<sup>14</sup> is [art. 2.1 lid 1 Telecommunicatiewet](#) echter geredigeerd, zodat registratie niet langer een vereiste is voor het leggen van kabels voor een openbaar (elektronisch) telecommunicatienetwerk. Zoals in de toelichting verwoord:

"Het doen van de mededeling is geen voorwaarde voor het mogen aanleggen of aanbieden van genoemde netwerken of diensten".<sup>15</sup>

Anderen dan *geregistreeerde* aanbieders (of 'aanleggers') mogen dus gebruikmaken van dat wettelijke graafrecht – met inachtneming van voorwaarden zoals het melden bij het college van burgemeester en wethouders –, zolang hetgeen zij in de grond leggen maar is bestemd voor gebruik in een openbaar elektronisch communicatienetwerk. Van enig rechtsgevolg door registratie in verband met het verkrijgen graafrechten is in dit geval dus geen sprake; dit rechtsgevolg vloeit rechtsreeks voort uit [hfdst. 5 Telecommunicatiewet](#).

De hiervoor genoemde wetwijziging is gedaan tegen de achtergrond van [art. 3 Richtlijn 2002/20/EG](#) (Machtigingsrichtlijn), op grond waarvan het *aanbieden* van elektronische communicatienetwerken of -diensten door de lidstaten niet afhankelijk mag worden gesteld van een expliciet besluit of andere bestuurshandeling (behoudens ten aanzien van rechten voor het gebruik van frequenties of nummers). Registratie brengt volgens de toelichting dan ook niet mee 'dat daardoor de hoedanigheid van aanbieder van bijvoorbeeld openbare telecommunicatiediensten wordt verkregen'.<sup>16</sup> Deze uitleg is kennelijk ook toegepast op de hoedanigheid van *aanlegger* van een openbaar elektronisch communicatienetwerk. Dit neemt echter niet weg dat bij wet (registratie- of) aanvraagprocedures voor het verkrijgen van doorgangsrechten (lees in het onderhavige kader: graafrechten) wel *kunnen* worden geregeld. [Art. 11 Richtlijn 2002/21/EG](#) (Kaderrichtlijn) biedt deze mogelijkheid, onder voorwaarde dat dit geschiedt op basis van eenvoudige, efficiënte, transparante en openbare procedures die zonder discriminatie en onverwijld worden toegepast, waarbij de beginselen van transparantie en non-discriminatie worden gevolgd bij het verbinden van voorwaarden aan deze rechten van doorgang. Een registratieplicht – naast de voorwaarde dat sprake is van een openbaar elektronisch communicatienetwerk en de meldingsprocedure – lijkt te voldoen aan deze voorwaarden.

Waarom is de beslissing op de melding – de registratie – dan toch een besluit? Een belangrijk rechtsgevolg van registratie is in ieder geval dat de geregistreeerde partij verplicht is aan OPTA (jaarlijks) toezichtkosten te betalen, hetgeen bij besluit wordt gemeld aan de geregistreeerde partij.<sup>17</sup> Voor SURFnet ging het over een bedrag van €9181 in 2007. Wellicht denkt u nu: maar dat is toch juist ook een appellabel besluit, en hoort de vraag of een onderneming openbare diensten verleent (en zich dus moet registreren, en toezichtkosten verschuldigd is) dan niet daar thuis? Er zit echter naar onze mening een knip: de verplichting om toezichtkosten te betalen *in abstracto* is rechtsgevolg van het registratiebesluit (en zal in een procedure tegen dat besluit moeten worden aangevochten); de invulling *in concreto* van het verschuldigde bedrag vormt het rechtsgevolg van het jaarlijkse toezichtkostenbesluit van OPTA. De vraag of de door OPTA gekozen rekensleutel (op basis van 'relevante omzet') respectievelijk of die sleutel correct op een bepaalde onderneming is toegepast, kan ter discussie worden gesteld in een procedure tegen het toezichtkostenbesluit, waarbij wij opmerken dat OPTA daarbij een ruime beleidsvrijheid lijkt te worden toegekend.<sup>18</sup>

### 3. Openbare elektronische communicatieactiviteiten

De beoordeling of sprake is van een openbare elektronische communicatieactiviteit, dient volgens het CBB plaats te vinden aan de hand van het aanbod dat SURFnet aan potentiële afnemers doet. Als het aanbod 'beschikbaar is voor het publiek', dan is dit – volgens de definitiebepaling van openbare elektronische communicatiedienst<sup>19</sup> – openbaar. Het CBB lijkt te kijken naar zowel 1. de aard van het aanbod; als 2. de kring van potentiële afnemers ('Gelet op de door SURFnet aangeboden dienst en netwerk en de afgebakende kring van potentiële afnemers').

