

of te laten verwijderen. Hij moet deze rechten kosteloos kunnen uitoefenen. Op grond lid 3 kunnen lidstaten bepalen dat afzonderlijke toestemming noodzakelijk is voor andere doeleinden dan het zoeken van contactgegevens op basis van naam en eventueel een minimumaantal andere identificatiegegevens. Art. 12 lid 4 bepaalt dat de leden 1 en 2 in elk geval gelden voor abonnees die natuurlijke personen zijn en laat het aan de lidstaten over of de regeling ook geldt voor rechtspersonen.

Art. 12 Richtlijn wordt geïmplementeerd in art. 11.6 Voorontwerp. Doordat art. 11.6 lid 1 Voorontwerp toch nog de term telefoongids noemt, ontstaat enige onduidelijkheid over de betekenis van het begrip abonneelijst. Dit begrip wordt niet in de lijst van definities in art. 11.1 Voorontwerp genoemd. Uit de MvT blijkt dat het hier naast de traditionele telefoongids gaat om gidsen – elektronisch of gedrukt – waarin adressen voor elektronische post (en andere contactgegevens) zijn opgenomen.<sup>74</sup> Het gaat om algemeen beschikbare abonneelijsten, interne gidsen vallen dus niet onder

het begrip. Bij elektronische abonneelijsten moet gedacht worden aan zowel abonneelijsten op CD-ROM, als abonneelijsten die via Internet beschikbaar worden gesteld. Art. 11.6 Voorontwerp is niet van toepassing op rechtspersonen.

## Conclusie

Het huidige Voorontwerp implementeert de Richtlijn in hoofdstuk 11 Tw. Dit hoofdstuk waarin momenteel de ISDN-richtlijn is geïmplementeerd, wordt in grote lijnen in stand gelaten. Daarmee krijgt de implementatie in grote mate het karakter van een stoplapbenadering.

Het is jammer dat de wetgever niet meer aandacht heeft geschonken aan het open en techniekafhankelijke karakter van de concepten in de Richtlijn. Hierdoor worden de concepten toch weer techniekgebonden of ontstaat onduidelijkheid over de reikwijdte hiervan. Ook de rechten van abonnees en gebruikers ten opzichte van de dienstverlener, andere gebruikers en derden lijden hieronder.

16 MvT, p. 135.

## Artikel

N. Sitompoel\*

# De graafrechtenregeling moet op de schop

## Inleiding

De implementatie van de elektronische-communicatierichtlijnen vormt volgens de Staatssecretaris van Economische Zaken geen aanleiding hoofdstuk 5 van de Telecommunicatiewet<sup>1</sup> (Tw) te wijzigen. De enige aanpassing in het hoofdstuk is de wijziging van de begrippen telecommunicatienetwerk, omroepnetwerk en omroepzendernetwerk in openbaar elektronisch communicatienetwerk, overeenkomstig de terminologie van de richtlijnen. De Staatssecretaris merkt in de memorie van toelichting op:

*'[e]en en ander laat onverlet dat onderkend wordt dat er in de dagelijkse praktijk van het uitoefenen van graafrechten problemen zijn. Hierover is intensief contact met andere overheden en marktpartijen. Afhankelijk van de resultaten die dit overleg oplevert zal met nadere voorstellen worden gekomen om problemen op dit gebied aan te pakken.'*<sup>2</sup>

Naast het feit dat de Staatssecretaris uitgaat van een verkeerde veronderstelling wat betreft het standpunt dat implementatie van de richtlijnen niet tot aanpassing van hoofdstuk 5 Tw noopt, zou het, gezien de omvang van de problematiek in de praktijk,<sup>3</sup> een forse misslag zijn als het hoofdstuk niet in de huidige wijzigingsexercitie wordt meegenomen. Als gewacht moet worden op het afronden van overleg tussen partijen, het beoordelen van de uitkomst daarvan, het formuleren van een voorstel, het aanpassen van het ontwerp en ten slotte het implementeren daarvan, is er minimaal een jaar verstreken voordat er nieuwe wetgeving ligt, terwijl de problemen verder

in omvang zullen zijn toegenomen. In dit artikel wordt het huidige wettelijke kader voor graafrechten van een aantal algemene kanttekeningen voorzien en wordt – waar relevant – beoordeeld in hoeverre wijziging noodzakelijk wordt geacht om de praktische pijnpunten weg te nemen.

## Algemene opmerkingen

### Gedoogplicht of graafrecht?

De wetgever moet allereerst een keuze maken ten aanzien van het uitgangspunt van hoofdstuk 5 Tw. Het huidige hoofdstuk gaat uit van de gedoogplicht. De memorie van toelichting geeft echter aan dat in het kader van de beleidsdoelstelling van een hoogwaardige infrastructuur *'[o]ok het scheppen van goede randvoorwaarden voor de aanleg van netwerken door (...) het goed regelen van graafrechten (...) een belangrijke doelstelling van de overheid [blijft]'*.<sup>4</sup> Een andere insteek heeft andere consequenties. Indien de wetgever uitgaat van het

\* Is onderzoeker aan het Instituut voor Informatierecht (IViR).

