

Groep
Graafrechten

Reactie Groep Graafrechten wijziging Telecommunicatiewet (implementatie herziene Telecomrichtlijnen)

28 mei 2010 – Feyo Sickinghe

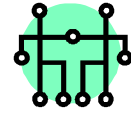
INLEIDING

1. Deze reactie volgt artikelsgewijs het concept wetsvoorstel wijziging Telecommunicatiewet d.d. 15 april 2010 ter implementatie van de telecom richtlijnen en een nieuwe verordening op het gebied van elektronische communicatienetwerken en- diensten, met de bijbehorende memorie van toelichting. De relevante artikelen worden gevolgd door een aanbeveling. De reactie wordt ingediend namens de leden van de Groep Graafrechten.

ARTIKELSGEWIJS COMMENTAAR

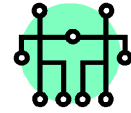
Artikel 1.1. onderdeel e (begrip 'elektronisch communicatienetwerk')

2. Aan het begrip 'elektronisch communicatie netwerk' wordt toegevoegd 'netwerkelementen die niet actief zijn'. Volgens de MvT betreft het dark fiber, zijnde glasvezelkabels die nog niet in gebruik zijn. Het begrip 'dark fiber' heeft in de praktijk meerdere betekenissen. Het betreft enerzijds netwerkelementen die (nog) niet in gebruik genomen zijn, maar anderzijds ook netwerkelementen in de vorm van onbelichte glasvezel die wordt geleverd aan een derde, die de netwerkapparatuur plaatst en 'licht op de glasvezel' zet. Ook lege mantelbuizen en ducts kunnen worden gezien als niet actieve netwerkelementen.
3. In de eerste plaats zou hieruit kunnen worden afgeleid dat de gedoogplicht wordt uitgebreid, hetgeen niet het geval is. De gedoogplicht ziet op kabels ten behoeve van een elektronisch communicatienetwerk, en niet op het elektronisch communicatienetwerk zelf. De gedoogplicht voor lege buizen is geregeld door middel van artikel 5.15 Tw (schakelbepaling).



Groep
Graafrechten

4. In de tweede plaats heeft de voorgenomen wijziging tot gevolg dat de verplichting van artikel 6.1 Tw tot onderhandelen over interoperabiliteit van toepassing kan worden op aanbieders van dark fiber. Weliswaar wordt in art. 6.1 Tw bepaald dat deze verplichting alleen geldt voor een aanbieder die 'toegang tot de eindgebruikers controleert', hetgeen voor een aanbieder van dark fiber niet het geval is, maar geheel duidelijk is dit niet. In de MvT zou moeten worden verhelderd dat een aanbieder van dark fiber niet een aanbieder is van elektronische communicatienetwerken die de toegang tot eindgebruikers controleert en dat de interoperabiliteitsverplichtingen niet van toepassing zijn.
5. In de derde plaats is de voorgenomen aanpassing aanleiding om nader te regelen dat de verplichte aftapbaarheid van artikel 13.1 Tw, de bewaarplicht ingevolge artikel 13.2a Tw alsmede de verplichtingen tot verstrekken van gegevens aan bevoegde autoriteiten op basis van artikel 5 Besluit bijzondere vergaring nummergegevens telecommunicatie jo artikel 13.4 lid 1 en 2 Tw voor netwerkelementen die in gebruik genomen worden (dark fiber in laatstbedoelde betekenis), niet gelden voor de leverancier van dark fiber, maar voor degene die de netwerkapparatuur plaatst en zorgt dat signalen over het netwerk worden getransporteerd, zonder dat daarvoor per in gebruik te nemen glasvezel door de leverancier een ontheffing dient te worden aangevraagd. De leverancier is immers niet de partij die toegang heeft tot de signalen en kan deze niet controleren. Deze controlemogelijkheid ligt bij de afnemer die licht op de glasvezel zet.
6. Voorts geldt dat op basis van de huidige Tw omzet die wordt behaald met het aanbieden van dark fiber in de vorm van onbelichte glasvezel niet meetelt bij de bepaling van de relevante omzet van de aanbieder als grondslag voor de bepaling van de toezichtskosten. Dat ligt ook voor de hand, aangezien met dark fiber (nog) geen diensten worden aangeboden en om die reden materieel gezien geen sprake is van een toezichthoudende taak. Om misverstanden te voorkomen zou dit in de MvT moeten worden toegelicht.