Onder verwijzing naar de overwegingen van de Rechtbank Rotterdam, beschrijft het CBB SURFnet als: 'een onderzoeksgroep die met name zorgt voor koppeling van diverse internetverbindingen tussen de bij haar aangesloten instellingen.' Deze overweging kan worden geschaard in de categorie 'aard van het aanbod'. Wat betreft de 'kring van potentiële afnemers', overweegt het CBB:

“De doelgroep bestaat uit enkele honderden potentiële afnemers, waarvan 160 instellingen daadwerkelijk een overeenkomst met SURFnet hebben gesloten.”

Het gaat om een afgebakende kring van instellingen voor onderwijs en wetenschap, waarbij derden die niet als zodanig kunnen worden aangemerkt geen toegang verkrijgen tot het netwerk en de dienst van SURFnet.

Deze overwegingen lijken enige handvatten te bieden, maar de schijn bedriegt hier toch wel iets. Allereerst wat betreft de kring van ‘potentiële’ afnemers. Wat is daarbij doorslaggevend: de feitelijke kring van afnemers (vraagzijde) of de beschrijving van de kring van afnemers door de aanbieder (aanbodzijde)? Neem bijvoorbeeld een Wi-Fi-dienst in hotels. Is de ‘doelgroep’ afgebakend omdat het aangeboden netwerk feitelijk alleen bereikbaar is voor personen die zich in een bepaalde zone in en om het hotel bevinden (vraagzijde)? Of is de doelgroep afgebakend doordat op de website van een telefonieaanbieder staat dat het aanbod wordt gedaan aan grootzakelijke gebruikers in de sector van juridische dienstverlening (aanbodzijde)? Of nog specifiek, als sprake is van een op de Rijksoverheid toegesneden aanbod, zoals bij de openbare aanbesteding OT2010 (aanbodzijde). En wat te denken van het aanbieden van MVNE-diensten (Mobile Virtual Network Enabler) aan MVNO’s (Mobile Virtual Network Operators)? Bij al deze voorbeelden zijn kenmerken van een afgebakende kring te ontwaren, maar over de vraag of deze ook rechtens kunnen worden aangemerkt als niet-openbare elektronische communicatieactiviteiten is discussie mogelijk.

Het lijkt erop dat het College neigt naar een ‘aanbodzijde’-benadering. Als de aanbieder zelf een groep afnemers afbakent, dan kan sprake zijn van een niet-openbaar aanbod. Dat lijkt logisch: een dienst wordt niet openbaar als er een bepaalde vraag zou zijn naar de betreffende dienst; er is dan altijd nog de beslissing van de aanbieder nodig om zijn dienst vervolgens af te stemmen op de veranderde vraag (in dit geval ‘open te stellen’ voor andere type vragers). Dit laat naar onze mening onverlet, dat een bepaald aanbod wel in overeenstemming moet zijn met de feitelijke afgifte/afname. Wellicht wat vergezocht, maar anders zou een door een aanbieder geformuleerd aanbod ertoe kunnen dienen de hoedanigheid van aanbieder van een openbare elektronische communicatieactiviteit te vermijden en de daaraan verbonden verplichtingen te omzeilen.

#### 4. Conclusie

De bevestiging van de uitspraak van de Rechtbank Rotterdam door het CBB zal als een opluchting komen voor aanbieders die hun dienstverlening in de afgelopen jaren daarop hebben afgestemd. De conclusies in de rechtbankuitspraak over openbaarheid worden overgenomen door het CBB, waarbij het een aantal handvatten geeft: kijk naar de aard van het aanbod en de kring van potentiële afnemers. Het CBB lijkt te neigen naar een aanbodzijde-benadering: wat is de aard van het aanbod en hoe wordt de potentiële kring van afnemers daarin afgebakend? De toetsing is afhankelijk van de specifieke omstandigheden van het geval. Aanbieders doen er dus goed aan de specifieke omstandigheden als omschreven in de rechtbankuitspraak en het besluit van OPTA bij hun toetsing te betrekken.

Daarnaast staat met de uitspraak vast dat een registratie een appellabel besluit is, zoals al vaststond dat de jaarlijkse oplegging van toezichtkosten door OPTA via het bestuursrecht kan worden aangevochten.