1 Wet van 19 oktober 1998, houdende regels inzake de telecommunicatie, *Stb.* 1998, 610.

2 MvT wijziging Tw (concept 8 november 2002), p. 20. Zie ook p. 78: *'(m)ogelijke inhoudelijke aanpassingen van het hoofdstuk die geen verband houden met de ONP-richtlijnen worden in een apart traject, buiten dit wetsvoorstel, op hun wenselijkheid bezien.'*

3 Zie o.a. DGTP, Probleemanalyse project Graafrechten, maart 2002; N. Sitompoel, 'Graafrechten: de regeling kan de tand des tijds niet doorstaan', *Computerrecht* 2002/4, p. 209-216.

4 MvT wijziging Tw (concept 8 november 2002), p. 14.

graafrecht van aanbieders geldt dat zij zonder hinder netwerken moeten kunnen aanleggen. Tegelijkertijd moet rekening worden gehouden met andere hierbij te betrekken belangen, zoals het privaatrechtelijke eigendomsrecht van grondeigenaren en overwegingen van ruimtelijke ordening. Daar is momenteel geen sprake van. Het eigendomsrecht van particulieren is niet met voldoende waarborgen omkleed en de wijze waarop de Telecommunicatiewet de ruimtelijke ordeningsaspecten van de aanleg van infrastructuur regelt laat te wensen over.

### Definitie kabels

Tevens is het van groot belang een aantal definities in hoofdstuk 1 Tw, die betrekking hebben op graafrechten, aan te passen. De gedoogplicht in art. 5.1 Tw strekt zich uit over kabels van openbare telecommunicatienetwerken en omroep(zender)netwerken. De ongewijzigde definitie van kabels in art. 1.1 sub s ontwerp-Tw<sup>5</sup> is veel te ruim, en als gevolg daarvan in de praktijk niet goed toepasbaar, aangezien vrijwel elk onderdeel van een netwerk onder de definitie is te brengen. Onder het begrip kabels vallen onder andere man- en handholes, kabelgoten, RAM kasten, verbindingen voor aanpalende colocatie, antennemasten met glasvezelkabels, schakelcentrales en signaleringskasten. Van een gedoogplichtige kan in redelijkheid niet worden verlangd de aanleg van apparatuur van grote afmetingen te gedogen. Opmerkelijk is dat een antenne (signaalinrichting) volgens de wettelijke definitie als onderdeel van een kabel gedoogd zou moeten worden. Bij de totstandkoming van de Telecommunicatiewet zijn antennes echter op grond van een gebrekkige onderbouwing van de gedoogplicht uitgesloten.<sup>6</sup> Het feit dat er voor de opbouw van antenne-opstelpunten geen gedoogplicht geldt, is in strijd met het gestelde in overweging 18 van de Kaderrichtlijn<sup>7</sup>: regelgeving mag het gebruik van een bepaald type technologie niet bevoordelen. Om te voorkomen dat aanbieders van mobiele netwerken zich beroepen op eventuele 'graafrechten' geeft art. 12 lid 2 Kaderrichtlijn lidstaten de mogelijkheid het gedeeld gebruik van faciliteiten voor te schrijven wanneer aanbieders vanuit het oogpunt van milieu, volksgezondheid of ruimtelijke ordening geen toegang hebben tot haalbare alternatieven.<sup>8</sup> Ook zou bij het eventuele gedogen van antennes, analoog aan kabels, onderscheid kunnen worden gemaakt tussen lokale en interlokale antennes. Op grond van het voorgaande verdient het aanbeveling de grens van de definitie van kabels aan de hand van praktische en redelijkheidsoverwegingen te bepalen. Hiertoe moet een belangenafweging worden gemaakt die, gezien de huidige definitie, veel te ruim is uitgevallen in het nadeel van de gedoogplichtige. Tegelijkertijd moet echter rekening worden gehouden met het belang van aanbieders bij de aanleg van netwerken. Een nieuwe begripsomschrijving mag niet zo beperkt zijn dat het aanbieder min of meer onmogelijk wordt gemaakt kabels aan te leggen.

### Lege voorzieningen, dark fiber en precario

Met het voorgaande hangt samen dat de wetgever duidelijkheid dient te verschaffen over lege voorzieningen die worden aangelegd met het oogmerk onderdeel te worden van een telecommunicatienetwerk. De beschikking van OPTA inzake het geschil tussen de particuliere grondeigenaar Best en aanbieder Crystal Conduct<sup>9</sup> heeft in dit verband vergaande consequenties voor aanbieders. De beschikking is gebaseerd

op art. 5.3 lid 2 Tw: het betrof het ontbreken van overeenstemming tussen partijen bij de aanleg van lege beschermingsbuizen door Crystal Conduct in de grond van Best. In de beschikking gaat OPTA uit van een zeer beperkte interpretatie van het begrip kabels. De lege buizen vallen volgens OPTA niet onder de definitie van kabels en maken als zodanig geen onderdeel uit van een openbaar telecommunicatienetwerk dat de grondeigenaar moet gedogen. In de definitie zijn weliswaar beschermingswerken opgenomen, maar deze kunnen niet los staan van de kabel ten dienste van het netwerk, net zoals het netwerk niet los kan worden gezien van de diensten die erover worden verzonden. Hetzelfde geldt voor dark fiber, nog niet in gebruik genomen glasvezelkabels. Deze voorzieningen en glasvezelkabels maken pas onderdeel uit van een netwerk op het moment dat de buizen worden gevuld met kabels of op het moment dat de dark fiber in werking wordt gezet. Het is algemeen bekend dat sommige aanbieders – veelal om kosten te besparen – aanzienlijk meer buizen aanleggen dan nodig is. De vraag is of dit kan worden opgevat als misbruik van het begrip aanleg. Indien aanbieders hiertoe door gemeenten worden aangespoord in het kader van de coördinatie om overlast als gevolg van graafwerkzaamheden tot een minimum te beperken kan daarvan geen sprake zijn.

