

MEMORIE VAN TOELICHTING

I. ALGEMEEN

1. Doel en aanleiding

1.1 Doel van wetsvoorstel

Dit wetsvoorstel beoogt de regels met betrekking tot de aanleg, instandhouding en opruiming van kabels ten dienste van openbare elektronische communicatienetwerken aan te scherpen en te verduidelijken. Deze regels zijn neergelegd in hoofdstuk 5 van de Telecommunicatiewet. Met uitzondering van de bepaling over eigendom (artikel 5.11 nieuw) vallen niet-openbare elektronische communicatienetwerken buiten de werking van hoofdstuk 5 van de Telecommunicatiewet.

Met de herziening van dit hoofdstuk wordt een aantal knelpunten weggenomen, die betrokken partijen ondervinden bij de aanleg, instandhouding en opruiming van kabels. Hiermee wordt zoveel mogelijke recht gedaan aan tekortkomingen die zij in de praktijk ervaren. In het bijzonder wordt een aantal in de praktijk ervaren onduidelijkheden weggenomen, door de rechten en plichten van de verschillende partijen te benoemen en scherp af te bakenen opdat partijen weten wat zij over en weer van elkaar mogen verwachten.

Daarnaast wordt met deze herziening beoogd een beter evenwicht te realiseren tussen de uiteenlopende – en vaak tegengestelde - belangen die bij de aanleg van een openbaar elektronisch communicatienetwerk aan de orde zijn. Het gaat bij deze aanleg immers niet alleen om de belangen van degenen die ondergrondse infrastructuur aanleggen, maar ook om de belangen van degenen die de aanleg in ‘hun’ grond dienen toe te staan (de gedoogplichtigen) en publieke belangen zoals het tegengaan van overlast, het waarborgen van bereikbaarheid, het verzekeren van de veiligheid van de openbare ruimte en de doorstroming van het verkeer. Zo ontstaat er een samenhangend wettelijk kader dat de snelle uitrol van elektronische communicatie-infrastructuur waarborgt en tegelijkertijd de belangen van andere betrokken partijen voldoende beschermt.

Ik ben me ervan bewust dat diverse partijen op dit moment een veel omvangrijker wetgevingstraject voor ogen staat dan de herziening van hoofdstuk 5 van de Telecommunicatiewet. Een wetgevingstraject, dat niet alleen betrekking heeft op elektronische communicatie-infrastructuur, maar ook op andere kabels en leidingen in de ondergrond omvat. In het bijzonder is er een discussie op gang gekomen over de noodzaak tot ordening van de ‘ondergrondse ruimte’ en de rol die de verschillende overheden al dan niet daarbij moeten spelen. De vraag of dit wetsontwerp niet een veel bredere strekking moet hebben kan ik dan ook begrijpen. Toch kies ik er voor om dit wetsontwerp strikt te beperken tot de herziening van hoofdstuk 5 van de Telecommunicatiewet. Dat is niet omdat ik het belang van een meer omvattende regeling onderschat. Integendeel, ik erken dat grote belang volop. Maar overwegingen om de geconstateerde problemen snel te verminderen of op te lossen zijn hier doorslaggevend. Een meer omvattende regeling, gericht op een structurele ordening van de ondergrondse

Concept Memorie van Toelichting 13-11-03

Versie t.b.v. OPT 25nov03

ruimte, is een zeer complexe aangelegenheid, vraagt de betrokkenheid van veel partijen en zal noodzakelijkerwijs de nodige tijd vergen. Het lijkt me onnodig en onwenselijk om daarop te wachten, als met deze aanpassing van de Telecommunicatiewet een oplossing voor een aantal problemen kan worden gevonden (zie ook hoofdstuk 2.3). Wel is het voornemen van de regering om te komen met een meer omvattende regeling voor de ordening van de ondergrondse infrastructuur, die niet alleen betrekking heeft op openbare elektronische communicatienetwerken. De ambtelijke voorbereiding daartoe is inmiddels gestart.

1.2 Aanleiding

De fundamenteën voor het huidige beleid voor de aanleg, instandhouding en opruiming van elektronische communicatiekabels dateren al uit de Telegraaf- en Telefoonwet van 1904. In de jaren negentig is de telecommunicatiemarkt in een aantal stappen geliberaliseerd. De volledige liberalisering vond zijn beslag in de Telecommunicatiewet van 1998. De werkingssfeer van de bepalingen over aanleg, instandhouding en opruiming van kabels, die tot dan toe alleen golden voor de netwerken van de toenmalige concessiehouder KPN, en enkele inmiddels tot de markt toegelaten bedrijven, werd toen uitgebreid tot alle aanbieders van openbare elektronische communicatienetwerken. De gedoogplicht - die er samengevat op neer kwam dat 'eenieder' verplicht was de aanleg, instandhouding en opruiming van elektronische communicatiekabels in met name de openbare grond te gedogen - vormde hierbij een zeer belangrijk element. Uitbreiding van de gedoogplicht tot alle openbare elektronische communicatienetwerken werd als voorwaarde gezien voor een snelle aanleg van concurrerende netwerken.

Met het gedoogregime, zoals geregeld in de Telecommunicatiewet, is inmiddels enige jaren ervaring opgedaan. Diverse partijen zoals aanbieders van openbare elektronische communicatienetwerken, gemeenten, de Onafhankelijke Post en Telecommunicatie Autoriteit (OPTA) en de nutsbedrijven hebben melding gemaakt van problemen die zij in de praktijk ervaren. Naar aanleiding hiervan heeft het Ministerie van Economische Zaken een inventarisatie gemaakt van deze problemen. Een beknopte opsomming hiervan is in paragraaf 2.2 van deze memorie van toelichting opgenomen.

Los van de in de praktijk ervaren problemen ben ik van oordeel dat op enkele punten meer rekening moet worden gehouden met de belangen van gedoogplichtigen. In het bijzonder gaat het om het ontbreken van rechtsbescherming bij toepassing van het huidige artikel 5.5, eerste lid, onder b. Het betreft de aanleg van kabels of netwerkaansluitpunten in en aan gebouwen (waaronder woningen), en in gronden (waaronder tuinen) ten behoeve van aansluitingen. Hoewel het hier gaat om de meest ingrijpende inbreuk op het eigendomsrecht uit hoofdstuk 5, geldt artikel 5.3 niet. In dit artikel is bepaald dat een aanlegger moet streven naar overeenstemming met de gedoogplichtige. Deze bepaling geldt dus bij toepassing van artikel 5.5. Evenmin geldt een expliciete plicht voor de aanlegger zorgvuldig te werk te gaan, noch de plicht om de gedoogplichtige te voren in kennis te stellen van de voorgenomen werkzaamheden. Deze situatie acht ik zeer ongewenst. Ook ben ik van mening dat de verhouding tussen de gedoogplicht en publieke belangen moet worden verduidelijkt. Daarom zal in de wet

Concept Memorie van Toelichting 13-11-03

Versie t.b.v. OPT 25nov03

expliciet worden aangegeven dat de gedoogplicht geen afbreuk doet aan verplichtingen die op grond van andere wetten kunnen worden opgelegd. Voorts wordt in de wet een opsomming gegeven van de publieke belangen waarop voorschriften van burgemeester en wethouders betrekking kunnen hebben.

Tenslotte wordt in hoofdstuk 5 de aanleg van kabels aangepast aan de inmiddels al lang bestaande praktijk dat kabels doorgaans ondergronds worden aangelegd, en alleen bovengronds in al bestaande (bovengrondse) voorzieningen.

1.3 Relatie wetsvoorstel met andere wetgeving

1.3.1 Europese richtlijnen

[Aanpassen aan actualiteit:] Op dit moment behandelt de Eerste Kamer een voorstel tot wijziging van de Telecommunicatiewet ter implementatie van de nieuwe geharmoniseerde Europese regelgeving voor de elektronische communicatiesector (de 'nieuwe ONP-richtlijnen'). Afgezien van de aanpassing van een aantal begrippen leidt dit niet tot inhoudelijke veranderingen van hoofdstuk 5 van de Telecommunicatiewet. Tijdens de totstandkoming van de implementatiewet is door verschillende partijen gevraagd hoofdstuk 5 ook inhoudelijk te wijzigen naar aanleiding van de ervaringen die inmiddels met hoofdstuk 5 zijn opgedaan. Mede in verband met de (korte) implementatietermijn is besloten om bij de implementatiewetgeving geen andere wijzigingen op te nemen, dan die waartoe de richtlijnen noodzakelijk zijn. Voor de wijziging van hoofdstuk 5 is dan ook een afzonderlijk wetgevingstraject gestart.

In de Kaderrichtlijn (Richtlijn 2002/21/EG) zijn in artikel 11, onder het kopje 'doorgangsrechten' bepalingen opgenomen over graafrechten. Voor zover het dwingende bepalingen betreft behelzen deze –samengevat- dat graafrechten worden toegekend op 'basis van doorzichtige en openbare procedures die zonder discriminatie en onverwijld worden toegepast' en dat bij het verbinden van voorwaarden aan deze rechten 'de beginselen van transparantie en non-discriminatie' worden gevolgd. De Kaderrichtlijn staat lidstaten daarbij toe onderscheid te maken tussen graafrechten ten behoeve van openbare en niet-openbare communicatienetwerken.

In Nederland is er voor gekozen om de gedoogplicht uitsluitend op te leggen ten behoeve van openbare elektronische communicatienetwerken en niet ten behoeve van overige netwerken. De overweging dat openbare netwerken - in tegenstelling tot niet-openbare netwerken - aangelegd worden ten behoeve van dienstverlening aan het publiek is hierbij doorslaggevend. Deze keuze is niet in strijd met de Kaderrichtlijn. De 'doorgangsrechten' worden in Nederland bij wet verleend en gelden voor alle openbare elektronische communicatienetwerken. Daarmee is voldaan aan de beginselen van transparantie en non-discriminatie. Het verlenen van doorgangsrechten laat overigens onverlet dat bevoegde autoriteiten eisen kunnen stellen aan het gebruik van de grond, zoals ook blijkt uit overweging 22 van de Kaderrichtlijn, waarin staat dat de richtlijn de nationale bepalingen inzake het gebruik van eigendom, de normale uitoefening van eigendomsrechten en het normale gebruik van de openbare ruimte onverlet laat. In dit

Concept Memorie van Toelichting 13-11-03

Versie t.b.v. OPT 25nov03

verband gaat het om eisen die een gemeente of een vergunningverlener kan stellen aan de aanleg van een netwerk.

Artikel 11 van de Kaderrichtlijn bevat voorts bepalingen over functiescheiding indien lokale of andere overheden doorgangsrechten verlenen. In de Nederlandse situatie is dat niet aan de orde, omdat 'doorgangsrechten' – zoals aangegeven - bij wet worden verleend. Nadere eisen die een gemeente (of een ander bestuursorgaan) kan stellen, zijn niet aan te merken als het verlenen van doorgangsrechten, maar houden verband met de specifieke publieke belangen dat het bestuursorgaan behartigt. In het geval van de gemeente gaat het onder andere om het tegengaan van overlast en het waarborgen van bereikbaarheid en veiligheid. Het stellen van dergelijke voorwaarden is in overeenstemming met artikel 6 van de Machtigingsrichtlijn en de bij dit artikel behorende bijlage. In onderdeel 5 van deel A van deze bijlage worden in dit verband genoemd: het geven van 'milieuvoorschriften en stedenbouwkundige en planologische voorschriften, alsmede voorschriften en voorwaarden in verband met het verlenen van toegang of het gebruik van openbaar terrein en voorwaarden in verband met collocatie en gedeeld gebruik van faciliteiten overeenkomstig Richtlijn 2002/21/ED (Kaderrichtlijn), in voorkomend geval met inbegrip van alle financiële of technische waarborgen die noodzakelijk zijn om de goede uitvoering van de infrastructuurwerken te waarborgen.'

In artikel 12 van de Kaderrichtlijn is collocatie en gedeeld gebruik van faciliteiten geregeld. Op grond van dit artikel kunnen lidstaten regelingen treffen over collocatie en gedeeld gebruik van voorzieningen. Medegebruik van voorzieningen 'ter zake van aanleg en instandhouding van kabels' is geregeld in het huidige artikel 5.10 van de Telecommunicatiewet. Hierin is bepaald dat aanbieders van openbare telecommunicatienetwerken over en weer verplicht zijn om te voldoen aan redelijke verplichtingen tot medegebruik van deze voorzieningen. Dit artikel ziet overigens niet op het gebruik van voorzieningen in openbare gronden die een gemeente of een gedoogplichtige zelf heeft getroffen om de overlast van het graven te beperken.

1.3.2. Relatie tot andere nationale wetgeving

De in de Telecommunicatiewet geregelde gedoogplicht laat eisen gesteld op grond van andere wetgeving terzake van het gebruik van gronden, gebouwen of wateren waarin, waarop of waaraan kabels ten dienste van een openbaar elektronisch communicatienetwerk worden aangelegd onverlet. Bij deze andere wetgeving kan onder andere gedacht worden aan de Wet Beheer Rijkswaterstaatswerken, de Wegenwet, de Waterschapswet, de Monumentenwet, de Wet Milieubeheer en de Spoorwegwet. Op grond van sommige van deze wetten is het gebruik van bepaalde gronden aan een vergunning verbonden. Dit is bijvoorbeeld het geval op grond van de Wet Beheer Rijkswaterstaatswerken en de Spoorwegwet. Voorwaarden die op grond van deze wetten aan de vergunningen verbonden kunnen worden zijn onverminderd van toepassing opdat de belangen waarop de betreffende wetten zien veilig gesteld kunnen worden.

2. DE AANLEG, INSTANDHOUDING EN OPRUIMING VAN KABELS

2.1 De huidige systematiek

Het gedoogregime vormt de kern van de huidige systematiek bij aanleg, instandhouding en opruiming van kabels ten dienste van openbare elektronische communicatienetwerken. Waar in deze paragraaf sprake is van 'kabels', worden overigens gemakshalve, hoewel het geen kabels zijn in de zin van de wet, ook niet bedrade ondergrondse ondersteuningswerken en beschermingswerken, zoals bijvoorbeeld lege mantelbuizen, bedoeld. De bepaling dat ook lege mantelbuizen moeten worden gedoogd is bij amendement ingevoegd, tijdens de behandeling van de implementatiewet in de Tweede Kamer.

De gedoogplicht omvat de volgende elementen:

- a) Eenieder moet de aanleg, instandhouding en opruiming van kabels ten dienste van een openbaar elektronisch communicatienetwerk in openbare grond gedogen.
- b) Datzelfde geldt voor niet-openbare gronden, waar het interlokale en internationale kabels betreft, met dien verstande dat de gedoogplicht niet geldt voor 'tuinen en even die met bewoonde percelen één geheel vormen'.
- c) Eenieder is verplicht de aanleg en instandhouding van kabels ten dienste van een openbaar elektronisch communicatienetwerk boven gronden, gebouwen of wateren te gedogen, mits er geen sprake is van 'aanhechting of aanraking'.
- d) Eenieder is verplicht de aanleg en instandhouding van kabels en netwerkaansluitpunten ten dienste van een openbaar elektronisch communicatienetwerk te gedogen in en aan gebouwen, en in gronden die daarmee een geheel vormen als het gaat om aansluitingen in die gebouwen of naburige gebouwen.

De algemene plicht om de aanleg en instandhouding van kabels te gedogen is een zeer vergaande inbreuk op het eigendomsrecht, die betrekkelijk uniek is in de Nederlandse wetgeving. Voor de aanleg van vergelijkbare voorzieningen als elektriciteitskabels en gasleidingen kan de Minister van Verkeer en Waterstaat ook een gedoogplicht opleggen op grond van de Belemmeringenwet Privaatrecht. Bij deze voorzieningen gaat het echter niet om een generieke maar om een situationele gedoogplicht. Dat wil zeggen dat voor elk concreet geval apart beoordeeld moet worden of de gedoogplicht moet worden opgelegd. De gedoogplicht kan alleen worden opgelegd als degene die het werk wil aanleggen met de rechthebbenden ten aanzien van de onroerende zaak niet tot overeenstemming is gekomen, de belangen van de rechthebbenden redelijkerwijs onteigening niet vorderen en in het gebruik van de onroerende zaken niet meer belemmeringen worden aangebracht dan redelijkerwijs voor de aanleg en instandhouding van het werk nodig is. Alleen als aan deze voorwaarden is voldaan kan de Minister van Verkeer en Waterstaat de gedoogplicht opleggen.

De gedoogplicht uit de Telecommunicatiewet geldt voor de aanleg, instandhouding en opruiming van kabels 'ten dienste van een openbaar elektronisch communicatienetwerk'.

Concept Memorie van Toelichting 13-11-03

Versie t.b.v. OPT 25nov03

Voor kabels die niet aan dit criterium voldoen geldt geen gedoogplicht. Vanzelfsprekend voldoen kabels van een niet-openbaar elektronisch communicatienetwerk niet aan dit criterium. Maar ook voor kabels die in het geheel niet gebruikt worden en ook niet binnen afzienbare tijd in gebruik zullen worden genomen, dus waarover geen transport van signalen (meer) plaatsvindt geldt geen gedoogplicht. Zij staan immers niet ten dienste van een openbaar telecommunicatienetwerk.