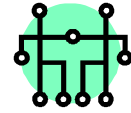


Groep
Graafrechten

- A. Toelichten dat de toevoeging 'netwerkelementen die niet actief zijn' geen invloed heeft op de gedoogplicht voor kabels ten behoeve van elektronische communicatienetwerken.
- B. Nader toelichten dat (i) dat de verplichtingen tot aftapbaarheid en verstrekking van gegevens aan bevoegde autoriteiten uiteraard niet kunnen gelden voor netwerkelementen die nog niet in gebruik zijn genomen, (ii) de verplichtingen uit hoofdstuk 13 Tw niet gelden voor de leverancier van dark fiber, maar voor degene die de netwerkapparatuur plaatst en zorgt dat signalen over het netwerk worden getransporteerd, zonder dat daarvoor per in gebruik te nemen glasvezel een ontheffing dient te worden aangevraagd.
- C. Verder zou in de MvT moeten worden verhelderd dat een aanbieder van dark fiber niet een aanbieder is van elektronische communicatienetwerken die de toegang tot eindgebruikers controleert en dat de interoperabiliteitsverplichtingen niet van toepassing zijn.
- D. Om misverstanden te voorkomen toelichten in de MvT dat het huidige regime van artikel 16.1 Tw (op grond waarvan omzet die wordt behaald met het aanbieden van dark fiber in de vorm van onbelichte glasvezel niet meetelt bij de bepaling van de relevante omzet van de aanbieder als grondslag voor de bepaling van de toezichtskosten) ongewijzigd blijft.

Artikel 5.4 (instemmingsbesluit bij gedoogplicht)

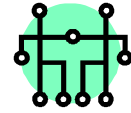
7. Aan artikel 5.4 wordt ter implementatie van artikel 11 lid 1 (KRL) toegevoegd dat een instemmingsbesluit voor het leggen van kabels binnen 6 maanden na de aanvraag moet zijn genomen. In de huidige praktijk worden instemmingsbesluiten afgegeven conform de daarvoor geldende termijnen van de Awb. Dit betekent dat instemmingsbesluiten doorgaans binnen acht weken worden verleend.
8. Conform de Algemene wet bestuursrecht moeten instemmingsbesluiten in beginsel binnen acht weken worden verleend. De beoogde toevoeging aan artikel 5.4 lid 1 sub b - inhoudende dat het graafrecht van rechtswege ontstaat indien niet binnen zes maanden een instemmingsbesluit is genomen - verandert daaraan niets. Dit betekent bijvoorbeeld dat colleges van B&W die niet tijdig beslissen in beginsel op grond van artikel



Groep
Graafrechten

4:17 Awb nog steeds een dwangsom kunnen verbeuren voor elke dag dat zij in gebreke zijn het instemmingsbesluit te nemen. Ook het instellen van bezwaar en beroep wegens niet-tijdig beslissen blijft mogelijk, waardoor het bestuursorgaan uiteindelijk door de rechter kan worden verplicht binnen een bepaalde termijn een besluit te nemen.