Zoals gezegd, zijn de consequenties van de bovengenoemde beschikking verstrekkend. De aanleg van lege voorzieningen en dark fiber houdt immers verband met de mogelijkheid voor gemeenten om precario-belasting te heffen. In dit licht is het van belang om kort de achtergrond van de precarioproblematiek te schetsen. Gemeenten kunnen als gevolg van de wettelijke gedoogplicht geen precariovergoeding in rekening brengen voor de kabels die zich onder, op of boven gemeentegrond bevinden.<sup>10</sup> Met de Interimwetgeving<sup>11</sup> is de precariovrijdom uitgebreid tot alle houders van een infrastructuurvergunning, met uitzondering van kabelexploitanten die een regionale infrastructuurvergunning verwierven.<sup>12</sup> Tijdens de parlementaire behandeling van de Telecommunicatiewet wees de minister er echter op dat de vrije beleidsruimte van gemeenten grote verschillen in de hoogte van precario-belasting zou kunnen doen ontstaan, waardoor het gevaar

5 Art. 1.1 sub s ontwerp-Tw omschrijft kabels als 'kabels (1, toevoeging NS) en de daarbij behorende ondersteuningswerken, beschermingswerken en signaal-inrichtingen, alsmede inrichtingen, bestemd om daarin verbinding 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.'

6 Voor de opbouw van antenne-opstelpunten geldt geen gedoogplicht, aangezien voor zo'n zware inbreuk op de eigendom van de grondeigenaar geen rechtvaardiging werd gevonden. *Kamerstukken II 1997/98*, 25 533, nr. 5, p. 71.

7 Richtlijn 2002/21/EG van het Europees Parlement en de Raad van 7 maart 2002 inzake een gemeenschappelijk regelgevingskader voor elektronische-communicatienetwerken en -diensten, *PbEG* 2002 L 108/33.

8 Zie ook M. Geus & G.J. Zwenne, 'Het Europese telecommunicatierecht na 24 juli 2003 en de gevolgen voor de Nederlandse wetgeving', *Mediaforum* 2002/6, p. 204-205.

9 OPTA, Beschikking inzake geschil Best/Crystal Conduct Infra Broker B.V. e.a., OPTA/IBT/2001/202119, 23 juli 2001.

10 HR 20 oktober 1937, *NJ* 1937, 1147.

11 Wet van 28 maart 1996, houdende regels inzake vergunningen voor de aanleg, de instandhouding en de exploitatie van kabelgebonden telecommunicatie-infrastructuur (Vergunningenwet kabelgebonden telecommunicatie-infrastructuur), *Stb.* 1996, 319.

12 *Kamerstukken II 1995/96*, 24 163, nr. 26.

bestond dat kabelexploitanten de hoge tarieven zouden doorberekenen aan consumenten. Sinds de Tw geldt de precariovrijdom ook voor de netwerken van kabelexploitanten. Een aantal overwegingen ligt hieraan ten grondslag: de steeds sterker wordende technische gelijkheid van de netwerken en convergentie van gebruiksmogelijkheden; het gegeven dat precariobelasting kan leiden tot een beperking van de economische levensduur van bestaande infrastructuur zonder dat daar technische of doelmatigheidsoverwegingen aan ten grondslag liggen; en het feit dat de discretionaire bevoegdheid van gemeenten niet goed past in de visie dat telecommunicatieregulering primair een rijksaangelegenheid is, die door de formele wetgeving is onttrokken aan de autonome beslissingsbevoegdheid van de andere overheden.<sup>13</sup> De minister heeft aangegeven dat het algemeen belang van een snelle ontwikkeling van de telecommunicatiemarkt prevaleert boven het gemeentelijke belang om precariobelasting te kunnen heffen. Voorkomen moet worden dat lokale overheden een eigen fiscaal beleid voor de telecommunicatiesector voeren.<sup>14</sup> Gemeenten die daadwerkelijk inkomsten derfden door het vervallen van de mogelijkheid precariobelasting te heffen op kabelnetwerken zijn door het Rijk gecompenseerd door middel van een uitkering uit het provincie- of gemeentefonds.<sup>15</sup>