Conform de definitie van het begrip ‘kabels’ (artikel 1.1r (nu)/1.1z(implementatiewet) van de Telecommunicatiewet) strekt de gedoogplicht uit hoofdstuk 5 zich uit tot ‘kabels en de daarbij behorende ondersteuningswerken, beschermingswerken en signaalinrichtingen, alsmede inrichtingen bestemd om daarin verbindingen tot stand te brengen tussen kabels in, op of boven openbare gronden enerzijds en kabels in gebouwen en daarmee één geheel vormende gronden anderzijds dan wel tussen laatstgenoemde kabels onderling’. Zoals hiervoor is aangegeven, geldt de gedoogplicht ook voor ondergrondse ondersteunings- en beschermingswerken die, hoewel ze geen kabel zijn in de zin van de wet, bedoeld zijn om in de toekomst deel uit te gaan maken van een openbaar elektronisch communicatienetwerk.

Bij aanleg in niet-openbare gronden is de aanbieder verplicht te streven naar overeenstemming met de gedoogplichtige over de plaats en wijze van uitvoering van de werkzaamheden alvorens over te gaan tot het uitvoeren van werkzaamheden. Op deze manier heeft de gedoogplichtige toch enige zeggenschap over zijn eigendom. Als geen overeenstemming wordt bereikt, dan staat voor de gedoogplichtige de weg naar OPTA open.

Voor aanleg in openbare gronden – waarin het merendeel van de kabels gelegd wordt – moet de aanbieder instemming van burgemeester en wethouders hebben. Burgemeester en wethouders kunnen bij het instemmingsbesluit voorwaarden stellen aan het tijdstip en de werkwijze van de werkzaamheden. Deze taak is aan de gemeente toebedeeld als verantwoordelijke instantie voor de gemeentelijke huishouding en hoeder van publieke belangen zoals het beperken van overlast. Bij het nemen van een instemmingsbesluit moet de gemeente andere werkzaamheden en belangen mee te wegen. Door deze coördinatie kan de overlast van graafwerkzaamheden voor burgers beperkt worden. Hierbij kan gedacht worden aan het bevorderen van medegebruik van al bestaande voorzieningen door aanbieders die een verzoek tot aanleg bij de gemeente indienen. De coördinatie van de gemeente laat onverlet dat vergunningen vereist kunnen zijn op grond van andere wetgeving.

Op grond van de wet moet de gemeente in een verordening regels opnemen met betrekking tot het tijdstip waarop de melding dient te worden gedaan, de gegevens die hierbij overgelegd moeten worden, de wijze van uitvoering bij aanleg, onderhoud en verplaatsing en opruiming en ten aanzien van medegebruik van voorzieningen.

Daarnaast heeft de aanbieder de plicht zijn kabels te verplaatsen wanneer dit noodzakelijk is voor het oprichten van gebouwen of het uitvoeren van werken door of vanwege de gedoogplichtige. De aanbieder zal het verzoek van de gedoogplichtige op eigen kosten moeten uitvoeren. Deze bepaling zorgt ervoor dat de gedoogplichtige ongehinderd

Concept Memorie van Toelichting 13-11-03

Versie t.b.v. OPT 25nov03

gebruik kan blijven maken van zijn eigendom en geldt zowel voor openbare als niet-openbare gronden. Wanneer er een verschil van mening is over de toedeling van de kosten kan OPTA gevraagd worden hier een uitspraak over te doen.

Wanneer de aanwezigheid van bomen of planten storing veroorzaakt of zal veroorzaken in netwerken dan heeft de rechthebbende ten aanzien van deze bomen en planten de plicht deze op te snoeien of in te korten. In spoedeisende gevallen heeft een aanbieder het recht dit zelf te doen.

De overlast die de gedoogplichtige ondervindt van de aanleg van telecomkabels dient door de aanlegger tot een minimum beperkt te worden. Voorts heeft een gedoogplichtige recht op schadevergoeding. Deze schadevergoeding beperkt zich voor eigenaren en beheerders van openbare gronden tot de kosten van voorzieningen en de meerdere kosten van onderhoud. De kantonrechter beslecht geschillen over de hoogte van de schadevergoeding.

Tot slot hebben aanbieders van openbare elektronische communicatienetwerken de wederzijdse plicht te voldoen aan redelijke verzoeken tot medegebruik van voorzieningen. Op deze manier wordt een efficiënter gebruik van reeds in de grond aanwezige infrastructuur bevorderd. Deze verplichting geldt als medegebruik technisch mogelijk is en alleen als voor het medegebruik een redelijke vergoeding wordt betaald.

2.2 Ervaringen met de toepassing van de gedoogplicht.

Zoals in paragraaf 1.2 is aangegeven hebben verschillende partijen in de praktijk problemen ervaren bij de toepassing van hoofdstuk 5 van de Telecommunicatiewet. Zo wordt het huidige gedoogregime door betrokken partijen als complex bestempeld. In dit verband wordt bijvoorbeeld aangegeven dat in de praktijk de vraag wie welk type kabel in zijn grond moet gedogen, vaak moeilijk te beantwoorden is.

Ook over de coördinatietaak van gemeenten zijn vragen gerezen. Op grond van hoofdstuk 5 van de Telecommunicatiewet zijn gemeenten belast met een coördinatietaak, onder meer om de overlast van de aanleg van kabels – zoals veelvuldig opengebroke straten - te minimaliseren. In de praktijk blijkt dat gemeenten geen eenduidig beeld hebben van de wijze waarop zij invulling moeten en kunnen geven aan de coördinatietaak. Het verschil in taakopvatting tussen gemeenten leidt tot uiteenlopende procedures en dit leidt weer tot verwarring bij de aanbieders. Het is vaak niet duidelijk welke gemeentelijke belangen gemeenten meewegen bij de afgifte van een instemmingsbesluit en of een gemeente binnen haar coördinatietaak ook de belangen andere bestuursorganen zoals bijvoorbeeld Rijkswaterstaat moet behartigen. Omdat gemeenten vrij zijn in het bepalen van het tijdstip waarop met de graafwerkzaamheden in openbare grond mag worden begonnen, kan dat in de praktijk tot ongewenste vertragingen leiden. Aanbieders geven verder aan dat de onduidelijkheid van de gemeentelijke coördinatietaak de uitrol van hun netwerken bemoeilijkt. Bovendien leidt het ontbreken van een snelle procedure voor spoedeisende werkzaamheden tot vertraging bij reparatiewerkzaamheden. Ook geven aanbieders in dit verband aan dat de legestarieven per gemeente ondoorzichtig zijn en per gemeente sterk

Concept Memorie van Toelichting 13-11-03

Versie t.b.v. OPT 25nov03

kunnen verschillen. Tenslotte zijn zij beducht voor een grotere rol van gemeente bij de aanleg van (delen van) openbare elektronische communicatienetwerken.

Bij de praktische uitvoering van werkzaamheden, zo geven partijen aan, kunnen zich problemen voordoen waar de wet niet expliciet in voorziet. Het terugbrengen van de graaflocatie in de oude staat (denk aan herbestrating) is een veel genoemd voorbeeld. Gemeenten ondervinden schade door slechtere kwaliteit van openbare wegen na graafwerkzaamheden. Daarom is de Vereniging van Nederlandse Gemeenten (VNG) van mening dat, gelet op van de gemeentelijke verantwoordelijkheid voor de openbare ruimte, het primaat voor herbestraten bij de gemeenten behoort te liggen. Dit in tegenstelling tot de aanbieders die menen dat zij het primaat hebben op grond van de parlementaire geschiedenis. Gemeenten vragen zich in het verlengde hiervan af wat verstaan wordt onder de term 'voorzieningen' met betrekking tot schadevergoeding ten aanzien van openbare gronden. In de toelichting bij het betreffende artikel (artikel 5.7) zijn daarom voorbeelden van dergelijke voorzieningen opgenomen.

De plicht van een aanbieder om zijn kabels op eigen kosten te verplaatsen als dat nodig is voor de oprichting van gebouwen of uitvoering van werken, blijkt in de praktijk eveneens problemen op te leveren. Aanbieders hebben moeite met de term 'noodzakelijk' en vinden dat gemeenten hen vaak om onduidelijke redenen willen dat kabels worden verplaatst. Bovendien geeft de wet geen termijn aan waarbinnen de kabels verplaatst moeten worden. Gemeenten geven aan dat, door het ontbreken van een termijn, de verplaatsing van kabels te lang duurt, omdat aanbieders daar niet aan willen meewerken. Dit kan leiden tot vertraging bij de oprichting van gebouwen en de uitvoering van werken.

Nutsbedrijven hebben aangegeven aan bij het uitvoeren van onderhoudswerkzaamheden aan hun elektriciteitskabels, gas- of waterleidingen hinder te ondervinden van de vele telecomkabels die daar soms bovenop liggen. Zij worden hierdoor onnodig op kosten gejaagd. Ook zij willen aanbieders kunnen verzoeken om op eigen kosten te verplaatsen. Hierbij speelt ook de vraag of nutsbedrijven al dan niet gedoogplichtig zijn.

In artikel 15.1 van de Telecommunicatiewet is OPTA aangewezen als toezichthouder op het bepaalde in hoofdstuk 5 van de Telecommunicatiewet. Daarnaast wijst hoofdstuk 5 van de Telecommunicatiewet OPTA in bepaalde gevallen aan als geschillenbeslechter en is de kantonrechter bevoegd eisen tot schadevergoeding in behandeling te nemen. Tevens staat voor partijen de gang naar de civiele rechter open naast de mogelijkheid om aan OPTA te vragen handhavend op te treden indien de wet wordt overtreden en speelt de bestuursrechter een rol ingeval beroep wordt ingesteld tegen een besluit van OPTA dan wel een gemeente. De verschillende rechtsingangen worden door partijen als verwarrend gezien.

2.3 De noodzaak tot herziening huidige systematiek

Bij de oplossing van de hiervoor genoemde problemen gaat het er om een maatschappelijk aanvaardbaar evenwicht te vinden tussen aan de ene kant de belangen

Concept Memorie van Toelichting 13-11-03
Versie t.b.v. OPT 25nov03

van de burgers en publieke belangen, en aan de andere kant een snelle aanleg van openbare elektronische communicatienetwerken. Aan dat laatste blijft de overheid een grote betekenis toekennen. De beschikbaarheid van hoogwaardige elektronische communicatie-voorzieningen is en blijft in het maatschappelijke verkeer van groot belang. Nederland is dit opzicht niet af. Zo kan verwacht worden dat in nabije toekomst de aanleg van (nieuwe) breedbandverbindingen wenselijk is. Maar daarnaast blijft de traditionele telefoondienst onverminderd van belang voor burgers en bedrijven. Ook zijn draadloze toepassingen (zoals mobiel bellen) inmiddels niet meer weg te denken uit de Nederlandse samenleving. Maar anders dan de term “draadloos” doet vermoeden zijn de “draadloze” netwerken allerm minst “kabelloos”. Zonder ondersteunende (ondergrondse) kabelnetwerken kunnen de draadloze netwerken niet functioneren.

Het handhaven van de gedoogplicht staat, wat de regering betreft, daarom niet ter discussie. Maar, zoals aangegeven, er moet voldoende oog zijn voor de nadelige kanten die de gedoogplicht heeft. De gedoogplicht maakt een bijzonder grote, in het Nederlandse rechtsstelsel ook betrekkelijk unieke, inbreuk op het eigendomsrecht. En de aanleg van kabels kan ook in hoge mate overlast en hinder veroorzaken. Naar mijn mening wordt daarmee in huidige hoofdstuk 5 van de Telecommunicatiewet onvoldoende rekening gehouden. Dat kan er toe leiden dat de rechten van gedoogplichtigen, maar ook de publieke belangen in onvoldoende mate worden beschermd. De indruk zou kunnen ontstaan dat de gedoogplicht prevaleert boven deze belangen, en die indruk wordt helaas soms ook wel door aanbieders gewekt. Maar deze indruk is onjuist: de belangen van gedoogplichtigen en de publieke belangen mogen door de gedoogplicht niet worden aangetast. Waar nodig moeten deze belangen ook voldoende in wetgeving gewaarborgd zijn. Hieronder worden enkele voorbeelden gegeven waar de belangen van gedoogplichtigen en publieke belangen in het geding zouden kunnen komen.

De gedoogplichtige heeft over de manier waarop de aanleg van kabels geschiedt, met andere woorden de manier waarop gebruik gemaakt wordt van zijn eigendom, niet veel te zeggen. De aanbieder dient weliswaar te streven naar overeenstemming, maar onduidelijk is waaruit blijkt dat hij dat in voldoende mate geprobeerd heeft, en daarbij ook voldoende redelijkheid in acht heeft genomen. Daarnaast geldt in de huidige wet het streven naar overeenstemming niet bij de meest vergaande vorm van gedoogplicht; de aanleg in tuinen, erven en gebouwen. Dat is naar het oordeel van de regering ongewenst: inbreuk op het eigendomsrecht moet steeds met voldoende waarborgen omkleed zijn. Op deze punten zal de wet worden aangepast.

Door de toename van het aantal aanbieders is het aantal keer dat de grond open moet ten behoeve van graafwerkzaamheden op sommige plaatsen sterk toegenomen. Dit kan tot aanzienlijke hinder en overlast leiden. Maar ook groeit in toenemende mate het besef dat de grond op een aantal plaatsen ‘vol’ is geraakt of ‘vol’ begint te raken. De gemeente – maar in voorkomende gevallen ook andere bestuursorganen – speelt een belangrijke rol bij het bewaken van deze publieke belangen. In dit verband bestaat onduidelijkheid over de reikwijdte van de gemeentelijke coördinatie taak. Voorts behoeft de rol van andere bestuursorganen nadere explicitering.

Concept Memorie van Toelichting 13-11-03
Versie t.b.v. OPT 25nov03

Het vinden van een aanvaardbaar evenwicht tussen de verschillende belangen vormt naar mijn mening op zich zelf al voldoende reden om hoofdstuk 5 van de Telecommunicatiewet te herzien.

Overigens zullen niet alle problemen die partijen ervaren in dit wetsontwerp geadresseerd worden. Het gaat hierbij om onderwerpen, die geen directe relatie hebben met aard en strekking van hoofdstuk 5. In het bijzonder gaat het om problemen die aanbieders ondervinden met gemeenten die zelfstandig communicatie-infrastructuur aanleggen en met het heffen van precariobelasting. Dat laatste betreft alleen infrastructuur, waarvoor de gedoogplicht niet geldt. Gemeenten mogen geen precario heffen voor kabels die moeten worden gedoogd. Daarnaast kan het om knelpunten gaan die de strekking van de Telecommunicatiewet overstijgen omdat ze ook betrekking hebben op andere netwerksectoren. Dat is het geval bij de gevolgen die het arrest van de Hoge Raad over de onroerende status van kabels, gevolgen die de elektronische communicatiesector overstijgen. Ook een algehele regeling voor ondergrondse infrastructuur, een regeling die dus ook betrekking heeft op –bijvoorbeeld- elektriciteitsleidingen en gasbuizen, overstijgt de Telecommunicatiewet, en behoort dan ook in sectoroverschrijdende regelgeving te worden vervat. Inmiddels is dit wetgevende traject ook gestart.

Aanbieders constateren dat een aantal gemeenten de rol van marktpartij op zich neemt en op eigen kosten kabels ten dienste van een openbaar elektronisch communicatienetwerk aanlegt. Bij aanbieders bestaat de vrees dat dergelijke initiatieven leiden tot een ‘pettenprobleem’ - omdat een gemeente dan zowel private commerciële als publieke belangen behartigt – maar ook tot oneerlijke concurrentie. Het standpunt van de regering hierover is dat er niets op tegen is als gemeenten, vanuit het belang van de burgers, zich met de aanleg van infrastructurele voorzieningen bezig houden. Dat moet echter wel gebeuren op een wijze die niet marktverstoring is. Dat kan ook inhouden dat gemeenten financieel aan infrastructuur bijdragen, maar ook dat moet dan op marktconforme voorwaarden gebeuren. Zo behoren gebruikers voor het gebruik van de infrastructuur ook marktconform te betalen. Voorzover deze materie een nadere wettelijke regeling zou behoeven, is hoofdstuk 5 (waar de gedoogplichten worden geregeld) daar zeker niet voor aangewezen.

Overigens kan de gedoogplichtige, bijvoorbeeld een gemeente besluiten zelf bepaalde voorzieningen (zoals lege mantelbuizen) aan te leggen of aan te laten leggen, om te voorkomen dat bij de toekomstige aanleg van kabels de grond open moet. Hiertegen bestaat geen enkel bezwaar, omdat op deze wijze hinder en overlast kan worden voorkomen of beperkt. In het algemeen zal dat ook in het belang zijn van de aanleggers, die immers sneller kunnen aanleggen, en veelal ook op hun (graaf)kosten kunnen besparen. Wel is het in zulke gevallen nodig dat de aanbieders die van die voorzieningen gebruik maken, daarvoor niet meer dan een redelijke, dat wil zeggen marktconforme, vergoeding betalen

Aanbieders geven aan dat de legestarieven voor dezelfde activiteiten per gemeente sterk kunnen verschillen. De wijze waarop en de voorwaarden waaronder gemeenten hun legestarieven mogen bepalen is in algemene zin geregeld in de Gemeentewet. Wel zal in

Concept Memorie van Toelichting 13-11-03

Versie t.b.v. OPT 25nov03

in hoofdstuk 5 een bepaling worden opgenomen dat vergoedingen die gemeenten vragen ‘transparant’ zijn, dat wil zeggen in voldoende mate worden gespecificeerd. Indien aanbieders menen dat gemeentelijke tarieven te hoog zijn of de tarieven niet op transparante wijze tot stand zijn gekomen, dan voorziet de rechtsbescherming in Nederland in voldoende mogelijkheden om dat aan te vechten.