---

## Voetnoten

<sup>1</sup> Paul Waszink en Harald Wiersema zijn beide advocaat bij NautaDutilh N.V. te Amsterdam.

<sup>2</sup> OPTA hanteert dit begrip ook wel om aanbieders van openbare elektronische communicatiediensten en -netwerken en aanbieders van bijbehorende faciliteiten aan te duiden.

<sup>3</sup> Rb. Rotterdam 27 maart 2009, § <http://www.ljn.nl/BH9324>"LJN BH9324.

<sup>4</sup> In een uitspraak van het College van 10 maart 2004 ([AB 2005/270](#), m.nt. P.M. Waszink) kwam de betekenis van het begrip ‘openbaar (elektronisch) telecommunicatienetwerk’ al aan de orde. In die uitspraak werd echter de koppeling gemaakt met het aanbieden van een openbare telecommunicatiedienst die gebruikmaakt van een openbaar *netwerk* en het aanbieden van huurlijnen door de beheerder. De invulling van het begrip ‘openbaar’ bleef achterwege.

<sup>5</sup> Een aantal andere besluiten en uitspraken over het begrip openbare elektronische communicatieactiviteiten zijn hierna opgenomen, met de kanttekening dat het CBB zich daarover niet heeft uitgelaten: Rb. Rotterdam 17 juli 2002, § <http://www.ljn.nl/BH9917>"LJN BH9917; Rb. Rotterdam 25 januari 2006, § <http://www.ljn.nl/AY6083>"LJN AY6083 (Low Cost Linking Inc.); Besluit van 6 juli 2007, OPTA/TN/2007/201262 (VZG Communications B.V.); Besluit van 5 oktober 2010, OPTA/ACNB/2010/202645 (Lycamobile Ltd.).

<sup>6</sup> OPTA/TN/2007/202644, te vinden op § <http://www.opta.nl/www.opta.nl>.

<sup>7</sup> Art. 2.1 lid 1-4 Telecommunicatiewet.

<sup>8</sup> Art. 2.2 lid 1 onder a Telecommunicatiewet.

<sup>9</sup> *Kamerstukken II* 1997/98, 25 533, nr. 5, p. 6.

<sup>10</sup> § <https://zoek.officielebekendmakingen.nl/kst-25533-3.html>"*Kamerstukken II* 1997/98, 25 533, nr. 3, p. 15; §

<https://zoek.officielebekendmakingen.nl/kst-25533-5.html>"*Kamerstukken II* 1997/98, 25 533, nr. 5, p. 6; §

<https://zoek.officielebekendmakingen.nl/kst-28851-3.html>"*Kamerstukken II* 2002/03, 28 851, nr. 3, p. 94.

<sup>11</sup> [AB 2005/270](#), m.nt. P.M. Waszink; zie ook CBB 6 juni 2008, § <http://www.ljn.nl/BD4044>"LJN BD4044, [AB 2008/255](#), m.nt.

G.J.M. Cartigny.

<sup>12</sup> [Art. 5.2](#) Telecommunicatiewet (oud), nu vervangen door [art. 5.4](#) Telecommunicatiewet.

<sup>13</sup> Art. 2.1 lid 1 Telecommunicatiewet (oud) luidde: “Voor het aanleggen of aanbieden van een openbaar telecommunicatienetwerk, huurlijnen of een omroepnetwerk, dan wel voor het aanbieden van een openbare telecommunicatiedienst of een systeem vo

<sup>14</sup> *Stb.* 2004, 189, *Kamerstukken* 28 851.

<sup>15</sup> § <https://zoek.officielebekendmakingen.nl/kst-28851-3.html>"*Kamerstukken II* 2002/03, 28 851, nr. 3, p. 94.

<sup>16</sup> *Kamerstukken II* 2002/03, 28 851, nr. 3, p. 94.

- [17](#) Aan de hand van grensbedragen wordt bepaald welk bedrag aan toezichtkosten is verschuldigd, waarbij een (netto-)omzet van minder dan € 2 miljoen (2012) de ondergrens is. [Art. 16.1](#) Telecommunicatiewet jo. [art. 5a](#) Besluit vergoedingen Telecommunicatiewet jo. [art. 2 lid 2](#) Regeling vergoedingen OPTA 2012.
- [18](#) Zie bijv. CBB 10 februari 2010, § [href="http://www.ijn.nl/BM1608"](http://www.ijn.nl/BM1608) L/JN BM1608.
- [19](#) Art. 1.1 aanhef en onder g Telecommunicatiewet.