OPTA heeft de Best/Crystal Conduct-beschikking een meer algemene strekking gegeven door in het overzicht van veel gestelde vragen over de gedoogplicht daaraan het standpunt te verbinden dat gemeenten over lege voorzieningen en dark fiber precario mogen heffen,<sup>16</sup> hetgeen voor aanbieders grote financiële consequenties zal hebben. Het is zeer de vraag in hoeverre OPTA dit kan verantwoorden; de beschikking zag immers op de situatie zoals voorzien in art. 5.3 Tw. Het belangrijkste gevolg van de huidige opvatting over lege voorzieningen en dark fiber is dat aanbieders torenhoge precarioheffingen tegemoet kunnen zien voor de aanleg daarvan in openbare grond als zij deze niet binnen een redelijke termijn in gebruik nemen. Wat geldt als een redelijke termijn is uiteraard voor verschillende interpretatie vatbaar. Gemeenten gaan over het algemeen uit van een termijn van 2 jaar, terwijl aanbieders een termijn van 10 jaar als redelijk beschouwen. De wetgever moet aangeven wat in dit verband als een redelijke termijn moet worden beschouwd. Gezien het feit dat enkele gemeenten overwegen binnenkort over te gaan tot precarioheffing is het van cruciaal belang dat de wetgever ten aanzien van deze problematiek zo spoedig mogelijk een helder standpunt inneemt of de definitie van kabels zodanig wijzigt dat daaronder ook worden begrepen de kabels en lege voorzieningen, die binnen een redelijke termijn in gebruik worden genomen. De dreiging van precarioheffing zal aanbieders wellicht dwingen tot het aanleggen van bovengrondse kabels, met alle ontsierende gevolgen voor het straatbeeld van dien. Gezien de hoge financiële lasten van precarioheffing voor aanbieders, zou dit (vooral kleinere) aanbieders de nekslag kunnen toebrengen, waardoor de concurrentie op de telecommunicatiemarkt in gevaar komt. In aanmerking genomen dat gemeenten volledig zijn gecompenseerd voor het mislopen van precarioheffingen, en daarnaast dat de minister heeft aangegeven dat het gemeentelijke belang om precario te kunnen heffen dient te wijken voor het algemene belang van de ontwikkeling van de telecommunicatiemarkt, is het onbehoorlijk en bovendien niet toegestaan om via omwegen dergelijke inkomsten te genereren.

### Definitie openbare gronden

Een ander voor graafrechten relevant begrip is openbare gronden. De kwalificatie van grond (openbaar of niet-openbaar) is om meerdere redenen van belang. Allereerst is het praktische belang van openbare grond voor de aanleg van netwerken vanzelfsprekend zeer groot, aangezien het grootste gedeelte van het netwerk in openbare grond wordt aangelegd. Daarnaast is de reikwijdte van de gedoogplicht afhankelijk van de status van grond. De gedoogplicht strekt zich immers uit over alle openbare gronden. Voor niet-openbare gronden – afgesloten tuinen, erven en huizen daarvan uitgezonderd – geldt slechts een gedoogplicht voor interlokale en internationale kabels. De kwalificatie van grond is tevens van belang voor de omvang van de schadevergoeding. Ook de definitie van openbare grond is ongewijzigd overgenomen in art. 1.1 sub t van het wetsvoorstel.<sup>17</sup> Parkeerplaatsen, bouwgrond, parken en sportvelden vallen nog steeds buiten de definitie.<sup>18</sup> Deze vallen onder de categorie ‘alle andere gronden’, zodat in deze gronden wel de aanleg van interlokale en internationale kabels moet worden gedoogd, maar niet de aanleg van lokale kabels. Voor de aanleg van lokale kabels in deze gronden kunnen gemeenten dus precariobelasting heffen. Om de onwenselijke gevolgen hiervan te vermijden, zou de definitie van openbare gronden kunnen omvatten: de voor een ieder toegankelijke wegen en wateren en al hetgeen volgens de verkeersopvatting daartoe behoort.

Bij de bespreking van openbare grond mag de beslissing van de wetgever bij de totstandkoming van de Telecommunicatiewet de grond van de NS buiten de definitie te houden in verband met de voorgenomen privatisering van de NS niet onvermeld blijven. Nu de privatiseringsplannen van de baan zijn, dient in de wet wederom een bepaling te worden opgenomen op grond waarvan NS gronden als openbare grond worden aangemerkt. Dit neemt echter niet weg dat aanbieders – achteraf gezien ten onrechte – sinds de inwerkingtreding van de Tw flinke bedragen hebben moeten neerleggen voor de aanleg van lokale kabels in spoorweggronden.

### Verskillende bevoegde instanties

Een ander knelpunt is het grote aantal instanties dat een rol speelt bij de graafrechten: OPTA, gemeenten, de bestuursrechter, de kantonrechter en de gewone civiele rechter. In het commentaar dat volgt, wordt per artikel ingegaan op de bevoegde instantie. De veelheid van instanties komt de overzichtelijkheid niet ten goede. Bovendien zwijgt de wet over de instrumenten waarover OPTA en gemeenten beschikken om uitvoering te geven aan hun taken op het gebied van de aanleg van kabels. De wetgever dient dit helder te regelen. De

13 *Kamerstukken II 1996/97*, 25 533, nr. 3, p. 26.

14 *Kamerstukken II 1997/98*, 25 533, nr. 5, p. 70.

15 Besluit integratie-uitkering afschaffing precariobelasting op omroepkabels en andere telecommunicatiekabels, *Stb.* 1999, 193.

16 OPTA, Veel gestelde vragen met betrekking tot het gedogen van kabels, versie juli 2002, onder art. 5.2 lid 5 Tw, p. 9.

17 Art. 1.1 sub t ontwerp-Tw luidt als volgt: ‘openbare gronden: 1) de openbare wegen met de daartoe behorende stoepen, glooiingen, bermen, sloten, bruggen, viaducten, tunnels, duikers, beschoeiingen en andere werken; 2) de wateren met de daartoe behorende bruggen, plantsoenen, pleinen en andere plaatsen, die voor eenieder toegankelijk zijn.’