Aanbieders vrezen dat gemeenten precariobelasting gaan heffen over communicatie-infrastructuur die niet onder de gedoogplicht valt. Bij de totstandkoming van de Telecommunicatiewet in 1998 is ervoor gekozen alle aanbieders van elektronische communicatienetwerken dezelfde ‘gedoogrechten’ te geven als de voormalige concessiehouder KPN. Hieronder viel ook de vrijstelling van gemeentelijke precariobelasting; een belasting die gemeenten mogen heffen voor het gebruik van hun gronden. Uit de Memorie van Toelichting bij de Telecommunicatiewet blijkt dat hieraan concurrentieoverwegingen ten grondslag lagen; gelijke kansen voor nieuwkomers. Gemeenten worden door het Rijk gecompenseerd voor gederfde inkomsten. Samengevat is de regeling dat als de gedoogplicht geldt, geen precariobelasting hoeft te worden betaald. Maar als daarentegen voor bepaalde voorzieningen geen gedoogplicht bestaat, geldt het gebruikelijke regime uit de Gemeentewet, en kan een gemeente precario te heffen als dat op grond van de Gemeentewet is toegestaan. Ik zie geen enkele reden om deze regeling te wijzigen.

- **P.M. Arrest Hoge Raad**

3. HOOFDLIJNEN VAN HET WETSVOORSTEL

3.1 Visie op de aanleg, instandhouding en opruiming van kabels

Beschikbaarheid van telecommunicatievoorzieningen alsmede keuzevrijheid zijn van groot belang voor de Nederlandse maatschappij. Om een snelle uitrol van concurrerende communicatienetwerken blijvend mogelijk te maken, wordt de gedoogplicht gehandhaafd. Overwogen zou kunnen worden de systematiek van de Belemmingenwet Privaatrecht ook voor kabels ten dienste van een openbaar elektronische communicatienetwerk van toepassing te verklaren. De inbreuk op het eigendomsrecht zou hierdoor worden beperkt. De consequentie daarvan zou zijn dat per geval moet worden beoordeeld of het opleggen van de gedoogplicht in het specifieke geval al of niet is gerechtvaardigd. Deze systematiek verhoudt zich echter slecht met de systematiek van de Telecommunicatiewet en de Europese systematiek. Deze systematiek houdt in dat ‘doorgangsrechten’ non-discriminatoir moeten worden verleend. Ik vind het bovendien zeer ongewenst, maar ook onuitvoerbaar, als de overheid in elk concreet geval zou moeten beoordelen of het maatschappelijke belang van de specifiek aan te leggen infrastructuur al of niet een inbreuk op het eigendomsrecht rechtvaardigt. Ik ben dan ook van mening dat het gedoogregime uit hoofdstuk 5 in stand moet blijven. Maar een algemene plicht om de aanleg en instandhouding van kabels te gedogen leidt wel tot een zeer vergaande inbreuk op het eigendomsrecht. Daarom moet deze inbreuk niet verder gaan dan strikt nodig is voor het aanleggen van elektronische

Concept Memorie van Toelichting 13-11-03

Versie t.b.v. OPT 25nov03

communicatienetwerken, waarbij hinder en overlast zoveel mogelijk moeten worden beperkt. Daarom kan het ook gerechtvaardigd zijn van aanbieders te verlangen dat zij gebruik maken van al aanwezige voorzieningen, als daardoor niet gegraven hoeft te worden of als anderszins de overlast wordt beperkt. Een dergelijke bepaling is opgenomen in het wetsvoorstel (artikel 5.1, zesde lid, laatste volzin).

Ook moet, tegenover de vergaande inbreuk op het eigendomsrecht, op een afdoende wijze de belangen van gedoogplichtigen en van de gemeenschap worden beschermd. Dat betekent bijvoorbeeld dat particuliere grondbezitters waar mogelijk worden ontzien, door de aanleg van kabels zoveel mogelijk in openbare gronden te laten plaatsvinden. Verder zal, zoals hiervoor al is aangegeven, de overlast door werkzaamheden tot een minimum beperkt moeten blijven. Dat betekent dat redelijke eisen van gedoogplichtige in principe gehonoreerd moeten worden. Publieke belangen behoren door de gedoogplicht op geen enkele wijze te worden aangetast, en voor zover deze gewaarborgd moeten zijn, blijven deze ook gewaarborgd. Een aanbieder moet daarom voldoen aan gerechtvaardigde eisen die een gemeente op grond van de Telecommunicatiewet kan stellen ter bescherming van de publieke belangen. Maar ook meer algemeen: de gedoogplicht doet op geen enkele wijze afbreuk aan de noodzaak om vergunningen te krijgen op grond van andere wetgeving voor het gebruik van bepaalde gronden. Bovendien kan het bestuursorgaan aan de vergunning al die voorwaarden verbinden ter behartiging van de belangen waarop de betreffende regeling ziet, die op grond van die regeling mogen worden gesteld.

3.2 Voorgestelde wijzigingen

In dit wetsvoorstel wordt verduidelijkt wat de wettelijke gedoogplicht voor de belanghebbende partijen betekent. Het opleggen van een gedoogplicht betekent dat de gedoogplichtige geen recht heeft om zijn toestemming voor hetgeen hij dient te gedogen te weigeren. Gedoogplichtige is allereerst degene die eigendomsrechten of daarvan afgeleide rechten op de grond heeft. Maar ook is het van belang dat degene die een beheerstaak heeft ten aanzien van de gronden waarin de kabels worden aangelegd, moet toelaten dat kabels worden aangelegd. Om die reden geldt de gedoogplicht voor zowel rechthebbenden op als voor beheerders van de grond waarin de kabels worden aangelegd.

Partijen die infrastructurele voorzieningen in de grond hebben aangelegd zijn niet gedoogplichtig ten opzichte van elkaar. De gedoogplicht heeft tot doel om de aanleg van kabels in de grond te faciliteren, maar doet op geen enkele wijze afbreuk aan de rechten van anderen die ook infrastructuur in de grond hebben aangelegd. Het is dus niet zo dat al aanwezige infrastructuur zou moeten wijken of verlegd zou moeten worden om de aanleg van kabels voor elektronische communicatienetwerken mogelijk te maken. Voorts gelden de algemene maatschappelijke zorgvuldigheidsnormen die de verschillende partijen jegens elkaar in acht moeten nemen. Hieruit vloeit voort dat aanbieders van openbare elektronische communicatienetwerken bij de aanleg van hun kabels geen schade dienen te veroorzaken aan overige in de grond aanwezige infrastructuur. Omdat in de praktijk zich toch problemen blijken voor te doen, wordt in artikel 5.8 hierover een bepaling opgenomen. De strekking ervan is dat aanleg, instandhouding of opruiming van kabels op zodanige wijze moet geschieden dat zo min mogelijk hinder wordt veroorzaakt ten

Concept Memorie van Toelichting 13-11-03
Versie t.b.v. OPT 25nov03

aanzien van al in de grond aanwezige werken. Bovendien mag de aanleg van kabels de instandhouding van andere reeds in grond aanwezige werken niet in gevaar brengen of aanzienlijk bemoeilijken.

Ook het rijk, de provincies, gemeenten, en waterschappen zullen als civielrechtelijk rechthebbende of beheerders de aanleg van kabels ten dienste van een openbaar elektronisch communicatienetwerk moeten gedogen. Op grond van de Telecommunicatiewet hebben gemeenten, naast de rol als gedoogplichtige, ook de rol als hoeder van de publieke belangen van de gemeentelijke huishouding. Op grond hiervan kunnen gemeenten voorwaarden stellen aan de aanleg van de genoemde kabels. Tevens wordt in dit wetsvoorstel duidelijk gesteld dat eisen gesteld op grond van andere wetgeving naast de gedoogplicht blijven bestaan. Voorbeelden daarvan zijn de eerder genoemde Wet Beheer Rijkswaterstaatswerken, de Wegenwet, de Waterschapswet, de Monumentenwet, de Wet Milieubeheer en de Spoorwegwet.

Gedoogplichtigen ten aanzien van openbare gronden dienen te gedogen dat daarin alle kabels ten dienste van een openbaar elektronisch communicatienetwerk worden aangelegd, instandgehouden en opgeruimd. Gedoogplichtigen ten aanzien van niet-openbare gronden met uitzondering van tuinen en erven dienen te gedogen dat in hun gronden andere dan lokale kabels aangelegd worden. Rechthebbenden op gebouwen en gronden die daarmee één geheel vormen – tuinen en erven – dienen kabels ten dienste van een aansluiting te gedogen voor zover deze redelijkerwijs niet in openbare gronden aangelegd kunnen worden. Voor een uitgebreide uitleg wordt verwezen naar de toelichting op artikel 5.1. van dit wetsvoorstel.

De gedoogplicht staat ten dienste van de aanleg van openbare elektronische communicatienetwerken. Omdat de inbreuk op het eigendomsrecht door de gedoogplicht niet verder dient te gaan dan strikt nodig is, is in dit wetsvoorstel verduidelijkt wat onder de gedoogplicht valt. Om deze reden wordt allereerst het wettelijke begrip kabel verduidelijkt.

De gedoogplicht zal niet alleen gelden voor kabels (en ondersteuningswerken e.d.) die door exploitanten van openbare elektronische communicatienetwerken worden aangelegd, maar ook voor kabels (ten dienste van openbare elektronische communicatienetwerken) die door andere partijen worden aangelegd. Hiermee wordt recht gedaan aan de graafpraktijk waarin in toenemende mate het niet de exploitanten van openbare elektronische communicatienetwerken zelf zijn die netwerken aanleggen, of daar opdracht toe geven, maar gespecialiseerde bedrijven. Deze bedrijven leggen op eigen initiatief, en op eigen risico nieuwe kabels aan, om ze later te verhuren of eventueel te verkopen aan aanbieders van openbare elektronische communicatienetwerken. Waar in deze memorie van toelichting in de context van de gedoogplicht gesproken wordt van een aanbieder van een elektronisch communicatienetwerk wordt dus ook bedoeld een partij die op eigen initiatief kabels aanlegt, maar zelf geen aanbieder van een openbaar elektronisch communicatienetwerk is. Aangelegde kabels hoeven niet onmiddellijk te worden gebruikt. Wel mag de eis worden gesteld dat redelijkerwijs kan worden aangenomen dat de kabels waarvoor de gedoogplicht geldt, op enige termijn ook

Concept Memorie van Toelichting 13-11-03
Versie t.b.v. OPT 25nov03

daadwerkelijk gebruikt worden voor de afwikkeling van openbare elektronische communicatiediensten. Om in de toekomst iedere onduidelijkheid hieromtrent weg te nemen wordt een periode van vier jaar voorgesteld als de maximale termijn waarbinnen een kabel in gebruik wordt genomen (zie hierna).

Het hier geschetste regime maakt het mogelijk om kabels aan te leggen, zonder dat die onmiddellijk in gebruik hoeven te worden genomen. Dat is ook van belang in een situatie waarin kabels (of andere voorzieningen) relatief eenvoudig en snel kunnen worden aangelegd, bijvoorbeeld omdat door onderhoudswerkzaamheden de grond toch al open is, terwijl ze nog niet nodig voor de exploitatie van een openbaar elektronisch communicatienetwerk. Bij de aanleg van kabels op dat (geschikte) moment kunnen zowel de aanlegger van de kabels, als de gedoogplichtige gebaat zijn. Voor de aanlegger kan het aantrekkelijk zijn door de lagere kosten (de graafkosten worden waarschijnlijk gedeeld met een of meer andere partijen); voor de gedoogplichtige omdat toekomstige overlast wordt vermeden: de grond hoeft maar een keer open. Deze zelfde redenering geldt overigens niet alleen voor kabels, maar ook voor de aanleg van lege mantelbuizen en andere ondergrondse beschermings- of ondersteuningswerken. Daarom wordt in artikel 15.4 bepaald dat het regime voor de aanleg van kabels van overeenkomstige toepassing is op de aanleg, instandhouding en opruiming van ondergrondse ondersteuningswerken en beschermingswerken. Lege mantelbuizen behoren hier dus ook toe. Deze bepaling gaat verder dan het bij het wetsvoorstel ter implementatie van de nieuwe Europese regelgeving (28 851) ingediende amendement (Kamerstukken II 2002/03, 28 203, nr. 19). Dit amendement beperkt zich tot een gedoogplicht voor niet-gevulde mantelbuizen. Dit wetsvoorstel breidt de gedoogplicht uit tot ook andere ondergrondse ondersteunings- of beschermingswerken dan alleen lege mantelbuizen.

Overigens is bij het genoemde amendement uitsluitend de gedoogplicht geregeld, maar abusievelijk niet de overige relevante bepalingen uit hoofdstuk 5, zoals bijvoorbeeld de verplichting om te streven naar overeenstemming met de gedoogplichtige of de verplichting om onder omstandigheden buizen te verplaatsen. Door het voorgestelde artikel 15.4 wordt deze omissie hersteld.

Hoewel kabels of andere ondergrondse voorzieningen niet onmiddellijk hoeven te worden gebruikt, kan de gedoogplicht alleen worden gerechtvaardigd als op enige termijn die voorzieningen wel degelijk in gebruik worden genomen ten dienste van een openbaar elektronisch communicatienetwerk. Het is immers het maatschappelijk belang van de beschikbaarheid van openbare elektronische communicatievoorzieningen die een inbreuk op het eigendomsrecht rechtvaardigt. Aan een blijvend ongebruikte kabel of buis kan deze maatschappelijke betekenis niet worden toegekend, en kan evenmin een blijvende gedoogplicht worden gerechtvaardigd. Daarom zal, zoals gezegd, een termijn van vier jaar worden gesteld, waarbinnen de aangelegde voorzieningen ook daadwerkelijk in gebruik moeten worden genomen, dat wil zeggen ook daadwerkelijk ten dienste staan van een openbaar elektronisch communicatienetwerk. Als die termijn wordt overschreden geldt de gedoogplicht niet (meer). Ik acht vier jaar een redelijke termijn. De aanleggers krijgen dan geruime tijd om de voorzieningen zelf in gebruik te nemen of door (andere) aanbieders van elektronische communicatienetwerk te laten gebruiken.

Concept Memorie van Toelichting 13-11-03

Versie t.b.v. OPT 25nov03

Een aantal marktpartijen heeft aangegeven dat deze termijn veel langer zou moeten zijn, namelijk in de orde van de afschrijvingstermijn van de voorzieningen. Die opvatting deel ik niet. Het aanleggen van voorzieningen die gedurende de gehele afschrijvingstermijn of een belangrijk deel daarvan ongebruikt blijven, is vanuit het algemeen maatschappelijk belang niet nodig, en kan ook geen inbreuk op het eigendomsrecht rechtvaardigen. Het stellen van een termijn bevordert bovendien dat al aanwezige voorzieningen ook daadwerkelijk in gebruik worden genomen, waardoor onnodig graven kan worden voorkomen.

De hier geschetste regeling zal niet alleen gelden voor voorzieningen die na de inwerkingtreding van dit wetsvoorstel worden aangelegd, maar voor ook voor ongebruikte kabels, lege mantelbuizen of andere ondergrondse beschermings- en ondersteuningswerken die al in de grond liggen. Voor alle aanwezige voorzieningen, omgeacht het tijdstip dat ze zijn aangelegd, begint de termijn van vier jaar te lopen te op het moment dat dit wetsvoorstel in werking treedt. Het komt er dus op neer dat voor alle aangelegde voorzieningen, die (nog) geen deel uitmaken van een operationeel openbaar elektronisch communicatienetwerk een generaal pardon geldt. Zijn ze 4 jaar na inwerkingtreding van dit wetsontwerp nog niet in gebruik, dan vervalt de gedoogplicht. [P.M.: afhankelijk van nadere toelichting aanbieders, passage over lege buizen en/of ongebruikte kabels die nodig zijn bij calamiteiten].

In dit wetsvoorstel wordt meer recht gedaan aan de belangen van de gedoogplichtige. De procedure die de aanbieder moet volgen bij het streven naar overeenstemming met de gedoogplichtige wordt aangescherpt (artikel 5.2). Zo zal ook gestreefd moeten worden naar overeenstemming over de tijdstip van aanleg en niet alleen over de plaats en de wijze van uitvoering van de werkzaamheden. Deze verplichting zal gelden ten opzichte van alle gedoogplichtigen. De procedure van artikel 5.2 zal dan ook gaan gelden op de aanleg van kabels in openbare grond en in tuinen, erven en gebouwen (zie ook paragraaf 2.1). Voorts wordt in het nieuwe artikel 5.2 de door de aanlegger te volgen procedure meer transparant gemaakt. De aanlegger moet de gedoogplichtige schriftelijk in kennis stellen van zijn voornemen werkzaamheden uit te gaan voeren, en vervolgens proberen met de gedoogplichtige tot overeenstemming te komen. Lukt dat laatste niet, dan volgt binnen 4 weken na de eerste kennisgeving een tweede schriftelijke kennisgeving, waarin plaats, tijdstip en wijze van uitvoering worden omschreven. Het aangegeven tijdstip moet tenminste drie weken na de tweede kennisgeving liggen. In deze periode van tenminste drie weken kan de gedoogplichtige zijn bedenkingen kenbaar maken. Bij ministeriële regeling kunnen nadere regels worden gesteld aan de kennisgeving of de procedure van kennisgeving.