9. In aanvulling op de voorgestelde aanpassing van artikel 5.4 ligt het voor de hand dat de wetgever aansluiting zoekt bij de nieuwe regeling van de lex silencio positivo van paragraaf 4.1.3.3 Awb. Deze paragraaf is eind 2009 in werking getreden ter gelegenheid van de implementatie van de Dienstenrichtlijn en voorziet (kort gezegd) in een vergunningverlening van rechtswege, indien niet tijdig op een aanvraag is beslist. De paragraaf is van toepassing bij sommige vergunningen die nodig zijn om diensten te kunnen aanbieden in de zin van de Dienstenrichtlijn. Paragraaf 4.1.3.3. Awb is van toepassing indien dat bij wettelijk voorschrift is bepaald. Door deze paragraaf van toepassing te verklaren zou het gewijzigde artikel uit de Kaderrichtlijn geïmplementeerd kunnen worden.
10. Niet alleen van uit de positie van de Aanbieders maar ook bezien vanuit het algemeen belang zijn duidelijke voordelen aan te wijzen. De gevolgen van de vergunningverlening van rechtswege zijn in de Awb goed doordacht. Zo moet de vergunningverlening worden bekend gemaakt door het bestuursorgaan, blijven bestaande beleidsregels en wettelijke voorschriften op de van rechtswege verleende vergunning van toepassing en kunnen alsnog voorschriften aan het besluit worden verbonden. Dat vormt een veel sterker kader dan de enkele bepaling dat de aanbieder na zes maanden kan overgaan tot de voorgenomen werkzaamheden, met het voor de aanbieders bijkomende voordeel dat de colleges van B&W sterker dan voorheen de verplichting zullen voelen om tijdig een instemmingsbesluit te nemen.
11. In artikel 5.4 is bepaald dat het tijdstip van aanvang van de werkzaamheden niet langer dan 12 maanden na de datum van de afgifte van het instemmingsbesluit mag liggen. Deze termijn is destijds opgenomen met het doel om de aanbieders een waarborg te verschaffen tegen onredelijke termijnen, maar wordt in de praktijk juist gebruikt door gemeenten om langere termijnen te stellen. Dit is met name bij de aanleg van nieuwe netwerken (fiber-to-the-home) onwenselijk. Eenzelfde risico kan zich



Groep
Graafrechten

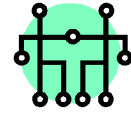
voordoen, indien zonder nadere toelichting in de MvT wordt bepaald dat een instemmingsbesluit binnen 6 maanden dient te worden gegeven. De termijn voor aanvang van werkzaamheden zou daarmee de facto op 18 maanden kunnen worden gesteld.

Ter implementatie van artikel 11 lid 1 KRL in artikel 5.4 Tw aansluiting zoeken bij en verwijzen naar de lex silencio positivo van § 4.1.3.3. Awb, waarin is voorzien in een vergunningverlening van rechtswege, indien niet tijdig op een aanvraag is beslist, met de bijbehorende wettelijke waarborgen.

Artikel 11a.1 en 11a.2 (continuïteit en netwerkintegriteit)

12. Aanbieders dienen passende technische en organisatorische maatregelen te nemen om de veiligheid en integriteit van hun netwerken en diensten te waarborgen (implementatie artikel 13bis en 13ter KRL). Ook bij technische storingen dient te beschikbaarheid van openbare telefoondiensten zoveel mogelijk te zijn gewaarborgd. Artikel 11a.2 bevat een meldplicht in geval van onderbreking van de continuïteit van het netwerk of de dienst indien die het gevolg is een inbreuk op de veiligheid of verlies van integriteit, bijvoorbeeld bij uitval van elektriciteit of schade door graafwerkzaamheden. Bij AMvB kunnen nadere regels worden gesteld.

13. De meldplicht voor onderbrekingen van continuïteit valt deels samen met de meldplicht voor schadegevallen bij graafwerkzaamheden op grond van de artikelen 15, 16 en 47 Wet informatie-uitwisseling ondergrondse netten. Graafschademeldingen dienen plaats te vinden bij het Agentschap Telecom, terwijl meldingen op grond van artikel 11a.2 bij de Minister van Economische Zaken dienen te worden gedaan. Tevens dient voor spoedeisende werkzaamheden bij ernstige belemmeringen en storingen ingevolge artikel 5.6 Tw een melding te worden gedaan bij degene op wie de gedoogplicht rust. In de MvT dient het onderscheid tussen deze meldingen nader te worden toegelicht.



Groep
Graafrechten

Onduidelijk is wat in artikel 11a.2 lid 2 precies wordt bedoeld met een onderbreking van continuïteit van het netwerk 'in belangrijke mate'. Betreft het een onderbreking voor een woonwijk, bedrijventerrein of slechts enkele aansluitingen? Dit dient nader te worden toegelicht. Het onderscheid tussen de verschillende meldplichten op grond van de artikelen 15, 16 en 47 Wet informatie-uitwisseling ondergrondse netten, artikel 5.6 Tw en artikel 11a.2 nader toelichten.

/