18 E.J. Dommering e.a., *Handboek Telecommunicatierecht. Inleiding tot het recht en de techniek van de telecommunicatie*, Den Haag: Sdu Uitgevers 1999, p. 291.

betreffende bepalingen zijn veelal voor verschillende interpretatie vatbaar en (gedeelten daarvan) worden in bepaalde gevallen wel en in andere gevallen (expliciet) niet van overeenkomstige toepassing verklaard. OPTA merkt in haar position paper over het toezicht op de gedoogplicht terecht op dat ten aanzien van kwesties waarin het private aspect voorop staat (verleggen, opruimen, omvang van schadevergoeding, etc.) de bevoegdheid van de civiele rechter uitdrukkelijk in de wet zou moeten worden opgenomen.<sup>19</sup> Deze kwesties zijn nauwelijks in verband te brengen met de taken van OPTA in het kader van het toezicht op de liberalisering van de markt.

### Verhelpen van storingen

In de praktijk blijkt grote behoefte te bestaan aan een bepaling die ziet op het verhelpen van storingen. De Wet op de telecommunicatievoorzieningen<sup>20</sup> (WTV) voorzagt wel in een dergelijke bepaling. Het is onduidelijk waarom deze bepaling niet in de Tw is overgenomen. Naar de letter van de wet dienen aanbieders voor het verhelpen van storingen een gemeentelijk instemmingsbesluit te verwerven, hetgeen doorgaans 6 tot 8 weken in beslag neemt en een spoedig herstel van storingen onmogelijk maakt.<sup>21</sup>

### Aspecten van ruimtelijke ordening

Ten slotte moet geconstateerd worden dat een overkoepelende regeling voor alle aan de aanleg van telecommunicatie-infrastructuur verbonden aspecten van ruimtelijke ordening ontbreekt. Dit steekt schril af tegen de aanleg van andere infrastructurele netwerken. Vanwege de schaarsteproblematiek hebben de aspecten van ruimtelijke ordening die aan de aanleg van andere infrastructurele netwerken zijn verbonden een bepaalde regeling gevonden.<sup>22</sup> De aanleg van het (spoor)wegennet vindt zijn regeling in de publiekrechtelijke ruimtelijke ordening. Het ruimtelijke beslag van elektriciteitsleidingen is geregeld in de belemmeringenwetgeving en in specifieke regelgeving, en de aanleg van ondergrondse elektriciteitsleidingen wordt ingepast in gemeentelijke bouwverordeningen. De consequenties voor de geografische omgeving zijn zeker niet gering, maar hiermee wel zo veel mogelijk tot een aanvaardbaar niveau beperkt gebleven. Merkwaardig is dat dit kader niet voorhanden is voor de communicatietechnologie. De aanleg van telecommunicatienetwerken heeft in de loop der tijd immers steeds meer aspecten van ruimtelijke ordening gekregen. Het plaatsen van antenne-installaties wordt onder andere getoetst aan bestemmingsplannen – waarin rekening wordt gehouden met ruimtelijke ordening – maar een vergelijkbare regeling voor de ondergrondse aanleg van kabels ontbreekt. Gezien de toenemende schaarste van ondergrondse ruimte<sup>23</sup> verdient het aanbeveling ook ondergrondse bestemmingsplannen te formuleren.

### Artikelsgewijs commentaar

#### Art. 5.1 Tw

De voor een ieder geldende gedoogplicht voor de aanleg, instandhouding en opruiming van kabels van openbare telecommunicatienetwerken of omroep(zender)netwerken in en op openbare grond is omschreven in lid 1. De gedoogplicht ziet niet op het herstraten of dichten van de grond na verichte graafwerkzaamheden. Uit de parlementaire geschiedenis volgt echter dat onder graven ook het herstraten van de grond moet worden begrepen. De aanbieder moet er immers

voor zorgen dat alles in de oude staat wordt hersteld.<sup>24</sup> Het komt in de praktijk geregeld voor dat gemeenten aanbieders verbieden tot het uitvoeren van herstratingswerkzaamheden. Daarbij beroepen zij zich als beheerders van de openbare wegen op hun risicoaansprakelijkheid voor de staat van het wegdek. De kosten van het herstraten door (of vanwege) gemeenten liggen echter steevast vele malen hoger dan wanneer aanbieders dat zelf of via een zelf gekozen aannemer zouden doen. Het heeft er alle schijn van dat gemeenten ook op deze wijze extra inkomsten proberen te genereren voor het mislopen van precarioheffingen. De wetgever moet dan ook duidelijkheid scheppen omtrent hetgeen onder het graafrecht of de gedoogplicht moet worden verstaan.

Op grond van lid 2 moet een ieder de aanleg van interlokale en internationale kabels op alle andere gronden gedogen, met uitzondering van de afgesloten tuinen en erven die met huizen een geheel vormen. Het onderscheid tussen lokale en interlokale kabels stamt uit de wetgeschiedenis van de Telegraaf- en Telefoonwet 1904<sup>25</sup> (T&T-wet). De begrippen zijn in 2000 door OPTA gedefinieerd naar aanleiding van een vraag terzake. In tegenstelling tot hetgeen men zou verwachten, zijn de begrippen geen geografische, maar functionele begrippen. De T&T-wetgever heeft er destijds voor gekozen het particuliere eigendomsbelang niet te laten wijken voor het algemene belang van de aanleg van infrastructuur. Lokale kabels<sup>26</sup> hoeven dan ook alleen in openbare grond gedoogd te worden. Het feit dat de oorsprong van de begrippen teruggaat tot begin vorige eeuw pleit ervoor de begrippen opnieuw te definiëren en in de wet op te nemen.