Om de overlast zoveel mogelijk te beperken, kan een gedoogplichtige verlangen dat al aanwezige ondergrondse voorzieningen (zoals buizen) worden gebruikt, indien dat redelijkerwijs mogelijk is. Een voorwaarde is wel dat de voorzieningen tegen marktconforme tarieven beschikbaar zijn. Een bepaling van deze strekking is opgenomen in het voorgestelde artikel 5.1, zesde lid.

Concept Memorie van Toelichting 13-11-03 Versie t.b.v. OPT 25nov03

Een ander element van de rechtsbescherming van gedoogplichtigen is dat de gedoogplichtige het recht krijgt om zelf te bepalen wie zijn grond terugbrengt in de oude staat. Dit geldt ook voor de vraag wie in voorkomende gevallen moet herbestraten. De gedoogplichtige kan dat zelf (laten) doen, maar hij kan ook de aanbieder daartoe verplichten. In het eerste geval moet de aanbieder de kosten van het terugbrengen van de grond in de oude staat vergoeden. De verplichting de gemaakte kosten te vergoeden blijft wel beperkt tot de marktconforme kosten, dat wil zeggen kosten zoals deze door een onderneming zouden worden gemaakt onder normale omstandigheden. In het voorgestelde artikel 5.6, derde lid wordt dit geregeld.

De aanleg van kabels ten dienste van een openbaar elektronisch communicatienetwerk mag niet tot gevolg hebben dat de eigenaar van de grond waarin een kabel ligt, zijn grond niet meer kan gebruiken zoals hij dat wil. Het principe 'liggen om niet is verleggen om niet' wordt dan ook gecontinueerd. Om vertraging van het verplaatsen van kabels tegen te gaan wordt in dit wetsvoorstel een termijn van zes weken opgenomen, waarbinnen aan het verzoek van een gedoogplichtige om kabels te verplaatsen moet worden voldaan. Dit staat los de vraag wie de kosten van het verplaatsten moet dragen. Voor het antwoord op deze laatste vraag is bepalend of de verplaatsing al of niet noodzakelijk is. Wanneer gedoogplichtige en aanbieder het hier niet over eens worden, kan de kantonrechter gevraagd worden een uitspraak te doen.

Voor het overige wordt geen nadere regeling voorgesteld. De vraag of verplaatsing in een concreet geval wel of niet nodig is, kan ook alleen worden beantwoord door alle relevante gegevens van dat concrete geval in ogenschouw te nemen. Een uniforme regeling zou onvermijdelijk afbreuk doen aan de verscheidenheid en diversiteit die er in de alledaagse praktijk nu eenmaal is.

In de huidige regeling moet een aanbieder voldoen aan gerechtvaardigde eisen die een gemeente stelt ter bescherming van de publieke belangen. Om duidelijk te maken welke belangen een gemeente mag meewegen bij de afgifte van een instemmingsbesluit worden deze nu geëxpliciteerd. Het gaat daarbij om: het voorkomen van overlast, het handhaven van openbare orde, veiligheid en bereikbaarheid en ondergrondse ordening. De (bestaande) instemmingsprocedure is bedoeld om deze belangen goed af te kunnen wegen. Publieke belangen worden door de gedoogplicht op geen enkele wijze aangetast. [Deze tekst is afhankelijk van praktijkvoorbeelden, en moet aan de hand daarvan wat worden aangescherpt.] Van een gemeente mag overigens worden verwacht dat zij bij de instemmingsprocedure de partijen die kabels willen leggen afdoende informeren over te verwachten ontwikkelingen die van belang zijn voor de uitvoering van de graafwerkzaamheden. In de praktijk komt het voor dat burgemeester en wethouders een instemmingsbesluit afgegeven, onder voorwaarden die –bijvoorbeeld door wijziging van een bestemmingsplan- op het tijdstip dat met de werkzaamheden mag worden begonnen inmiddels zijn achterhaald.]

Om de aanleg en instandhouding van kabels te vergemakkelijken zal voorzien worden in een aparte procedure voor spoedeisende werkzaamheden. Om bij storingen aan het netwerk snel te kunnen ingrijpen is een uitzondering op de algemene procedure gewenst. Daarom is het niet langer nodig bij storingen een instemmingsbesluit aan te vragen. Voor

Concept Memorie van Toelichting 13-11-03

Versie t.b.v. OPT 25nov03

kleine, niet-ingrijpende, werkzaamheden, moet de gemeente een vereenvoudigde procedure maken. Aangezien lokale situaties verschillen, zal de gemeente nader moeten omschrijven wat zij onder “kleine werkzaamheden” verstaat. Zij dient dat te doen in termen van ingrijpendheid en duur van de uitvoering van de werkzaamheden, geografie en lengte van het tracé. Gemeenten moeten beide procedures omschrijven in de verordening.

Op grond van de huidige wettelijke regeling bepalen burgemeester en wethouders bij het instemmingsbesluit wanneer graafwerkzaamheden mogen beginnen. Er is geen termijn gesteld waarbinnen een aanlegger in elk geval met de werkzaamheden moet kunnen beginnen. In principe is het ook goed dat die beslissing bij de gemeente ligt. De gemeente kan daarbij bijvoorbeeld een rol laten spelen of een straat al kort geleden is opengestaan. Aan de andere kant moet aanbieders meer zekerheid worden geboden over wat een maximale termijn is. Daarom is in het voorgestelde artikel 5.3, derde lid, bepaald dat het tijdstip waarop de werkzaamheden mogen beginnen, niet later mag liggen dan 12 maanden nadat een aanlegger het voornemen tot de werkzaamheden geeft gemeld. Alleen als er zwaarwichtige redenen zijn van algemeen belang zijn die zich hier tegen verzetten kunnen burgemeester en wethouders een later tijdstip voorschrijven.

Tenslotte is in de wet de mogelijkheid opgenomen om bij ministeriële regeling nadere regels te geven voor de gemeentelijke verordening. Hiermee kan zonodig landelijke uniformiteit worden hoe gemeenten bepaalde zaken in de verordening regelen.

In artikel 5.4, derde lid, wordt een bepaling over gemeentelijke vergoedingen (leges) opgenomen. Vergoedingen die een gemeente vraagt voor een instemmingsbesluit moeten op transparante wijze worden bepaald. Dit houdt in dat de leges die een gemeente vraagt ook daadwerkelijk terug te voeren valt op de kosten van de verrichte dienstverlening. Op grond van artikel 229b van de Gemeentewet kan de leges niet hoger uitvallen dan het bedrag dat de gemaakte kosten dekt. De eis van transparantie zal ook gelden voor bestuursorganen die op grond van andere wetgeving een vergunning verlenen.

Behalve de specifieke belangen die samenhangen met het gebruik van de openbare ruimte, kunnen ook andere publieke belangen in het geding zijn. Het gaat hierbij om voorschriften die gesteld kunnen worden op grond van specifieke wetten die het gebruik van gronden, wateren en gebouwen nader regelen. In paragraaf 1.3.2 zijn voorbeelden hiervan genoemd. De gedoogplicht doet op geen enkele wijze afbreuk aan bepalingen die bij of krachtens deze of andere wetten gesteld worden. Dit wordt geëxpliciteerd in dit wetsvoorstel. De gedoogplicht laat dus onverlet de noodzaak om vergunningen of toestemmingen te krijgen voor het gebruik van bepaalde gronden. Eventuele voorschriften die aan een vergunning of toestemming kunnen worden verbonden, zijn ook gewoon van toepassing. Wanneer voor de aanleg van elektronische communicatiekabels zowel een instemmingsbesluit als een vergunning van een ander bestuursorgaan nodig is, heeft de gemeente hierin een coördinerende taak om afstemming te bevorderen.

Het belang van infrastructuur ten behoeve van elektronische communicatie -en daarmee samenhangend de gedoogplicht – rechtvaardigt niet dat bij de aanleg van kabels ernstige hinder of schade toegebracht wordt aan andere infrastructuren noch dat andere partijen

Concept Memorie van Toelichting 13-11-03
Versie t.b.v. OPT 25nov03

daardoor onnodig op kosten gejaagd worden. Tegen deze achtergrond is een nieuw artikel opgenomen (artikel 5.8), waarin wordt bepaald de aanleg, instandhouding of opruiming van kabels op een zodanige wijze geschiedt dat zo min mogelijk hinder wordt veroorzaakt ten aanzien van reeds in de grond aanwezige werken. Bovendien mag de instandhouding van andere reeds in grond aanwezige werken niet in gevaar worden gebracht of in aanzienlijke mate worden bemoeilijkt.

4. UITVOERINGSASPECTEN, BEDRIJFSEFFECTEN, UITVOERBAARHEID EN HANDHAAFBAARHEID

P.M.

4.1 Inleiding

4.2 Bedrijfseffecten

etc.

Geschillenbeslechting en handhaving

In artikel 15.1 van de Telecommunicatiewet is OPTA aangewezen als toezichthouder op het bepaalde in hoofdstuk 5 van de Telecommunicatiewet. Daarnaast wijst hoofdstuk 5 van de Telecommunicatiewet OPTA in bepaalde gevallen aan als geschillenbeslechter en is de kantonrechter bevoegd eisen tot schadevergoeding in behandeling te nemen. Tevens staat voor partijen de gang naar de civiele rechter open naast de mogelijkheid om aan OPTA te vragen handhavend op te treden indien de wet wordt overtreden en speelt de bestuursrechter een rol ingeval beroep wordt ingesteld tegen een besluit van OPTA dan wel een gemeente.

Allereerst kunnen zich geschillen voordoen tussen aanbieders en gedoogplichtigen. Voordat uitvoering kan worden gegeven aan de gedoogplicht moet er op grond van artikel 5.2 naar overeenstemming worden gestreefd door de aanbieder van een openbaar elektronisch communicatienetwerk met de gedoogplichtige. Het gaat daarbij om de plaats waar de kabels worden aangelegd, het tijdstip en de werkwijze. Indien er geen overeenstemming wordt bereikt kan gedoogplichtige op grond van de huidige Telecommunicatiewet een geschil aanhangig maken bij OPTA. Een dergelijke geschillenbeslechtende bevoegdheid bestaat ook indien er geen overeenstemming kan worden bereikt over de kosten van verplaatsing. Deze geschillen zijn bij uitstek civielrechtelijk van aard. Het gaat om twee civiele partijen een geschil hebben dat betrekking heeft op een (bij wet toegestane) inbreuk op het eigendomsrecht. Onderwerp van geschil kan dan de vraag zijn hoe, wanneer en waar gegraven mag worden en wie de kosten van verplaatsing dient te dragen. De vragen die hierbij aan de orde zijn betreffen de redelijkheid en zorgvuldigheid die partijen jegens elkaar moeten betrachten, vragen die niet anders zouden zijn, als het zou gaan om de aanleg van andere kabels of andere ondergrondse voorzieningen die niet ten dienste staan van openbare elektronische communicatienetwerken. Marktordening of concurrentieverhoudingen tussen aanbieders, speelt bij de geschilbeslechting die hier aan de orde is geen enkele rol, evenmin als de marktpositie van de betrokken aanbieder. Zo kan er geen sprake van zijn dat een gedoogplichtige meer hinder zou moeten accepteren van een nieuwkomer die kabels in zijn grond wil aanleggen, dan van een gevestigde marktpartij. Ook de vraag of een marktpartij al of geen aanmerkelijke marktmacht heeft speelt geen enkele rol. Voorts is het niet zo dat een gedoogplichtige meer hinder zou behoeven te accepteren als –in een specifiek geval- bij de aanleg van kabels een ‘groter’ belang voor de elektronische communicatiesector aan de orde zou zijn, dan in een ander concreet geval. Het belang van de ontwikkeling van de elektronische communicatiesector rechtvaardigt een gedoogplicht, die in de wet is vastgelegd en die geldt voor alle kabels ten dienste van een openbaar elektronisch communicatienetwerk. Die afweging, wel of geen gedoogplicht, wordt dus niet meer in een specifiek geval gemaakt. Wel moet de aanlegger van kabels al

Concept Memorie van Toelichting 13-11-03
Versie t.b.v. OPT 25nov03

dat redelijke doen dat de gedoogplichtige van hem verlangt om overlast en overig nadeel van de inbreuk op het eigendom tot een minimum te beperken. Bij geschilbeslechting staat uitsluitend *deze* vraag centraal, en speelt marktordening of het belang van de aanleg van elektronische communicatievoorzieningen geen rol. Evenmin is er bij geschilbeslechting sprake van het handhaven van een publiek belang, zoals wel wordt gesteld. Dit publieke belang zou gelegen zijn in het handhaven van de gedoogplicht, dan wel het tot stand brengen van infrastructuurconcurrentie. Zoals aangegeven is deze redenering onjuist: Het publieke belang is tot uitdrukking gebracht door de gedoogplicht in de wet op te nemen, maar speelt de beslechting van een geschil geen rol. Dan gaat het alleen om de hierboven genoemde vraag: is de aanlegger van kabels bereid al dat redelijke doen om overlast en overig nadeel voor de gedoogplichtige tot een minimum te beperken. Een zelfde beschouwing kan worden gehouden over geschilbeslechting in het kader van artikel 5.7. Dan gaat om de vraag of een aanbieder op eigen kosten maatregelen moet nemen of kabels moet verplaatsen, indien dat noodzakelijk is voor de oprichting van gebouwen of de uitvoering van werken. Ook dan spelen marktordening of bevordering van infrastructuurconcurrentie in het geheel geen rol. Het gaat uitsluitend om de feitelijke vraag of de aard van de werken of de oprichting van gebouwen nopen tot maatregelen door de aanlegger of verplaatsing van kabels. Zo ja, dan zijn die kosten voor rekening van de aanlegger, zo nee dan kan de aanlegger deze kosten verhalen op de gedoogplichtige. Ook dit is materie die bij uitstek behoort tot het domein van de civiele rechter.

Behalve dat het gelet op de aard van de geschillen logisch is dat de civiele rechter met deze geschillen wordt belast, vind ik het ook onwenselijk dat dit tot het takenpakket van het college behoort. Het is immers de bedoeling dat het college deel gaat uitmaken van de NMa, die gespecialiseerd is op het terrein van marktordening en vragen van mededingingsrechtelijke aard. Zoals ik heb aangegeven is daar geen sprake van bij de toepassing van de artikelen 5.2 en 5.7. Het opdragen van taken, die niets maken hebben met marktordening of mededinging aan de NMa is daarom ongewenst. Het zou tot een ongewenste verwatering van de kerntaken leiden.

Gelet op het voorstaande wordt in dit wetsvoorstel geregeld dat deze geschillen door de sectoren kanton van de rechtbanken worden behandeld en beslist. De te volgen procedure is de verzoekschriftprocedure die leidt tot een beschikking van de kantonrechter. De procedure voor de kantonrechter is een eenvoudige en daarom laagdrempelige. De kantonrechter kan dergelijke zaken ook snel afdoen.

Voorts kunnen zich geschillen voordoen naar aanleiding van het door burgemeester en wethouders van een gemeente genomen instemmingsbesluit. B&W nemen een dergelijk besluit om voorwaarden te stellen aan de graafwerkzaamheden in openbare gronden. Aan een dergelijk besluit ligt een publieke belangenafweging ten grondslag (o.a. beperken publieke overlast, handhaven openbare orde en waarborgen van veiligheid). Deze geschillen worden door de bestuursrechter afgedaan. Dit blijft in het voorliggende wetsvoorstel omgewijzigd. Overigens kunnen wel degelijk geschillen tussen de aanbieder en een gemeente als gedoogplichtige door de kantonrechter beslist worden, als deze geschillen civielrechtelijk van aard zijn en niet betrekking hebben op de publiekrechtelijke bevoegdheden die de Telecommunicatiewet aan gemeenten toekent.

Concept Memorie van Toelichting 13-11-03

Versie t.b.v. OPT 25nov03

OPTA blijft belast met het toezicht op en de handhaving van het artikel inzake medegebruik van voorzieningen van aanbieders. Hier gaat het om geschillen tussen aanbieders van openbare telecommunicatienetwerken onderling over medegebruik van (telecommunicatie) voorzieningen. Geschilbeslechting past, gelet op de andere taken van OPTA, goed past binnen het takenpakket van OPTA, en dit blijft dan ook ongewijzigd.

Wat betreft de handhaving wordt in onderhavig wetsvoorstel, met uitzondering van het genoemde artikel over medegebruik, niet meer gekozen voor bestuursrechtelijke handhaving, maar voor civielrechtelijke handhaving, aangezien de aard van de artikelen zich niet leent voor bestuursrechtelijk handhaven. In geval een gedoogplichtige de aanleg van kabels niet toestaat nadat er overeenstemming is verkregen dan wel een beschikking van de kantonrechter (in huidige wet OPTA) is verkregen over de wijze van uitvoering, dan lijkt dit niet een overtreding die bestuursrechtelijk dient te worden gehandhaafd. Voorgesteld wordt dan ook om ook voor dergelijke zaken de kantonrechter bevoegd te verklaren. Voorts kunnen civiele vorderingen, omgeacht de hoogte, via de gebruikelijke dagvaardingsprocedure aanhangig worden gemaakt bij de sectoren kanton van de rechtbanken.

5. OVERLEG EN ADVIES

P.M.