Lid 3 bepaalt dat door de aanleg, de instandhouding en de opruiming van kabels geen verandering in de bestemming en zo min mogelijk belemmering in het gebruik van de grond wordt gebracht. Het hoofdstuk voorziet niet in toezicht op het bepaalde in dit lid, dus is de gewone rechter bevoegd. Het verdient aanbeveling dit expliciet te regelen.

#### Art. 5.2 Tw

De gemeentelijke coördinatiebevoegdheid beperkt zich op grond van lid 1 tot de werkzaamheden in verband met de aanleg en instandhouding van kabels in en op openbare grond binnen het grondgebied van gemeenten. In de praktijk blijken gemeenten echter ook de aanleg van kabels in particuliere

19 OPTA, Position Paper Toezicht op gedoogplicht en graafrecht, 22 januari 2002, p. 8.

20 Wet van 26 oktober 1988, houdende regels met betrekking tot voorzieningen voor telecommunicatie, *Stb.* 1988, 520.

21 DGTP, Probleemanalyse project Graafrechten, maart 2002, p. 14.

22 E.J. Dommering, 'Een nieuw maatpak voor netwerkmarkten. Institutionele vormgeving van netwerken', *I&J* 2002/4, p. 28.

23 DGTP, Probleemanalyse project Graafrechten, maart 2002, p. 19-20.

24 *Kamerstukken I* 1997/98, 25 533, nr. 309b, p. 16.

25 Wet van 11 januari 1904, betreffende de aanleg, exploitatie en gebruik van telegrafien en telefonen, *Stb.* 1904, 7.

26 De lokale kabels van een telecommunicatienetwerk zijn de kabels vanaf de netwerkaansluitpunten tot de lokale centrale, waar routing van de signalen plaatsvindt, derhalve de aansluitlijn. Hoewel omroepnetwerken een andere aard en structuur hebben, worden ook voor deze netwerken de kabels vanaf de percelen van de eindgebruikers tot en met het dichtstbijzijnde wijkcentrum in het netwerk waar overdracht van signalen kan plaatsvinden als lokale kabels aangemerkt. Zie OPTA, Veel gestelde vragen met betrekking tot het gedogen van kabels, versie juli 2002, onder art. 5.1 lid 2 Tw, p. 3-4.

gronden binnen hun grondgebied te coördineren.<sup>27</sup> Dit valt echter buiten de gemeentelijke coördinatieplicht: voor de aanleg in niet-openbare gronden geldt op grond van art. 5.3 lid 1 Tw dat een aanbieder tot overeenstemming moet zien te komen met de grondeigenaar.

De omvang van de coördinatiebevoegdheid is onduidelijk. De wet omschrijft niet wat de coördinatieplicht inhoudt en hoe ver deze reikt. Ook geeft de wet niet aan op welke wijze gemeenten daaraan invulling dienen te geven. Dit heeft tot gevolg dat er grote verschillen bestaan in de interpretatie van de coördinatiebevoegdheid door gemeenten, zodat de rechtszekerheid in het geding is. Lid 2 maakt het mogelijk andere werkzaamheden en belangen dan waarin de wet voorziet in de coördinatieprocedure te betrekken. Deze bepaling is echter zo algemeen geformuleerd dat gemeenten hierbij een vrijwel onbeperkte vrijheid wordt verleend. De wet spreekt zich in lid 3 ook niet uit over het soort werkzaamheden dat een instemmingsbesluit van burgemeester en wethouders behoeft. Ook ontbreekt in de wet een termijn voor de instemmingsprocedure.

De verordening die gemeenten op grond van lid 4 dienen vast te stellen lijkt aanbieders op het eerste gezicht enig houvast te bieden. De verordening moet in ieder geval regels bevatten over het tijdstip van melding van de werkzaamheden, de daarbij te overleggen gegevens en de wijze van uitvoering bij aanleg, onderhoud, verplaatsing en opruiming en van medegebruik van voorzieningen. De door de Vereniging van Nederlandse Gemeenten in dit verband vastgestelde modelverordening – die gemeenten dienden om te zetten in een gedetailleerde en op de plaatselijke omstandigheden afgestemde verordening – is echter op grote schaal ongewijzigd overgenomen. Als gevolg van het ontbreken van aanknopingspunten in de Tw verschilt de inhoud van de verordeningen per gemeente, zodat er geen sprake is van uniformiteit. Er bestaat veel onduidelijkheid over de vraag of gemeenten het medegebruik van kabelgoten kunnen afdwingen. Tijdens de behandeling van de Telecommunicatiewet heeft de minister er op gewezen dat de exacte grens van de gemeentelijke coördinatiebevoegdheid uiteindelijk alleen door de rechter zal zijn vast te stellen, maar gaf zij wel aan dat de gemeente een aanbieder kan verplichten om kabelgoten te gebruiken die voor aanbieders toegankelijk zijn, aangezien in art. 5.2 Tw is bepaald dat een gemeente moet instemmen met de wijze van uitvoering van de voorgenomen werkzaamheden.<sup>28</sup> In de praktijk worden aanbieders in sommige gevallen verplicht tot het aanleggen van kabels in mantelbuizen die door gemeenten zelf of via derden zijn aangelegd. Art. 11 lid 2 Kaderrichtlijn bepaalt dat lidstaten ervoor zorgen dat wanneer lokale overheden de eigendom van of zeggenschap over ondernemingen die elektronische communicatienetwerken en/of -diensten exploiteren, er een daadwerkelijke structurele scheiding bestaat tussen de verantwoordelijkheid voor het verlenen van doorgangsrechten en de activiteiten die verband houden met de eigendom of zeggenschap. Deze grondslag moet in de wet worden opgenomen om te voorkomen dat op lokaal niveau monopolieposities worden gecreëerd. De constatering van de Staatssecretaris dat art. 11 Kaderrichtlijn reeds is geïmplementeerd in hoofdstuk 5 Tw<sup>29</sup> is dan ook onjuist.

De wet voorziet niet expliciet in het regelen van toezicht, rechtsbescherming en geschillen in verband met de gemeentelijke coördinatieplicht en dus de aanleg in en op openbare gronden. Naast de mogelijkheid de Awb procedure in gang te

zetten – een instemmingsbesluit is een op grond van de Tw door de gemeente genomen besluit, zodat bij het indienen van een bezwaarschrift daartegen de President van de Bestuurssector van de Rechtbank Rotterdam ex art. 17.1 Tw bevoegd is – geldt de algemene handhavingsbevoegdheid van OPTA zoals geregeld in hoofdstuk 15 Tw. OPTA houdt op grond van art. 15.1 lid 3 Tw toezicht op de verplichting voor gemeenten om telecommunicatieverordeningen vast te stellen. Begin 2002 lag het percentage van gemeenten dat nog geen verordening had vastgesteld op 20%. OPTA heeft dit percentage inmiddels teruggebracht tot 4%. Het toezicht op gemeentelijke overtredingen hoort echter niet thuis bij OPTA, maar bij de rijksoverheid.

In verband met art. 5.2 Tw moet worden opgemerkt dat het uitgangspunt van hoofdstuk 5 Tw volgens de Staatssecretaris is dat de gedoogplicht een recht inhoudt voor aanbieders om kabels aan te leggen tussen twee punten. Dit graafrecht vloeit voort uit de wet zelf. Het niet volgen van de procedure van art. 5.2 Tw doet het graafrecht niet vervallen, maar levert strijd op met de wet. De procedures van hoofdstuk 5 Tw zijn volgens de Staatssecretaris geen aanvraagprocedures in de zin van art. 11 Kaderrichtlijn en de gemeente is daardoor geen bevoegde instantie die aanvragen behandelt in de zin van de richtlijn, zodat hoofdstuk 5 Tw niet hoeft te worden gewijzigd om aan art. 11 Kaderrichtlijn te voldoen.<sup>30</sup> Zoals zojuist is vastgesteld, gaat de Staatssecretaris wat dit betreft uit van een verkeerde aanname. Gezien de problematiek in de praktijk is er bovendien toch iets voor te zeggen om in de wet een bepaling met een soortgelijke strekking op te nemen:

*‘Gemeenten handelen bij het verlenen van instemming omtrent tijdstip, plaats en werkwijze van uitvoering van de werkzaamheden, op basis van transparante en openbare procedures, die zonder discriminatie en onverwijld worden toegepast. Zij nemen bij het verbinden van voorwaarden aan het graafrecht de beginselen van transparantie en non-discriminatie in acht.’*

#### **Art. 5.3 Tw**

Lid 1 ziet op het ontbreken van overeenstemming tussen een aanbieder en een particuliere grondeigenaar over de plaats en de wijze van uitvoering van de aanleg van interlokale en internationale kabels in niet-openbare grond. Partijen hoeven het kennelijk niet eens te zijn over het tijdstip van de werkzaamheden. Daarnaast gaat de wet er klaarblijkelijk van uit dat geschillen over de aanleg in openbare grond worden voorkomen door de gemeentelijke coördinatiebevoegdheid. De praktijk wijst echter uit dat juist de aanleg in openbare grond veelvuldig aanleiding geeft tot problemen. Lid 2 bevat de gebrekkig geregelde procedure indien partijen niet tot overeenstemming komen. De aanbieder stuurt de gedoogplichtige in dat geval een kennisgeving, waarin de plaats en de wijze van uitvoering van de werkzaamheden zijn beschreven. De gedoogplichtige die bedenkingen heeft tegen de kennisgeving kan vervolgens OPTA verzoeken een be-

27 OPTA, Position Paper Toezicht op gedoogplicht en graafrecht, 22 januari 2002, bijlage, p. 2.

28 Kamerstukken II 1997/98, 25 533, nr. 5, p. 72-73.

29 MvT wijziging Tw (concept 8 november 2002), p. 165.

30 MvT wijziging Tw (concept 8 november 2002), p. 20.

noemer van medegebruik te vatten. Het gaat in feite om één soort medegebruik. Dit pleit ervoor om het delen van faciliteiten zo algemeen mogelijk te definiëren en in één regeling onder te brengen.