5.1 Advies Adviescollege Toetsing Administratieve lasten (Actal)

5.2 Bevindingen van het OPT

5.3 Bevindingen overige partijen (VNG en nutsbedrijven)

5.4 Uitvoeringstoets OPTA

II ARTIKELEN

Artikel I

Onderdeel A (wijziging onderdeel z van artikel 1.1)

Deze bepaling verduidelijkt het wettelijke begrip kabel. Het betreft inhoudelijk geen wijziging ten opzichte van het begrip kabel zoals dat op grond van de huidige Telecommunicatiewet geldt, met dien verstande dat de bij de fysieke geleidingsdraad behorende ondersteuningswerken beperkt worden tot ondergrondse ondersteuningswerken. Reden hiervoor is dat de gedoogplicht voor bovengrondse aanleg van kabels in dit wetsvoorstel slechts geldt indien gebruik wordt gemaakt van bestaande voorzieningen. Deze wijziging is opgenomen omdat het niet langer gewenst is dat nieuwe voorzieningen zoals palen die ter ondersteuning dienen van bovengrondse kabels worden opgericht. Door ondersteuningswerken te beperken tot ondergrondse ondersteuningswerken wordt bewerkstelligd dat de oprichting van bedoelde palen niet langer onder de gedoogplicht valt. Naast deze wijziging beoogt onderhavige bepaling het wettelijke begrip kabel te verduidelijken. De kabel betreft allereerst de daadwerkelijke

Concept Memorie van Toelichting 13-11-03

Versie t.b.v. OPT 25nov03

kabel, oftewel de fysieke geleidingsdraad, die nodig is voor de rechtstreekse overdracht van signalen tussen punten binnen een openbaar elektronisch communicatienetwerk. Om hierover geen misverstanden te laten bestaan is in de definitie de zinsnede 'de fysieke geleidingsdraden voor de rechtstreekse overdracht van signalen tussen punten' opgenomen. Het gaat bij het begrip kabel uitdrukkelijk om transmissie via draden en dus niet om draadloze transmissie via antennes. Schakel- en routingapparatuur valt niet onder het begrip; deze apparatuur is immers niet nodig voor de rechtstreekse overdracht van signalen tussen punten via een of meer fysieke geleidingsdraden. De fysieke geleidingsdraad bestaat bij de huidige stand van de techniek uit metaaldraden of glasvezels. Deze draden worden in de praktijk beschermd en geïsoleerd door een beschermend omhulsel, de kabelmantel (niet te verwarren met de mantelbuis). Ten tweede vallen in combinatie met de fysieke geleidingsdraad onder het wettelijke begrip kabel de bij de fysieke geleidingsdraad behorende ondergrondse ondersteuningswerken, beschermingswerken, signaalinrichtingen en inrichtingen die bestemd zijn om daarin verbindingen tot stand te brengen tussen fysieke geleidingsdraden in, op of boven openbare gronden enerzijds en fysieke geleidingsdraden in gebouwen en daarmee één geheel vormende gronden anderzijds, dan wel inrichtingen die verbindingen tussen laatstgenoemde fysieke geleidingsdraden onderling tot stand brengen. Een voorbeeld van een dergelijke inrichting is een kabelverdeekast. Voorbeelden van signaalinrichtingen zijn optische en elektrische versterkers, voor zover nodig voor de geleiding van signalen over de geleidingdraad, elektro-optische omzetteren en opto-elektrische omzetteren. Onder ondergrondse ondersteuningswerken en beschermingswerken worden onder andere verstaan mantelbuizen, kabelgoten, handholes, lasdozen en duikers.

Onderdeel B (vervangen hoofdstuk 5)

Artikel 5.1

Het eerste lid regelt de gedoogplicht voor de aanleg, instandhouding en opruiming van kabels ten dienste van een openbaar elektronisch communicatienetwerk in en op openbare gronden. Onder instandhouding van de kabels wordt het verrichten van onderhouds- en reparatiewerkzaamheden verstaan. Wat onder de kabels dient te worden verstaan is geregeld in artikel 1.1, onder z, van de Telecommunicatiewet. De aanleg van een openbaar elektronisch communicatienetwerk kan onderscheiden worden in de aanleg van het aansluitnetwerk en de aanleg van het netwerk dat centrales met elkaar verbindt. Het eerstgenoemde netwerk bestaat uit lokale kabels die worden aangelegd vanaf de netwerkaansluitpunten naar de centrales, het laatstgenoemde netwerk bestaat uit (vaak interlokale) kabels die worden aangelegd om deze centrales met elkaar of met centrales van andere netwerken te verbinden. Het kan hierbij ook gaan om kabels die internationaal centrales met elkaar verbinden, de zogenoemde internationale kabels. Uitgangspunt blijft dat genoemde kabels zoveel mogelijk in en op openbare grond moeten worden aangelegd. Op grond van het eerste lid is de rechthebbende op en de beheerder van openbare gronden gedoogplichtig. In de huidige Telecommunicatiewet is de gedoogplicht zodanig geformuleerd dat deze voor een ieder geldt. Aangezien een gedoogplicht alleen dan betekenis heeft indien de gedoogplichtige een recht heeft waarop een inbreuk wordt gemaakt door de aanleg, instandhouding en opruiming van kabels dan wel dat zijn

Concept Memorie van Toelichting 13-11-03

Versie t.b.v. OPT 25nov03

medewerking hiervoor vereist is, is ervoor gekozen de gedoogplichtige zodanig te omschrijven dat duidelijk wordt gesteld dat het hier een rechthebbende op of een beheerder betreft van de gronden waarin of waarop de kabels zijn of worden aangelegd. Onder rechthebbende wordt verstaan degene die een recht heeft in de zin van het burgerlijk recht op de gronden waarin de kabels worden aangelegd. Hierbij kan gedacht worden aan de eigenaar, bezitter of degene die een recht van erfpacht, opstal, vruchtgebruik, gebruik, huur of pacht heeft ten aanzien van dat deel van de grond waarin de kabels worden aangelegd. Dit betreft dus niet beheerders van overige in de grond aanwezige werken die ook een recht ten aanzien van de grond hebben verworven om daarin een ander werk aan te leggen, zoals bijvoorbeeld beheerders van gasleidingen. Er bestaat geen plicht voor genoemde beheerders om toe te staan dat de kabels door gasleidingen worden aangelegd. Evenmin bestaat er, om bij het voorbeeld te blijven, voor die beheerders een verplichting de gasleidingen te verplaatsen. Onder beheerder van de gronden als bedoeld in het eerste lid wordt verstaan degene die een wettelijke plicht heeft de grond te beheren. Aangezien de aanleg van kabels met name plaatsvindt in openbare gronden, is het van belang dat ook de beheerder gedoogplichtig is. Een beheerder van de grond is bijvoorbeeld Rijkswaterstaat op grond van de Wet Beheer Rijkswaterstaatswerken, een gemeente of provincie die op grond van de Wegenwet openbare wegen beheert. Met name de medewerking van wegbeheerders is vereist omdat in de praktijk de kabels hoofdzakelijk in (de bermen of trottoirs van) openbare wegen worden aangelegd. Ten overvloede wordt opgemerkt dat openbare wegen, waarin de meeste kabels worden aangelegd, onder de definitie van openbare gronden overeenkomstig artikel 1.1, onder aa, Telecommunicatiewet, vallen. Een openbare weg kent op grond van de Wegenwet een onderhoudplichtige. Onderhoud en eigendom hoeven niet in een persoon samen te gaan. Een voorbeeld hiervan is de gemeente die onderhoudplichtig, oftewel beheerder, is ten aanzien van een openbare weg, die in eigendom is van een provincie. Zowel de gemeente als de provincie hebben in dit geval de aanleg van kabels te dulden en zijn gedoogplichtig.

In het tweede lid is de gedoogplicht met betrekking tot de aanleg, instandhouding en opruiming van andere dan lokale kabels, in de huidige wet aangeduid als interlokale en internationale kabels, geregeld. Omdat het vaak redelijkerwijs niet mogelijk is deze kabels uitsluitend in en op openbare gronden aan te leggen, ofwel zeer hoge kosten met zich mee kan brengen, bestaat de gedoogplicht voor deze kabels ook ten aanzien van niet-openbare gronden. In afgesloten tuinen en erven die met bewoonde percelen een geheel vormen hoeven alleen lokale kabels te worden gedoogd. Onder het begrip tuin kan worden verstaan een stuk grond dat wordt gebruikt voor het telen van gewassen, anders dan voor bedrijfsmatige land- of tuinbouw. Voor het begrip erf wordt bij het burgerlijk recht aangesloten waardoor onder een erf een grondstuk kan worden verstaan, zijnde zowel land- als aan waterpercelen, inclusief eventuele op dat grondstuk staande opstallen. Ook zaken met een publieke bestemming zijn als erven te beschouwen.

Het derde lid regelt de gedoogplicht ten aanzien van de aanleg, instandhouding en opruiming van de kabels behorende tot het laatste stuk van het aansluitnetwerk. Deze kabels worden vanaf de openbare grond naar een netwerkaansluitpunt in een gebouw aangelegd. Alleen dan wanneer het nodig is om deze kabels in niet-openbare gronden aan te leggen, waaronder in dit geval ook tuinen en erven die een geheel vormen met bewoonde percelen worden verstaan, bestaat hiervoor een gedoogplicht. Deze

Concept Memorie van Toelichting 13-11-03

Versie t.b.v. OPT 25nov03

gedoogplicht is met name van belang in het geval waarin de aansluitkabel in de grond van een ander dan degene die dient te worden aangesloten wordt aangelegd. Indien het alleen mogelijk is de aansluiting te realiseren door de aansluitkabel vanaf de openbare grond in de grond van een ander dan degene die om de aansluiting heeft verzocht aan te leggen, zal de rechthebbende op deze grond de aanleg dienen te gedogen.

Het vierde lid regelt ten behoeve van deze aansluitingen dat de rechthebbende op een gebouw de aanleg, instandhouding en opruiming van netwerkaansluitpunten en kabels in en aan gebouwen dient te gedogen. Dit betekent voor het geval in een flatgebouw kabels moeten worden aangelegd ten behoeve van een aansluiting van een van de bewoners, de overige bewoners de aanleg, instandhouding en opruiming van deze kabels dienen te gedogen.

Het vijfde lid regelt dat de aanleg, instandhouding en opruiming van bovengrondse kabels dient te worden gedoogd, voor zover gebruik wordt gemaakt van bestaande voorzieningen en gronden en gebouwen niet worden aangeraakt door deze kabels. Een wijziging ten opzichte van de huidige Telecommunicatiewet is dat de aanleg van bovengrondse kabels alleen dient te worden gedoogd indien er gebruik wordt gemaakt van bestaande voorzieningen. Hierbij kan gedacht worden aan het aanleggen van de kabels in de netten behorende tot het landelijke hoogspanningsnet. Gezien het feit dat het niet langer wenselijk is dat er bovengronds nog kabels worden aangelegd, waarvoor nieuwe voorzieningen dienen te worden opgericht, is ervoor gekozen de gedoogplicht slechts zover te laten reiken dat rechthebbenden op de grond waarop bijvoorbeeld de netten behorend tot het landelijke hoogspanningsnet staan dienen toe te staan dat kabels ten dienste van openbare elektronische communicatienetwerken daarin worden aangelegd. Dit betekent overigens niet dat de rechthebbende op de grond de hoogspanningsmasten moeten gedogen. Evenmin leidt de hier bedoelde gedoogplicht er toe dat degene die een kabel ten behoeve van een openbaar elektronisch communicatienetwerk in een hoogspanningsmast wenst te hangen dit zou kunnen doen zonder de instemming van de eigenaar/exploitant van het elektriciteitsnet. Alleen als de masten er al staan en de eigenaar/exploitant van het elektriciteitsnetwerk heeft toestemming gegeven voor het aanleggen van de communicatiekabels, dan moet de grondeigenaar de aanleg van die kabels gedogen.

Het zesde lid stelt een aantal belangrijke grenzen aan de gedoogplicht. Zo mag er op grond van onderdeel a van het zesde lid door het aanleggen, het instandhouden en het opruimen van kabels geen verandering worden aangebracht in de bestemming van de gronden, gebouwen en wateren. Zo moet, bijvoorbeeld, landbouwgrond ook nadat daarin kabels zijn aangelegd nog steeds voor landbouw kunnen worden gebruikt. Verder is in het zesde lid, onder b, bepaald dat er door het aanleggen, het instandhouden en het opruimen van kabels zo min mogelijk belemmering in het gebruik van gronden, gebouwen en wateren mag worden teweeggebracht. Tevens is bepaald dat zo min mogelijk verandering in de uiterlijke gedaante van de gronden, gebouwen en wateren mag worden aangebracht.

Het bepaalde onder b brengt onder andere met zich mee dat degene die aanlegt, instandhoudt of opruimt er bij het uitvoeren van de werkzaamheden, binnen de grenzen van het redelijke, alles aan moet doen om degene op wie de gedoogplicht rust zo min mogelijk te hinderen in het gebruik van de grond, het gebouw of het water. Hierbij speelt de bescherming van de gedoogplichtige een belangrijke rol. Hij is immers de degene op

Concept Memorie van Toelichting 13-11-03

Versie t.b.v. OPT 25nov03

wiens rechten een aanzienlijke inbreuk wordt gemaakt. Tegen deze achtergrond is in de laatste volzin van het zesde lid bepaald dat de gedoogplichtige kan verlangen dat bij de aanleg gebruik wordt gemaakt van door hem of een derde tegen een marktconforme prijs ter beschikkinggestelde voorzieningen. Wanneer bijvoorbeeld door de gedoogplichtige een kabelgoot in de grond is aangelegd, en er in deze goot nog voldoende ruimte is, kan de gedoogplichtige van een aanlegger eisen dat deze, in plaats van het uitvoeren van voor de gedoogplichtige hinderlijke graafwerkzaamheden, zijn kabels aanlegt in de kabelgoot. Dit geldt ook wanneer de kabelgoot toebehoort aan een derde en deze bereid of, bijvoorbeeld op grond van het bepaalde in artikel 5.1, gehouden is, om ruimte in de kabelgoot ter beschikking te stellen. Het voorgaande geldt evenzeer als voor het gebruik van de kabelgoot een financiële vergoeding wordt gevraagd. Wel moet het daarbij gaan om een marktconforme prijs. Het is niet de bedoeling dat de gedoogplichtige via een omweg alsnog een vergoeding verlangt voor, om bij het voorbeeld te blijven, het gebruik van de grond. Evenmin is het de bedoeling dat degene die kabels ten behoeve van een openbaar elektronisch communicatienetwerk wenst aan te leggen afhankelijk wordt van de willekeur van een derde.

Wanneer een openbaar elektronisch communicatienetwerk wordt aangelegd is het vanzelfsprekend niet direct operationeel. Onder het bestaande gedoogregime is het dan ook toegestaan dat de aan te leggen kabels, waaronder op grond van artikel 1.1, onder z, ook de bij de fysieke draden behorende ondergrondse ondersteuningswerken, beschermingswerken en signaalinrichtingen moeten worden verstaan, enige tijd in ongebruikte staat verkeren. Op grond van het huidige recht moet de kabel wel binnen redelijke termijn in gebruik worden genomen als deel van een openbaar elektronisch communicatienetwerk. Gebeurt dit niet dan hoeft de rechthebbende of de beheerder de kabels niet langer te gedogen. In de praktijk heeft deze bepaling tot enige onduidelijkheid geleid in de telecommunicatiesector, in het bijzonder waar het betreft de vaststelling van de termijn waarbinnen de kabel in gebruik moet zijn genomen. Het bepaalde in het zevende lid maakt aan deze onduidelijkheid een einde door te bepalen dat kabels die gedurende een periode van vier aaneengesloten jaren geen deel uitmaken van een openbaar elektronisch communicatienetwerk niet langer hoeven te worden gedoogd. Een met een beroep op de gedoogplicht aangelegde kabel moet dus binnen vier jaar in gebruik moet worden genomen als onderdeel van een openbaar netwerk. Gebeurt dit niet dan eindigt daarmee de gedoogplicht. De rechthebbende kan, behoudens eventuele verplichtingen uit anderen hoofde, in dat geval een vergoeding verlangen voor de aanwezigheid van kabels dan wel de opruiming daarvan vorderen. Overigens staat niets de aanlegger en de gerechtigde in de weg om over de aanwezigheid van de kabels (nadere) contractuele afspraken te maken.

Wanneer de met gebruikmaking van de gedoogplicht aangelegde kabels in of uit gebruik worden genomen moet dit op grond van het achtste lid schriftelijk worden gemeld aan de gedoogplichtige. Dit geeft de gedoogplichtige de mogelijkheid vast te stellen of hij de kabels nog langer moet gedogen. Heeft de gedoogplichtige na vier jaar nog niets vernomen van de aanlegger, of diens opvolger, dan mag hij, tot het tegendeel is bewezen, aannemen dat aan de gedoogplicht een einde is gekomen.

Met het negende lid wordt duidelijk gesteld dat de gedoogplicht niet zover reikt dat voorschriften gesteld bij of krachtens bijzondere wetten welke zien op het gebruik van gronden, wateren en gebouwen niet van toepassing zijn. Naast de Wet Beheer

Concept Memorie van Toelichting 13-11-03
Versie t.b.v. OPT 25nov03

Rijkswaterstaatswerken kan hierbij bijvoorbeeld gedacht worden aan de Monumentenwet, de Natuurbeschermingswet, de Archeologiewet en de Spoorwegwet. Indien op grond van deze wetgeving vergunningen vereist zijn terzake van het gebruik van bepaalde gronden, wordt deze eis niet opzij gezet door de gedoogplicht. Een voorbeeld van een vergunningplicht is de Wet Beheer Rijkswaterstaatswerken. Deze wet beoogt een veilig en doelmatig gebruik van waterstaatswerken in het beheer van het Rijk te behartigen. Voorschriften welke gesteld worden om deze belangen te behartigen zijn onverkort van toepassing. Onder een waterstaatswerk wordt onder andere een dijk verstaan. Als op deze dijk een openbare weg is aangelegd, bestaat in beginsel ten aanzien van de aanleg van lokale kabels een gedoogplicht, met dien verstande dat de voorschriften ten aanzien van het veilig en doelmatig gebruik van dijken gesteld op grond van de Wet Beheer Rijkswaterstaatswerken onverkort van toepassing zijn.

Artikel 5.2

In het eerste lid wordt geregeld dat een aanbieder van een openbaar elektronisch communicatienetwerk die voornemens is om over te gaan tot het uitvoeren van werkzaamheden voor de aanleg, de instandhouding (onderhoudswerkzaamheden) of de opruiming van kabels ten dienste van een openbaar elektronisch communicatienetwerk, dient te streven naar overeenstemming met de gedoogplichtige. De aanbieder zal de gedoogplichtige hiertoe schriftelijk in kennis dienen te stellen van het voornemen om genoemde kabels aan te leggen, in stand te houden dan wel op te ruimen. De beperking dat het streven naar overeenstemming slechts geldt voor werkzaamheden in en op niet-openbare gronden wordt met onderhavig artikel weggenomen. Zowel voor werkzaamheden in of op openbare gronden als voor de werkzaamheden in of op niet-openbare gronden dient vooraf naar overeenstemming te worden gestreefd. Een verschil ten opzichte van de huidige Telecommunicatiewet is dat ook ten aanzien van de aanleg, instandhouding en opruiming van bovengrondse kabels, individuele aansluitkabels en netwerkaansluitpunten dient te worden gestreefd naar overeenstemming. Wat betreft het aanleggen van een aansluitkabel en een netwerkaansluitpunt ten behoeve van de gedoogplichtige zelf zal de eis van het streven naar overeenstemming naar verwachting weinig betekenen. Indien de aansluitkabel en het netwerkaansluitpunt echter ten behoeve van een naburig gebouw worden aangelegd en door de grond of woning van een ander dan degene die om een aansluiting heeft verzocht worden aangelegd, kan het voor degene die niet om de aansluiting heeft verzocht een zeer vergaande inbreuk op zijn eigendomsrecht betekenen. Laatstgenoemde is gedoogplichtig, maar gezien deze beperking van zijn eigendomsrecht is gemeend dat het volgen van de procedure van onderhavig artikel door de aanbieder een noodzakelijke rechtswaarborg is voor de gedoogplichtige. Voor de bovengrondse aanleg zal het streven naar overeenstemming in de praktijk alleen betrekking hebben op het tijdstip van de uitvoering van de werkzaamheden aangezien het hier om reeds bestaande voorzieningen gaat waarin de kabels worden aangelegd. Voor de overige uit te voeren werkzaamheden is het onderwerp van het streven naar overeenstemming de plaats waar de kabels dienen te worden aangelegd, het tijdstip en de wijze van uitvoering. Dit laatste kan ruim worden gezien. In deze fase kan gedacht worden aan afspraken inzake voorzieningen die dienen te worden getroffen mede in het kader van de veiligheid, zoals het leggen van

Concept Memorie van Toelichting 13-11-03
Versie t.b.v. OPT 25nov03

loopplanken, het plaatsen van hekken en verlichting. Daarnaast kan gedacht worden aan afspraken met betrekking tot het dichtmaken van de geul nadat de graafwerkzaamheden zijn verricht.

Om de fase van overeenstemming enigszins af te bakenen is in het tweede lid opgenomen dat indien na vier weken geen overeenstemming is bereikt, de aanbieder een tweede schriftelijke kennisgeving dient te geven aan de gedoogplichtige waarin zijn definitieve voorstel wordt toegelicht. Het voorgestelde tijdstip van aanvang van de werkzaamheden kan niet eerder gelegen zijn dan drie weken na verzending van de tweede kennisgeving. Reden hiervoor is dat gedoogplichtige voldoende gelegenheid dient te krijgen om zich te verzetten tegen het voorstel door de kantonrechter om een beschikking te vragen.

Indien de gedoogplichtige zich niet kan vinden in dit definitieve voorstel, kan deze op grond van het derde lid binnen twee weken na ontvangst van deze kennisgeving een geschil aanhangig maken bij de kantonrechter. Aangezien het geschil betrekking heeft op het eigendomsrecht ofwel een daarvan afgeleid recht, is ervoor gekozen de kantonrechter bevoegd te verklaren dergelijke geschillen te beslechten. Het geschil kan door middel van het versturen van een verzoekschrift naar de desbetreffende kantonrechter aanhangig worden gemaakt. In dit verzoekschrift zal gemotiveerd het onderwerp van geschil dienen te worden aangegeven.

Het vierde lid regelt ten eerste dat het aanhangig maken van het geschil bij de kantonrechter tot het gevolg heeft dat de aanbieder nog niet kan beginnen met zijn voorgenomen werkzaamheden. In dit geval zal hij de beschikking van de kantonrechter moeten afwachten. Ten tweede regelt het vierde lid dat dit niet geldt ten aanzien van een eis tot schadevergoeding. Geschillen over de hoogte van geleden schade kunnen vaak pas na afronding van de werkzaamheden definitief worden beslist. Aangezien de verzoekschriftprocedure als eenvoudige en snelle procedure dient met het oog op een effectieve aanleg van kabels ten dienste van openbare elektronische communicatienetwerken, zijn geschillen inzake een eis tot schadevergoeding uitgezonderd van deze procedure. Ingevolge artikel 5.13 kan een eis tot schadevergoeding door middel van de gebruikelijke dagvaardingsprocedure (achteraf) aanhangig worden gemaakt.

Ingevolge het vijfde lid zijn op de verzoekschriftprocedure de bepalingen van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering van toepassing, voor zover daarvan in dit artikel niet is afgeweken. Bij de beslechting van een geschil door de kantonrechter staat de gedoogplicht ex artikel 5.1 uiteraard voorop. Dit betekent tevens dat de kantonrechter de vraag dient te beantwoorden wanneer het gebruik van de grond meer dan noodzakelijk wordt beperkt. Indien de gedoogplichtige na verloop van drie weken na de verzending van de tweede kennisgeving geen geschil aanhangig heeft gemaakt bij de kantonrechter, kan de aanbieder ervan uitgaan dat er overeenstemming bestaat over de uit te voeren werkzaamheden en kan hij overgaan tot de uitvoering van de geplande werkzaamheden. In het zesde lid is geregeld dat regels gesteld kunnen worden met betrekking tot de schriftelijke kennisgeving. Hierbij kan gedacht worden aan regels inzake het verstrekken van bepaalde informatie, zoals informatie over het aantal kabels dat aangelegd wordt of het verstrekken van informatie over de te volgen procedure.

Artikel 5.3

Concept Memorie van Toelichting 13-11-03
Versie t.b.v. OPT 25nov03

Artikel 5.3 vervangt het huidige artikel 5.2. Op grond van het eerste lid dient het voornemen tot het verrichten van werkzaamheden in verband met de aanleg, instandhouding en opruiming van kabels ten dienste van een openbaar elektronisch communicatienetwerk in of op openbare gronden te worden gemeld bij burgemeester en wethouders van de gemeente binnen wiens grondgebied de werkzaamheden plaatsvinden. Het melden van een dergelijk voornemen kan worden gezien als een aanvraag in de zin van de Algemene wet bestuursrecht. Voordat de aanbieder over kan gaan tot het uitvoeren van de werkzaamheden, dienen burgemeester en wethouders ingevolge het eerste lid hun instemming te hebben gegeven met betrekking tot het tijdstip, de plaats en de wijze waarop de werkzaamheden plaatsvinden. Naast de mogelijke rol als gedoogplichtige heeft de gemeente ook de publieke taak om de belangen die de gemeentelijke huishouding raken bij de aanleg, instandhouding en opruiming van kabels ten dienste van een openbaar elektronisch communicatienetwerk te waarborgen. In het geval dat een gemeente zelf gedoogplichtig is zal deze op grond van artikel 5.2 naar overeenstemming streven met de aanbieder naar de tijd, de plaats en de wijze van uitvoering van de werkzaamheden. Daarnaast zullen burgemeester en wethouder van de gemeente op grond van onderhavig artikel een instemmingsbesluit moeten nemen ten aanzien van de plaats, het tijdstip en de wijze van uitvoering van de werkzaamheden. Derhalve dezelfde onderwerpen die relevant zijn in het kader van de tussen de gedoogplichtige en de aanlegger na te streven overeenstemming. Wanneer de gemeente tevens grondeigenaar is zullen deze activiteiten elkaar overlappen. Het ligt dan ook voor de hand dat gemeenten deze activiteiten in de praktijk tegelijkertijd uitvoeren. Op grond van het tweede lid kunnen burgemeester en wethouders met het oog op de publieke belangenbehartiging in het instemmingsbesluit indien nodig voorschriften opnemen ten aanzien van de te verrichten werkzaamheden. Daarbij kan uiteraard, hoewel dit niet langer expliciet in de wet is bepaald, worden afgeweken van het door de aanbieder gemelde plan van uitvoering. Indien burgemeester en wethouders verwachten dat andere belanghebbenden bedenkingen zullen hebben tegen hetgeen zij voornemens zijn in het instemmingsbesluit op te nemen, zijn zij op grond van artikel 4:8 van de Algemene wet bestuursrecht verplicht deze belanghebbenden in de gelegenheid te stellen hun zienswijze naar voren te brengen. De voorschriften kunnen alleen om redenen van de genoemde publieke belangen die de gemeente in dit kader behartigt voor de gehele gemeentelijke huishouding gesteld worden en dienen niet te zien op de privaatrechtelijke belangen van de gemeente zelf. Laatstgenoemde belangen, zoals bijvoorbeeld het zoveel mogelijk voorkomen van schade aan eigendommen van de gemeente bij de aanleg van kabels, dient de gemeente in de overeenstemmingsfase als bedoeld in artikel 5.2, aan de orde te stellen. De belangen, het handhaven van de openbare orde en het waarborgen van de veiligheid, spreken voor zich. Burgemeester en wethouders kunnen ook voorschriften stellen ter beperking of voorkoming van overlast. Indien er meerdere voornemens worden gemeld, kunnen burgemeester en wethouders besluiten deze werkzaamheden qua tijdstip op elkaar af te stemmen om hiermee de overlast te beperken. Ook kunnen zij indien bekend is dat er andere werkzaamheden in de grond dan de werkzaamheden ten behoeve van de aanleg van elektronische communicatiekabels zullen plaatsvinden, deze werkzaamheden op elkaar afstemmen, dan wel het voorschrift stellen dat er onderling overleg plaatsvindt. In geval van (grootschalige) graafwerkzaamheden kan gedacht worden aan het stellen van voorschriften met betrekking tot het bereikbaar houden van de

Concept Memorie van Toelichting 13-11-03
Versie t.b.v. OPT 25nov03

betreffende en omringende gronden. Ook de doorstroming van het verkeer en het openhouden van een verkeersweg voor ambulance, politie of brandweer kunnen bij het stellen van deze voorschriften een rol spelen. Als laatste wordt het belang van de ondergrondse ordening genoemd. In het kader van de Telecommunicatiewet kan hierbij gedacht worden aan het bevorderen van medegebruik tussen aanbieders onderling in de zin van artikel 5.12. Burgemeester en wethouders kunnen dit bijvoorbeeld doen door het voorschrift te stellen dat de aanbieder de mogelijkheden tot medegebruik onderzoekt voordat deze tot eigen aanleg overgaat. Op deze wijze kan worden voorkomen dat de ondergrond onnodig vol raakt.

In het derde lid wordt geregeld dat de te stellen voorschriften slechts betrekking kunnen hebben op de plaats, de wijze van uitvoering en het tijdstip van de werkzaamheden. Dit tijdstip mag in beginsel niet later liggen dan 12 maanden na het gemelde voornemen. Hiermee wordt voorkomen dat de termijnen waarbinnen de gemeenten de aanleg toestaan te zeer uiteen gaan lopen. Bovendien weten degenen die tot de aanleg van kabels willen overgaan waar zij voor wat betreft het tijdspad ongeveer aan toe zijn. Alleen wanneer er zwaarwichtige redenen zijn van publiek belang die zich hier tegen verzetten kunnen burgemeester en wethouders een later gelegen tijdstip voorschrijven. Gedacht kan worden aan de situatie dat binnen een gemeente op de voorgenomen plaats van aanleg de straten niet lang geleden reeds opengebroken zijn geweest voor de aanleg van kabels, waardoor veel overlast is ontstaan voor winkeliers die hiervan schade hebben ondervonden en niet verlangd kan worden dat de winkeliers weer met deze overlast geconfronteerd worden. Het besluit waarin de voorschriften gesteld worden dient overeenkomstig artikel 4:13 van de Algemene wet bestuursrecht binnen een redelijke termijn te worden genomen. Deze redelijke termijn is in elk geval verstreken indien het instemmingsbesluit na acht weken na ontvangst van de melding niet genomen is, tenzij burgemeester en wethouders niet binnen deze termijn kunnen beslissen. Dit kan het geval zijn wanneer het verlenen van een benodigde vergunning eerst afgewacht dient te worden voordat er instemming kan worden verleend.

Op grond van het vierde lid dient net als in de huidige Telecommunicatiewet de gemeenteraad een verordening op te stellen waarin regels worden gesteld onder andere ten aanzien van de melding en de gegevens die hierbij dienen te worden overgelegd. De onderwerpen genoemd onder a tot en met d hebben betrekking op het bevorderen van een transparante besluitvorming bij het stellen van de voorschriften ingevolge het tweede lid. Met betrekking tot de wijze van uitvoering kunnen in deze verordening ook kwaliteitseisen inzake herbestrating worden opgenomen ingeval de gedoogplichtige ervoor kiest de aanbieder zorg te laten dragen voor herbestrating. De gemeenteraad kan in deze verordening ook regels stellen inzake het tijdig op de hoogte stellen van omringende bewoners van de te verrichten werkzaamheden. In onderdeel e wordt in onderhavig voorstel aan de gemeenteraad opgedragen regels te stellen ten aanzien de afstemming met beheerders van overige in de grond aanwezige werken. Hierbij kan gedacht worden aan beheerders van gasleidingen of elektriciteitskabels. Op grond van onderdeel f dienen in de verordening regels te worden opgesteld ten aanzien van de wijze van melding en uitvoering van de werkzaamheden bij het verrichten van spoedeisende werkzaamheden in verband met ernstige belemmering of storing van de communicatie. In tegenstelling tot de huidige Telecommunicatiewet is de procedure zoals beschreven in het eerste lid van onderhavig artikel ingevolge artikel 5.6 van dit wetsvoorstel niet van toepassing op deze

Concept Memorie van Toelichting 13-11-03
Versie t.b.v. OPT 25nov03

werkzaamheden. Voor zover de werkzaamheden in of op openbare gronden plaatsvinden dienen wel de regels die de gemeenteraad stelt aan de wijze van melding en uitvoering in acht te worden genomen.

In het vijfde lid is opgenomen dat in de verordening afzonderlijke regels moeten worden opgesteld met betrekking tot het tijdstip van melding, de te overleggen gegevens en de wijze van uitvoering bij werkzaamheden van niet-ingrijpende aard. Deze bepaling is nieuw en heeft tot doel gemeenten invulling te laten geven aan een aparte (lichtere) procedure die gevolgd kan worden bij de uitvoering van werkzaamheden van niet-ingrijpende aard. Hierbij kan gedacht worden aan werkzaamheden die naar hun aard minder ingrijpend zijn omdat ze enerzijds beperkt zijn in tijd (dagen) en in omvang (tracélengte), anderzijds omdat ze door de locatie (geografie) en de tracékeuze (bijvoorbeeld alleen in de stoep) weinig overlast veroorzaken. Met betrekking tot de lichtere procedure kan gedacht worden aan een eenmalige melding van de niet-ingrijpende werkzaamheden ten behoeve van bijvoorbeeld een aansluiting waarop burgemeester en wethouders vervolgens in een algemeen besluit voorschriften opnemen die van overeenkomstige toepassing zijn op binnen een bepaalde periode te verrichten soortgelijke werkzaamheden.

Op grond van artikel 125 Gemeentewet is het gemeentebestuur bevoegd bestuursdwang toe te passen ter handhaving van hetgeen in de verordening is opgenomen. Dit geldt ook ten aanzien van de handhaving van het besluit dat burgemeester en wethouders nemen op grond van het eerste lid, onder b. In geval de gemeenteraad niet voldoet aan de verplichting om de verordening op te stellen vindt de taakverwaarlozingsregeling zoals opgenomen in de artikelen 123 en 124 Gemeentewet toepassing.

Overeenkomstig het zesde lid kunnen bij ministeriële regeling regels gesteld worden ten aanzien van de verordening die door gemeenten dienen te worden opgesteld. Reden hiervoor is om op rijksniveau regels te kunnen stellen om de uniformiteit van bepaalde aangelegenheden die op gemeenteniveau geregeld dienen te worden zeker te stellen.