### Slotopmerkingen

Hoofdstuk 5 is het enige hoofdstuk van de Telecommunicatiewet dat grotendeels integraal is overgenomen – via de WTV – uit de T&T-wet van 1904. De wetgever dient zich goed te realiseren dat destijds slechts één partij – de concessiehouder – gemachtigd was tot de aanleg en exploitatie van openbare telegrafie en telefonie. Deze situatie hield stand tot aan de in de jaren negentig van de vorige eeuw ingezette liberalisering van de telecommunicatiemarkt, als gevolg waarvan een groot aantal nieuwe aanbieders de markt heeft betreden. Dit vormt een omslagpunt. De regeling in de WTV weekt echter niet wezenlijk af van de regeling in de T&T-wet, aangezien ‘deze gedoogplicht sinds haar invoering in 1904 (...) vrijwel nimmer problemen heeft opgeroepen.’<sup>37</sup> Gezien de destijds op handen zijnde liberalisering van de markt vormde dit al geen sterk argument om af te zien van een diepgaande inhoudelijke wijziging van het hoofdstuk. Op enkele, iets meer fundamentele aanpassingen na komt ook de regeling in de Telecommunicatiewet in grote lijnen overeen met de voorgaande wetten. Met de in het kader van de liberalisering vastgestelde

doelstelling van een kwalitatief hoogwaardige en toegankelijke telecommunicatie-infrastructuur is de behoefte van nieuwe marktpartijen aan toegang tot ondergrondse en bovengrondse ruimte sterk toegenomen. De komst van nieuwe aanbieders heeft de graafrechtenproblematiek dan ook explosief doen toenemen. De beslissing om de regeling uit de WTV grotendeels ongewijzigd over te nemen in de Telecommunicatiewet was al, op zijn zachtst gezegd, bevreemdend. Dat de wetgever nu in het kader van de wijziging van de wet opnieuw de kans voorbij laat gaan hoofdstuk 5 aan een grondige herziening te onderwerpen is echter onbegrijpelijk. Bovendien gaat de Staatssecretaris in het ontwerp van de memorie van toelichting uit van een onjuiste veronderstelling als hij meent dat hoofdstuk 5 Tw niet gewijzigd hoeft te worden om aan de verplichting tot implementatie van de Kaderrichtlijn te voldoen. De wetgever heeft tweemaal eerder verzuimd om het hoofdstuk over de gedoogplicht op de schop te nemen, met als gevolg de huidige omvangrijke graafrechtenproblematiek. Het zal toch niet zo zijn dat de wetgever dit een derde keer laat gebeuren?

<sup>37</sup> *Kamerstukken II 1987/88, 20 369, nr. 3, p. 49.*

*D. Stevens, C. Uyttendaele en P. Valcke (m.m.v. R. Queck)\**

## De implementatie van de communicatierichtlijnen in België: kwintet of kakofonie?

In België lijkt de omzetting van de nieuwe communicatierichtlijnen niet van een leien dakje te zullen lopen. De bevoegdheidsverdeling vormt ook hier weer een heikel punt. De nieuwe communicatierichtlijnen zijn immers van toepassing op alle vormen van elektronische communicatie, terwijl volgens het huidige Belgische grondwettelijke kader de federale overheid enkel bevoegd is om voor de telecommunicatiesector wetgeving uit te vaardigen. De drie gemeenschappen daarentegen beschikken over de exclusieve bevoegdheid om de omroepmateries te reglementeren, met de uitzondering van de Brusselse regio. Zoals de zaken er nu voorstaan, is het risico reëel dat ondanks de technologische en economische convergentie van de sector de juridische versplintering nooit geziene proporties zou aannemen. Voor de omzetting van de richtlijnen wordt op dit ogenblik regelgeving voorbereid op niet minder dan vijf verschillende bevoegdheidsniveaus.

Dat het verhaal bijgevolg complex is, behoeft geen verdere uitleg meer. In deze bijdrage wordt getracht de voornaamste kenmerken te schetsen van dit gehele kader. Na een korte algemene inleiding wordt ingegaan op de recente initiatieven op federaal niveau. In het daaropvolgende hoofdstuk wordt aandacht besteed aan de voorontwerpen die door de gemeenschappen worden opgesteld. Datzelfde

hoofdstuk vermeldt ook het specifieke federale wetsontwerp voor Brussel.

Wat de timing betreft, lijkt het op dit ogenblik weinig waarschijnlijk dat alle verschillende Belgische bevoegdheidsniveaus de omzettingsdeadline van 24 juli 2003 zouden halen. Op dit ogenblik lijken zowel de Franstalige als de Vlaamse gemeenschap het verst te staan met de voorbereiding van de implementatie van de richtlijnen. Maar ook op het federale niveau bestaat een voorontwerp van wet, waarover op dit ogenblik in de schoot van de regering nog druk overleg wordt gepleegd. Specifiek voor de federale overheid stelt zich de vraag of niet het risico bestaat een al te grote vertraging op te lopen, vermits er in het voorjaar van 2003 verkiezingen op de agenda staan.

\* D. Stevens en P. Valcke zijn als assistent communicatierecht verbonden aan het Interdisciplinair Centrum voor Recht en Informatica ([www.icri.be](http://www.icri.be)) van KU Leuven. Dr. C. Uyttendaele is juridisch expert van de afdeling Media-innovatie van de Vlaamse gemeenschap. Zij schrijft deze bijdrage in persoonlijke naam. R. Queck is maître de conférences in het Centre de Recherches Informatique en Droit ([www.crid.be](http://www.crid.be)) van de FUNDP te Namen. De auteurs houden eraan hem te danken voor zijn waardevolle opmerkingen op een eerdere versie van dit artikel.