Artikel 5.4

In het eerste lid wordt geregeld dat indien voor de aanleg, instandhouding en opruiming van kabels ten dienste van een openbaar elektronisch communicatienetwerk zowel een aanvraag voor een besluit van burgemeester en wethouders is ingediend in de zin van artikel 5.3 als een vergunning op grond van een andere wet, de aanvrager burgemeester en wethouders hiervan op de hoogte stelt.

Op grond van het tweede lid ligt voorts met deze wetenschap bij burgemeester en wethouders van de gemeente waarin de werkzaamheden zullen worden uitgevoerd de inspanningsplicht om de inhoudelijke afstemming tussen de verschillende bestuursorganen te bevorderen bij de beoordeling van de aanvragen. Deze afstemming heeft betrekking op de tijd, de plaats en de werkwijze van de uit te voeren werkzaamheden ten behoeve van de aanleg, instandhouding en opruiming van kabels. De overige betrokken bestuursorganen zijn op grond van onderhavig artikel verplicht hun medewerking hieraan te verlenen. Onderhavig artikel levert geen nieuwe taak op voor gemeenten aangezien gemeenten op grond van de huidige wet een al coördinatie taak hebben, waarbij andere belangen dan waarin de Telecommunicatiewet voorziet dienen te worden betrokken.

Concept Memorie van Toelichting 13-11-03

Versie t.b.v. OPT 25nov03

Op grond van het derde lid dienen de vergoedingen die in rekening worden gebracht bij de aanbieder voor het verlenen van een instemmingsbesluit dan wel een vergunning op grond van andere wetgeving op transparante wijze te worden bepaald. Dit betekent dat in rekening te brengen leges ook daadwerkelijk terug te voeren valt naar de verrichte dienstverlening. Op grond van artikel 229b van de Gemeentewet kan het bedrag van in rekening te brengen leges niet hoger uitvallen dan het bedrag dat de gemaakte kosten dekt.

Artikel 5.5

In het eerste lid wordt een uitzondering gemaakt op de te volgen procedure bij de instandhouding van kabels indien de hiermee gepaard gaande spoedeisende werkzaamheden noodzakelijk zijn om ernstige belemmeringen of storingen van de communicatie te verhelpen. Storingen en ernstige belemmeringen moeten in beginsel onmiddellijk kunnen worden verholpen. Het gaat hierbij om dringende reparatiewerkzaamheden en dergelijke van bestaande elektronische communicatiekabels. De bepaling ziet uitdrukkelijk niet op de aanleg van nieuwe kabels. Op grond van het eerste lid kan bij spoedeisende werkzaamheden worden volstaan met een melding voorafgaand aan de werkzaamheden aan de gedoogplichtige.

In het tweede lid is geregeld dat indien de werkzaamheden betrekking hebben op openbare gronden, ook een melding voorafgaand aan de uit te voeren werkzaamheden dient te worden gedaan aan de burgemeester van de desbetreffende gemeente. Reden hiervoor is dat het in het kader van de openbare orde en veiligheid wenselijk is dat de werkzaamheden vooraf gemeld zijn bij de plaatselijke autoriteiten. Op grond van artikel 5.3, vijfde lid, onder e, dient de gemeenteraad bij verordening regels te stellen over de wijze van melding. Het is mogelijk dat gemeenten vanwege de bereikbaarheid de feitelijke melding laten plaatsvinden bij de politie. Deze kan in het geval de openbare orde of veiligheid in het geding is de burgemeester inlichten.

In het derde lid is geregeld dat de burgemeester kan besluiten dat de werkzaamheden niet op het voorgenomen tijdstip plaatsvinden. Gezien het feit dat de burgemeester het bevoegde orgaan is inzake de handhaving van de openbare orde en veiligheid van de gemeente, is deze bevoegdheid hier neergelegd. Bij het uitoefenen van de bevoegdheid genoemd in het derde lid kan gedacht kan worden aan bepaalde situaties, waarbij het belang van de openbare orde dusdanig speelt, dat een burgemeester het nodig kan achten de werkzaamheden enige tijd uit te stellen.

Artikel 5.6

In het eerste en tweede lid wordt het recht op schadevergoeding neergelegd, zoals dit ook geldt op grond van de huidige Telecommunicatiewet. Onder de in het tweede lid genoemde voorzieningen kunnen specifieke maatregelen worden verstaan die nodig zijn als gevolg van de werkzaamheden in verband met de aanleg, instandhouding en opruiming van kabels ten dienste van een openbaar elektronisch communicatienetwerk, zoals het treffen van veiligheidsmaatregelen. Hierbij kan gedacht worden aan het aanbrengen van verlichting, afzettingen of het tijdelijk verplaatsen van verkeersborden. Indien een gedoogplichtige deze maatregelen bijvoorbeeld in het kader van zijn

Concept Memorie van Toelichting 13-11-03
Versie t.b.v. OPT 25nov03

onderhoudplicht moet nemen, dient de aanbieder de kosten daarvan te vergoeden aan de gedoogplichtige.

In het derde lid wordt geregeld dat de aanbieder van een openbaar elektronisch communicatienetwerk in beginsel zorg dient te dragen voor het dichtmaken van de geul en eventuele herbestrating nadat de werkzaamheden in verband met de aanleg, instandhouding en opruiming van kabels zijn beëindigd. Gezien het feit dat de bedoelde werkzaamheden op zich reeds een vergaande inbreuk vormen op het eigendomsrecht of een daarvan afgeleid recht van gedoogplichtige dan wel grote gevolgen kunnen hebben voor de onderhoudplicht van gedoogplichtige, en het belangrijkste uitgangspunt blijft dat gedoogplichtige zo min mogelijk nadeel dient te ondervinden van de werkzaamheden, is in onderhavige bepaling opgenomen dat gedoogplichtige ervoor kan kiezen zelf zorg te dragen voor het dichtmaken van de geul. De aanbieder zal echter ook dan de kosten dienen te dragen welke voortvloeien uit de werkzaamheden om de grond weer in de oude staat terug te brengen. De hiervoor in rekening te brengen bedragen dienen net als in de huidige Telecommunicatiewet geregeld is marktconform te zijn. Het staat partijen vrij om vrijwillig forfaitaire bedragen vast te stellen die vergoed zullen worden. In de praktijk heeft de Vereniging van Nederlandse Gemeenten (VNG) met een aantal aanbieders van openbare elektronische communicatienetwerken afspraken gemaakt met betrekking tot het vergoeden van kosten ingeval van het herbestraten van openbare wegen. Kosten die aanvullend worden gemaakt op de kosten die noodzakelijk zijn voor het terugbrengen van de grond in de oude toestand, komen niet voor rekening van de aanbieder. Indien geschillen omtrent de schadevergoeding ontstaan, kan op grond van artikel 5.13 de eis tot schadevergoeding aanhangig worden gemaakt bij de kantonrechter.

Artikel 5.7

In het eerste lid is opgenomen dat de aanbieder van een openbaar elektronisch communicatienetwerk verplicht is maatregelen te nemen ten aanzien van de kabels van zijn netwerk, waaronder het verplaatsen van de kabels, indien dit noodzakelijk is voor de uitvoering van werken of de oprichting van gebouwen door gedoogplichtige of vanwege gedoogplichtige. Op grond van de huidige Telecommunicatiewet is de aanbieder alleen verplicht tot verplaatsing. Het kan echter zo zijn dat wanneer om verplaatsing gevraagd wordt door gedoogplichtige, het treffen van bepaalde andere maatregelen afdoende is en verplaatsing kan worden voorkomen. In dat geval is de aanbieder op grond van het onderhavige artikel verplicht op eigen kosten over te gaan tot de maatregelen. Op grond van het eerste lid kan de gedoogplichtige om maatregelen vragen indien deze zelf een gebouw opricht of een werk uitvoert in of op zijn grond of dit door iemand anders laat doen vanwege de gedoogplichtige zelf. Als kan worden aangenomen dat de gedoogplichtige heeft ingestemd met de uitvoering van een werk door een derde en dit tevens ten behoeve van gedoogplichtige geschiedt, betekent dit dat het werk vanwege hem wordt uitgevoerd. De aanbieder dient in deze gevallen de kosten te dragen. Hierbij geldt als uitgangspunt dat verplaatsing nodig is indien gedoogplichtige het werk redelijkerwijs niet kan uitvoeren zoals deze dit zelf wenst, ook al zou bij andere uitvoering van het werk de verplaatsing niet nodig zijn. Onder het begrip werk wordt verstaan een constructie van enige omvang, niet zijnde een gebouw, die op de plaats van bestemming hetzij direct of indirect met de grond verbonden is, hetzij direct of indirect

Concept Memorie van Toelichting 13-11-03
Versie t.b.v. OPT 25nov03

steun vindt in of op de grond. Hieronder valt bijvoorbeeld de aanleg of de reconstructie van een weg of waterloop of de inrichting van een schoolplein. Beplantingen vallen hier niet onder. Het bouwrijp maken van een perceel door gedoogplichtige vanwege het feit dat na verkoop of het in erfpacht geven van het perceel aan een derde, deze derde ten behoeve van hemzelf een gebouw gaat oprichten, valt ook niet onder de werking van het eerste lid. Deze derde kan echter na aankoop of verkrijging van erfpacht als gedoogplichtige wel een beroep doen op het eerste lid van deze bepaling, indien het door hem op te richten gebouw bijvoorbeeld de verplaatsing van kabels eist.

Op grond van het tweede lid is een aanbieder verplicht, in het geval om maatregelen zoals verplaatsing wordt gevraagd om andere dan in het eerste lid bedoelde redenen, aan dit verzoek te voldoen, maar dient de gedoogplichtige zelf de kosten te dragen. Hierbij kan gedacht worden aan de hierboven genoemde situatie waarin gedoogplichtige een perceel bouwrijp wenst te verkopen. In het derde lid is een termijn van zes weken gesteld, waarbinnen de aanbieder aan het verzoek dient te voldoen.

Op grond van het vierde lid kunnen partijen zich tot de kantonrechter wenden, indien geschillen ontstaan over de vraag wie de kosten dient te dragen van de te nemen maatregelen. De procedure bij de kantonrechter dient met een verzoekschrift aanhangig te worden gemaakt. De kantonrechter zal in dit geval een uitspraak moeten doen over de noodzaak van de verplaatsing, zoals omschreven in het eerste lid. Vaststaat dat de aanbieder tot verplaatsing dient over te gaan, het aanhangig maken van een geschil heeft dan ook geen schorsende werking. Het geschil heeft slechts betrekking op de vraag wie de kosten die direct verband houden met de te nemen maatregelen dient te dragen. Hieronder worden ook verstaan kosten van bijvoorbeeld een vereiste goedgekeurde accountantsverklaring. Aangezien de meeste geschillen op grond van hoofdstuk 5 verplaatsingsgeschillen betreffen is ervoor gekozen de snelle en eenvoudige verzoekschriftprocedure bij de kantonrechter van toepassing te verklaren op deze geschillen.

In het vijfde lid is geregeld dat artikel 5.2, derde lid, tweede volzin en het vijfde lid, van overeenkomstige toepassing is. Dit betekent dat op grond van artikel 5.2, derde lid, tweede volzin, het verzoekschrift voor een beschikking van de kantonrechter inzake het geschil aanhangig kan worden gemaakt bij de kantonrechter van de rechtbank van het arrondissement, waarin de onroerende zaak waarop de werkzaamheden betrekking hebben zich geheel of grotendeels bevindt.

Artikel 5.8

De aanleg, instandhouding en opruiming van kabels veroorzaakt niet alleen hinder bij de gedoogplichtige of de beheerder. Ook derden kunnen hinder ondervinden. Dit geldt in het bijzonder voor degenen die de zorg hebben voor andere in de grond aanwezige werken. Daarbij kan gedacht worden aan overige in de grond aanwezige infrastructuur, zoals gasleidingen, elektriciteitskabels of rioleringen. Uitgangspunt bij de aanleg is dat de hinder zo minimaal mogelijk moet zijn. Soms is echter een zekere mate van hinder onvermijdelijk. Zo valt vaak niet te voorkomen dat kabels op een hoger niveau worden aangelegd dan de overige reeds in de grond aanwezige infrastructuur. Hierdoor is deze infrastructuur minder eenvoudig bereikbaar voor onderhoud of reparatie. Onderhoud en reparatie moeten echter wel mogelijk blijven. Vandaar dat in de tweede volzin is bepaald dat eventuele hinder niet zo ver mag gaan dat de instandhouding van de reeds in de grond

Concept Memorie van Toelichting 13-11-03
Versie t.b.v. OPT 25nov03

aanwezige werken in gevaar komt of aanzienlijk wordt bemoeilijkt. Mocht dit toch gebeuren dan zal de eigenaar of beheerder van de reeds in de grond aanwezige werken naar verwachting met succes een beroep kunnen doen op artikel 6:162 van het Burgerlijk Wetboek. De schade die de beheerder van deze hinder ondervindt zal dan door de aanbieder van het openbare elektronische communicatienetwerk vergoed moeten worden. Hetzelfde geldt overigens wanneer er geen sprake is van het in gevaar brengen of het aanzienlijk bemoeilijken van instandhouding maar er wel sprake is van meer hinder dan nodig.

Artikel 5.9

In onderhavige bepaling wordt benadrukt dat bij het aanleggen van kabels ten dienste van openbare elektronische communicatienetwerken bomen en beplantingen zoveel mogelijk dienen te worden ontzien. Dit betekent ook dat door de aanleg van de genoemde kabels de groei van bomen en beplantingen niet ontnomen mag worden.

Artikel 5.10

In het eerste lid is geregeld dat wanneer de wortels van bomen en beplantingen hinderlijk zijn of worden voor de instandhouding van kabels ten dienste van een openbaar elektronisch communicatienetwerk, deze dienen te worden ingekort door de rechthebbende op de bomen en beplantingen. Deze bepaling is overgenomen van de huidige Telecommunicatiewet, met dien verstande dat de bepaling is beperkt tot het inkorten van wortels en dat is verduidelijkt dat deze bepaling alleen ziet op de instandhouding van kabels ten dienste van een openbaar elektronisch communicatienetwerk.

Het tweede lid is overgenomen van de huidige Telecommunicatiewet met dien verstande dat ook dit lid niet meer ziet op het opsnoeien of inkorten van takken. Reden hiervoor is dat het inkorten of opsnoeien van takken niet meer aan de orde is nu de betreffende netwerken ondergronds worden aangelegd.

In het derde lid is het recht op schadevergoeding neergelegd, dit houdt in dat allereerst de kosten die de rechthebbende op de bomen en beplantingen maakt op grond van het eerste lid dienen te worden vergoed door de aanbieder van een openbare elektronische communicatienetwerk en daarnaast dient de aanbieder de schade voortvloeiend uit het tweede lid te vergoeden.

Het vierde lid is opgenomen om te benadrukken dat bomen en planten zoveel mogelijk dienen te worden ontzien.

Artikel 5.11

Deze bepaling is overgenomen van artikel 5.6 van de huidige Telecommunicatiewet, met dien verstande dat toegevoegd is dat het aanleggen van kabels in of aan voorzieningen van anderen geen wijziging brengt in de eigendom van hetgeen is aangelegd en de bepaling ook geldt voor niet-openbare netwerken. Voor dit laatste is gekozen om de onduidelijke situatie die een koppeling van het begrip openbaar aan het al dan niet overgaan van de eigendom met zich meebrengt. Daarbij dient te worden bedacht dat het

Concept Memorie van Toelichting 13-11-03

Versie t.b.v. OPT 25nov03

uit de Europese richtlijnen voortkomende begrip openbaar niet bedoeld is om maatgevend te zijn voor het al of niet overgaan van eigendom. Een gevolg hiervan is onduidelijkheid in de praktijk. Wanneer een netwerk bijvoorbeeld aangelegd wordt met de intentie om te worden gebruikt voor diensten aan het publiek maar uiteindelijk de facto gebruikt wordt als een besloten netwerk, dan kan twijfel ontstaan over de eigendomsverhoudingen. Immers geredeneerd zou kunnen worden dan aangezien het netwerk is aangelegd als openbaar er geen eigendom is overgegaan. Anderzijds kan worden betoogd dat het netwerk nooit openbaar is geweest en er dus, door natrekking, wel eigendom is overgegaan. Een andere vraag die zich voordoet, en waar op verschillende wijze tegen aan kan worden gekeken, is de vraag of een openbaar netwerk dat door verandering in het gebruik niet langer openbaar is hierdoor alsnog van eigendom overgaat. Hoewel er goede argumenten zijn om te betogen dat dit niet het geval is en de doorbreking van de normale eigendomsregels als eenmalig moet worden gezien, kan er ook anders worden geredeneerd. Wat hier ook van zij, de reeds genoemde uitbreiding van de huidige, in artikel 5.6 van de Telecommunicatiewet opgenomen doorbreking van de normale eigendomsregels, maakt dat de hier bedoelde onduidelijkheden verdwijnen. Voor de duidelijkheid wordt opgemerkt dat niet voorzien is in specifiek overgangsrecht. Dit betekent dat er in de eigendom van netwerken, of die nu openbaar zijn of niet, die zijn aangelegd voor de inwerkingtreding van deze wet niets verandert. Deze wijziging heeft voorts geen betekenis voor het al dan niet van toepassing zijn van de gedoogplicht. Hiervoor blijft het verschil tussen openbare en niet-openbare netwerken van belang.

Artikel 5.12

Artikel 5.12 handelt over het medegebruik van voorzieningen ter zake van de aanleg en instandhouding van kabels ten dienste van openbare elektronische communicatienetwerken. De bepaling heeft dezelfde structuur als het artikel 3.11 met betrekking tot het medegebruik van antenne-opstelpunten. De toelichting op dit reeds bestaande artikel, alsmede de daaraan in de praktijk gegeven toepassing, is dan ook voor een beter begrip van artikel 5.12 relevant.

Het eerste lid regelt dat aanbieders van openbare elektronische communicatienetwerken over en weer dienen te voldoen aan redelijke verzoeken tot het medegebruik van voorzieningen ter zake van aanleg en instandhouding van kabels. Of een verzoek redelijk is hangt af van de feitelijke omstandigheden. In ieder geval spelen daarbij de technische mogelijkheden een rol. De in het eerste lid geformuleerde medegebruiksverplichting geldt overigens al op grond van het huidige recht. De door de (rechts)praktijk gegeven invulling van de redelijkheidsnorm is dan ook in dit verband nog steeds relevant. De aanbieder aan wie een redelijk verzoek is gericht, moet met betrekking tot zijn voorzieningen toestaan dat de om medegebruik verzoekende aanbieder daar zijn eigen kabels aanlegt. Het gaat hierbij om medegebruik van de voorzieningen ter zake van de aanleg en instandhouding van kabels, daaronder kunnen de bij de kabel behorende ondersteunings- en beschermingswerken worden verstaan. Het begrip voorzieningen is ruimer dan de in dit wetsvoorstel in de definitie van kabel genoemde ondergrondse ondersteuningswerken, beschermingswerken, signaalinrichtingen, en inrichtingen, bestemd om daarin verbinding tot stand te brengen tussen fysieke geleidingsdraden .

Concept Memorie van Toelichting 13-11-03
Versie t.b.v. OPT 25nov03

Bovengrondse ondersteuningswerken van een aanbieder van een openbaar elektronisch communicatienetwerk vallen daar bijvoorbeeld niet meer onder, maar zijn wel voorzieningen die in aanmerking komen voor medegebruik. Het medegebruik betreft niet de kabeldraad of glasvezel zelf. Onder bij de kabel behorende ondersteunings- en beschermingswerken worden in dit verband ondermeer verstaan de kabelgoten en kabelsleuven. Ook vallen mantelbuizen ter bescherming van kabels en de handholes, lasdozen en duikers onder de voor medegebruik in aanmerking komende voorzieningen. Reeds hier zij opgemerkt dat de in artikel 5.14 van overeenkomstige toepassingsverklaring van het gedoogregime op ondersteuningswerken en beschermingswerken waarin zich nog geen fysieke geleidingsdraden bevinden die zijn bestemd voor de rechtstreekse overdracht van signalen tussen punten, ook relevant is voor de regeling omtrent medegebruik. Voor een nadere uiteenzetting hieromtrent wordt verwezen naar de toelichting op artikel 5.14.

In het tweede lid is, op eenzelfde wijze als dit in artikel 3.11 met betrekking tot het delen van antenne-opstelpunten is geschied, bepaald dat wanneer voor het medegebruik de toestemming van een derde vereist is deze die toestemming mag weigeren. Dit is alleen anders indien de derde nauwe banden heeft met de aanbieder van het openbare elektronische communicatienetwerk op wie de verplichting tot medegebruik rust. Deze banden zijn er als de derde direct of indirect een relevant economisch belang heeft in de aanbieder. Te denken valt bijvoorbeeld aan de situatie waarin de derde een aanzienlijk pakket aandelen heeft in de aanbieder of de moedermaatschappij van de aanbieder. Voorts bestaan er nauwe banden als de derde deel uitmaakt van de het concern, of in de terminologie van het Burgerlijk Wetboek, de groep waartoe ook de aanbieder behoort. Van een groep is sprake indien er meerdere rechtspersonen onder een centrale leiding staan. Een belangrijke indicatie, doch geen conditio sine qua non, voor het bestaan van een groep is de opname van de derde in de geconsolideerde jaarrekening van de moedermaatschappij zonder dat de derde een eigen jaarrekening heeft gepubliceerd.

Op grond van het derde lid dient de aanbieder het medegebruik ter beschikking te stellen tegen een redelijke vergoeding. Een redelijke vergoeding betekent allereerst dat de kosten van voorzieningen die speciaal voor de desbetreffende medegebruiker worden getroffen door hem worden vergoed. Voorts betekent een redelijke vergoeding dat de kosten van gemeenschappelijk gebruikte voorzieningen proportioneel moeten worden toegerekend, met andere woorden evenredig aan het gebruik van de voorzieningen door de desbetreffende medegebruiker van de voorziening in vergelijking met het gebruik door andere gebruikers. Wat betreft de vaststelling van de kosten wordt daarbij uitgegaan van de werkelijk gemaakte kosten, vastgesteld overeenkomstig de door het bedrijf toegepaste waarderingsprincipes in het kader van de financiële verslaglegging; voorts dat deze principes ook consistent worden toegepast bij de vaststelling van de tarieven van de eigen dienstverlening. Deze kosten mogen voorts worden vermeerderd met een redelijk rendement op het in de voorziening geïnvesteerde vermogen, voor zover dat aan het medegebruik kan worden toegerekend. Door deze aanpak wordt bewerkstelligd dat de vergoeding zowel redelijk is vanuit het perspectief van de medegebruiker als vanuit de eigenaar dan wel exploitant.

Concept Memorie van Toelichting 13-11-03
Versie t.b.v. OPT 25nov03

In het geval partijen niet tot overeenstemming kunnen komen met betrekking tot een verzoek om medegebruik van voorzieningen, kan een bij het geschil betrokken partij op grond van artikel 12.2 van de Telecommunicatiewet het college van de Onafhankelijke Post en Telecommunicatie Autoriteit (het college) van de om een beschikking vragen. Aan dit artikel is een vierde lid toegevoegd, waardoor de mogelijkheid bestaat nadere regels te stellen inzake het medegebruik en de daartegenover staande vergoeding.

Artikel 5.13

In het eerste lid is de civielrechtelijke handhaving neergelegd. In een tweetal bepalingen van dit hoofdstuk wordt de mogelijkheid geboden om een beschikking van de kantonrechter te vragen, ingeval partijen in bepaalde aangelegenheden niet tot overeenstemming kunnen komen. Een voorbeeld hiervan is artikel 5.2, waarin de procedure wordt voorgeschreven die door de aanbieder dient te worden gevolgd alvorens met de werkzaamheden in verband met de aanleg, instandhouding en opruiming van kabels kan worden begonnen. In de gevallen waarin op grond van dit hoofdstuk om een beschikking van de kantonrechter kan worden gevraagd, is de verzoekschriftprocedure zoals geregeld in het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering van toepassing. Het eerste lid regelt dat overige geschillen op grond van dit hoofdstuk, zoals een geschil over schadevergoeding, door middel van de gebruikelijke dagvaardingsprocedure aanhangig kunnen worden gemaakt bij de kantonrechter. Een uitzondering is gemaakt voor de bepaling inzake medegebruik. Zoals hierboven reeds aangegeven kunnen geschillen inzake medegebruik op grond van artikel 12.2 van de Telecommunicatiewet worden voorgelegd aan het college. In het tweede lid is bepaald dat hoger beroep is toegelaten, dat wil zeggen dat ongeacht de hoogte van de vordering hoger beroep kan worden ingesteld.

Artikel 5.14

Dit artikel heeft tot gevolg dat de aanleg, instandhouding en opruiming van ondergrondse ondersteuningswerken en beschermingswerken, waarin zich nog geen fysieke geleidingsdraden bevinden die zijn bestemd voor de rechtstreekse overdracht van signalen tussen punten, vallen onder de gedoogregime. Voldoende is dat de ondergrondse ondersteuningswerken en beschermingswerken bedoeld zijn om dienstbaar te worden aan een openbaar elektronisch communicatienetwerk van degene in wiens naam wordt aangelegd, instandgehouden of opgeruimd of een derde. Op de uit artikel 5.14 voortvloeiende gedoogplicht kan een beroep worden gedaan door de degene in wiens naam de aanleg, instandhouding of opruiming van de ondersteuningswerken of beschermingswerken plaatsvindt. Dit kan de daadwerkelijk aanlegger zijn maar dat hoeft niet. Niet van belang is of degene in wiens naam wordt aangelegd voornemens is om uiteindelijk zelf aanbieder van een openbaar elektronisch communicatienetwerk te worden.

De overeenkomstige van toepassingverklaring betekent verder dat indien de werken vier jaar lang niet ten dienste staan van een functionerend openbaar elektronisch communicatienetwerk de gedoogplicht komt te vervallen. Dit betekent bij de aanleg van bedoelde werken dat deze in ieder geval na vier jaar in gebruik moeten zijn genomen. Dat wil zeggen dat de beschermingswerken dan gevuld dienen te zijn met een fysieke geleidingsdraad die daadwerkelijk in gebruik is genomen ten dienste van een openbaar elektronisch communicatienetwerk. Bij het bepalen van de termijn is enerzijds rekening

Concept Memorie van Toelichting 13-11-03

Versie t.b.v. OPT 25nov03

gehouden met investeringen van aanbieders en anderzijds is rekening gehouden met de grote inbreuk die de gedoogplicht maakt op het eigendomsrecht. Er is gezocht naar een balans die aansluit bij de praktijk, waarin toch de nodige tijd kan liggen tussen aanleg van bijvoorbeeld mantelbuizen en het daadwerkelijk in gebruik nemen van kabels ten dienste van een openbaar elektronisch communicatienetwerk, en waarbij de gedoogplicht tevens niet meer dan noodzakelijk wordt uitgebreid. In dit perspectief is gekozen voor een termijn van vier jaar. Op het moment van aanleg zal op enigerlei wijze aannemelijk moeten worden gemaakt dat de beschermingswerken binnen vier jaar gevuld zullen worden met fysieke geleidingsdraden die ten dienste staan aan een openbaar elektronisch communicatienetwerk. Hierbij kan gedacht worden aan het overleggen van bedrijfsplannen of contracten.

Bijzondere aandacht verdient de overeenkomstige toepassing van artikel 5.12 betreffende het medegebruik van voorzieningen ter zake van de aanleg en instandhouding van kabels ten dienste van openbare elektronische communicatienetwerken. Hierdoor komen ondersteuningswerken en beschermingswerken waar nog geen draden in zitten, zoals bijvoorbeeld lege mantelbuizen, onder de medegebruiksregeling te vallen. Bij het hoofdregime bestaat over een en weer een verplichting tot medegebruik binnen de categorie aanbieders van openbare elektronische communicatienetwerken. Door de overeenkomstige toepassingsverklaring wordt deze categorie uitgebreid met degenen in wiens naam niet-bedrade ondergrondse ondersteuningswerken of beschermingswerken worden aangelegd. Zo moet, bijvoorbeeld, een partij die lege mantelbuizen heeft aangelegd die bedoeld zijn om in de toekomst door hem of een derde te worden gebruikt ten behoeve van een openbaar elektronisch communicatienetwerk, uitgaande van een redelijk verzoek, medegebruik toestaan. Een gevolg van de hier aan de orde zijnde toepasselijkheid van de regeling omtrent medegebruik is dat degene die ten behoeve van een openbaar elektronisch communicatienetwerk ondergrondse ondersteuningswerken of beschermingswerken aanlegt met een derde voor het gebruik van die werken geen exclusiviteit kan overeenkomen. Immers dit zou in strijd zijn met de verplichting om te voldoen aan alle redelijk verzoeken om medegebruik.

Onderdeel C (wijziging artikel 12.2)

Door de wijziging van artikel 12.2 wordt bewerkstelligd dat een geschil tussen een derde en een aanbieder inzake een verzoek tot medegebruik van voorzieningen terzake van de aanleg en instandhouding van kabels ten dienste van een openbaar elektronisch communicatienetwerk door het college kan worden beslecht.

Onderdeel D (wijziging artikel 15.1)

Door de wijziging van artikel 15.1 wordt bewerkstelligd dat het college niet belast is met het toezicht op de naleving van het bepaalde bij of krachtens hoofdstuk 5. Artikel 5.12 inzake de verplichting voor aanbieders om te voldoen aan een redelijk verzoek tot medegebruik is hiervan uitgezonderd. Aangezien dit artikel betrekking heeft op verplichtingen tussen aanbieders onderling en het feitelijk gaat om een toegangsvraagstuk is het college belast met het toezicht op de naleving ervan. De overige artikelen van hoofdstuk 5 zijn overwegend civielrechtelijk van aard

Concept Memorie van Toelichting 13-11-03

Versie t.b.v. OPT 25nov03

en worden om die reden dan ook niet bestuursrechtelijk, maar civielrechtelijk gehandhaafd. Uitzondering hierop is artikel 5.3 ten aanzien waarvan het gemeentebestuur op grond van de Gemeentewet bevoegd is met het toezicht op de naleving van het bepaalde bij of krachtens artikel 5.3.

Artikel II

Dit artikel bevat een aanpassing van de Wet op de economische delicten voortvloeiend uit de voorgestelde wijzigingen van hoofdstuk 5 van de Telecommunicatiewet. Het brengen van artikel 5.3, eerste en tweede lid, van deze wet onder de Wet op de economische delicten heeft inhoudelijk geen wijziging tot het gevolg. Het toevoegen van artikel 5.5, tweede en derde lid, van deze wet betreft wel een inhoudelijke wijziging. Ingevolge deze bepaling is een overtreding van artikel 5.5, tweede en derde lid, van deze wet een economisch delict en daarmee een overtreding in de zin van de Wet op de economische delicten.

Artikel III

In dit artikel wordt geregeld dat voor de instandhouding, verplaatsing en opruiming van bovengrondse luchtkabels het begrip kabels zoals dat gold voor de inwerkingtreding van deze wet van toepassing is. Dat wil zeggen dat ook de instandhouding en opruiming van bovengrondse ondersteuningwerken dient te worden gedoogd.

Artikel IV

Voor kabels, ondergrondse ondersteuningswerken of beschermingswerken waarin of waarop geen fysieke geleidingsdraden bestemd voor de rechtstreekse overdracht van signalen tussen punten zijn aangebracht die op het tijdstip van inwerkingtreding van deze wet niet in gebruik zijn ten dienste van een openbaar elektronisch communicatienetwerk vangt de in artikel 5.1, zevende lid, van de Telecommunicatiewet, bedoelde termijn van vier jaar aan op het tijdstip van inwerkingtreding van deze wet.

Dit artikel bevat overgangsrecht met betrekking tot kabels, ondergrondse ondersteuningswerken en beschermingswerken die reeds voor de inwerkingtreding van deze wet zijn aangelegd en op het moment van inwerkingtreding van deze wet niet gebruikt worden voor een openbaar elektronisch communicatienetwerk. Op grond van artikel 5.1, zevende lid, juncto artikel 5.14 van de Telecommunicatiewet, komt de gedoogplicht te vervallen op het moment dat een ondersteuningswerk of een beschermingswerk vier jaar achtereenvolgens niet ten dienste staat van een openbaar elektronisch communicatienetwerk. Het overgangsrecht houdt in dat voor deze werken, ook al zijn wellicht reeds enige tijd ongebruikt, de termijn van vier pas gaat lopen op het moment dat deze wet in werking treedt. Hetzelfde geldt op grond van artikel 5.1, zevende lid, van de Telecommunicatiewet voor kabels. Aangezien de datum van aanleg van in het verleden aangelegde ondergrondse ondersteuningswerken en beschermingswerken niet altijd gemakkelijk te achterhalen valt, is ervoor gekozen de termijn van vier jaar in te laten gaan vanaf het moment van inwerkingtreding van deze wet. Bovendien geeft dit partijen die in het verleden kabels, ondersteuningswerken en beschermingswerken hebben aangelegd een, vergeleken bij het verleden, ruime periode om bedoelde kabels en werken alsnog ten behoeve van een openbaar elektronisch communicatienetwerk in gebruik te nemen. Voor de goede orde wordt in dit verband

Concept Memorie van Toelichting 13-11-03

Versie t.b.v. OPT 25nov03

opgemerkt dat onder het bestaande regime nieuwe aangelegde kabels, en hetzelfde geldt voor de hier bedoelde werken, binnen een redelijke termijn in gebruik moeten worden genomen. In de meeste gevallen fungeert hierbij de, de veel kortere, termijn van technische ingebruikneming als leidraad.

Artikel V

In artikel V wordt geregeld welk recht van toepassing is op geschillen, voortvloeiend uit artikel 5.2 en 5.7 zoals deze luiden voor de inwerkingtreding van deze wet, die voor de inwerkingtreding van deze wet bij het college aanhangig zijn gemaakt. Op grond van onderhavig artikel is het recht zoals dat gold voor de inwerkingtreding van deze wet van toepassing op deze geschillen. Reden hiervoor is dat na inwerkingtreding van deze wet soortgelijke geschillen aanhangig dienen te worden gemaakt bij de kantonrechter. Een geschil dat echter voor dit tijdstip reeds bij het college aanhangig is gemaakt wordt door het college volgens het recht zoals dat voor het tijdstip van inwerkingtreding van deze wet gold beslecht.

De Minister van Economische Zaken,