

## De graafrechtenregeling moet op de schop

Nirmala Sitompoel\*

### 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 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.

---

\* Mr. N. Sitompoel is werkzaam als projectonderzoeker bij het Instituut voor Informatierecht (IViR).

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

<sup>2</sup> 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.”

<sup>3</sup> 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.

<sup>4</sup> MvT wijziging Tw (concept 8 november 2002), p. 14.

### *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 aanbieders 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

---

<sup>5</sup> Art. 1.1 sub s ontwerp-Tw omschrijft kabels als “kabels (!, toevoeging NS) en de daarbij behorende ondersteuningswerken, beschermingswerken en signaalinrichtingen, 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.”

<sup>6</sup> 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.

<sup>7</sup> 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*.

<sup>8</sup> 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.

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

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 precariobelasting 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 precariobelasting zou kunnen doen ontstaan, waardoor het gevaar 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 gelijkenis 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>

---

<sup>10</sup> HR 20 oktober 1937, *NJ* 1937, 1147.

<sup>11</sup> 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.

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

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

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

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

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

---

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

<sup>17</sup> 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.”

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

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 bijven. 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 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

---

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

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

<sup>21</sup> DGTP, Probleemanalyse project Graafrechten, maart 2002, p. 14.

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

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 verrichte 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 wetsgeschiedenis 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.

---

<sup>23</sup> DGTP, Probleemanalyse project Graafrechten, maart 2002, p. 19-20.

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

<sup>25</sup> Wet van 11 januari 1904, betreffende de aanleg, exploitatie en gebruik van telegraphen en telefonen, *Stb.* 1904, 7.

<sup>26</sup> 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.

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 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

---

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

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

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, en de in dat verband af te wegen belangen, op basis van doorzichtige 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 beschikking te geven. Over de termijn waarbinnen de gedoogplichtige zo'n verzoek tot OPTA moet richten is in de wet niets geregeld. Wat gebeurt er als er geen overeenstemming wordt

<sup>29</sup> MvT wijziging Tw (concept 8 november 2002), p. 165.

<sup>30</sup> MvT wijziging Tw (concept 8 november 2002), p. 20.

bereikt en de gedoogplichtige zich niet tot OPTA wendt? Lid 3 bepaalt dat OPTA binnen 8 weken na ontvangst van het verzoek een beschikking geeft, maar zwijgt over de inhoud van de beschikking. In lid 4 is uitdrukkelijk voorzien in de schorsende werking van het verzoek (zie ook onder art. 5.7 Tw). De bevoegdheid van de civiele rechter in geval van het graven zonder overeenstemming of overleg staat vast. Dit vormt immers een inbreuk op eigendom.

#### *Art. 5.4 Tw*

Zoals onder de algemene opmerkingen reeds werd aangegeven, is de hoogte van schadevergoeding afhankelijk van de kwalificatie van de grond. Art. 5.4 Tw beperkt het recht op schadevergoeding voor de gedoogplicht ten aanzien van openbare gronden tot een vergoeding van de kosten van de voorzieningen en de meerdere kosten van onderhoud. Op grond hiervan wordt ervan uitgegaan dat eigenaren en beheerders van niet-openbare gronden aanspraak kunnen maken op een volledige schadevergoeding. Nu de wet niets bepaalt over de zinsneden ‘kosten van de voorzieningen’ en ‘meerdere kosten van onderhoud’ worden deze in de gemeentelijke verordeningen verschillend – veelal ruim – geïnterpreteerd. De wetgever zou deze begrippen kunnen verduidelijken en het recht op volledige schadevergoeding voor de aanleg in niet-openbare grond expliciet in de wet kunnen opnemen.

#### *Art. 5.5 Tw*

Dit artikel regelt de voor een ieder geldende plicht de aanleg, instandhouding en opruiming van kabels boven gronden, gebouwen en wateren, zonder aanhechting of aanraking, te gedogen. Ook moet een ieder gedogen dat in en aan gebouwen en in en op gronden die daarmee een geheel vormen kabels en netwerkaansluitpunten worden aangelegd, in stand gehouden of opgeruimd voor de aansluitingen in die gebouwen en in naburige gebouwen. Ook in dit geval geldt dat de gedoogplichtige recht heeft op een volledige schadevergoeding. Onduidelijk is wanneer met de in dit artikel bedoelde aanleg mag worden begonnen. Met de aanleg in en op openbare grond kan worden aangevangen na het verkrijgen van een gemeentelijk instemmingsbesluit. Voor de aanleg in niet-openbare grond geldt het moment van overeenstemming tussen aanbieder en gedoogplichtige. Lid 2 bepaalt dat door de aanleg, de instandhouding en de opruiming van kabels de bestemming van de gronden, gebouwen of wateren niet verandert. Net als bij art. 5.1 lid 3 Tw het geval is, voorziet de wet ook hier niet in toezicht. Onduidelijk is waarom de artikelen 5.2 en 5.3 Tw expliciet buiten toepassing zijn verklaard, zodat de gemeentelijke coördinatieprocedure niet geldt en de aanbieder ook niet hoeft te streven naar overeenstemming met de gedoogplichtige. De kantonrechter is ex art. 5.9 Tw bevoegd in eisen tot schadevergoeding die uit deze gedoogplicht voortvloeien.

In het licht van hetgeen onder de algemene opmerkingen werd uiteengezet over de problematiek van lege voorzieningen en dark fiber, ligt het voor de hand dat aanbieders zich vanwege de dreigende precariovergoedingen genoodzaakt zien de kabels uit de grond te verwijderen en de kabels bovengronds aan te leggen. Een ieder zou de bovengrondse aanleg van kabels, mits zonder aanhechting of aanraking, op grond van dit artikel moeten gedogen. Het behoeft geen toelichting dat zowel het verwijderen van de ondergrondse kabels als de aanleg van kabels boven de grond een enorme maatschappelijke overlast en weerstand zal veroorzaken.

Art. 11 Kaderrichtlijn ziet op de aanleg op, over of onder openbare of particuliere eigendom, maar zoals eerder werd uiteengezet gaat de Staatssecretaris ervan uit dat de wet niet aangepast hoeft te worden om aan dit artikel te voldoen. Wellicht inspireert de heldere formulering de wetgever toch tot het overeenkomstig aanpassen van art. 5.5 Tw.

#### *Art. 5.6 Tw*

Dit artikel doorbreekt de verticale natrekkingsregel: de aanleg brengt geen wijziging in de eigendom van hetgeen is aangelegd. De aanbieder lijkt dus eigenaar van de aangelegde kabel te blijven. In de praktijk blijken aanbieders voor de zekerheid toch opstalrechten of erfdiensbaarheden op kabels te vestigen, hetgeen hoge financiële lasten met zich meebrengt, die wellicht geheel overbodig zijn. De wetgever dient deze civielrechtelijke kwestie, evenals andere kwesties van civielrechtelijke aard, zoals de goederenrechtelijke kwalificatie van kabels, expliciet in de wet te regelen.

#### *Art. 5.7 Tw*

Dit artikel is verreweg de onduidelijkste bepaling van hoofdstuk 5 Tw. Lid 1 bepaalt dat de aanbieder op eigen kosten kabels moet verplaatsen als dit nodig is voor het oprichten van gebouwen of het uitvoeren van werken door of vanwege de gedoogplichtige. Ook dit artikel is te algemeen geformuleerd, zodat gemeenten deze bepaling in hun verordening ruim interpreteren. Onduidelijk is wat moet worden verstaan onder verplaatsen. Valt daaronder ook het opruimen van kabels? De wet bevat geen regeling voor het verwijderen van niet meer in gebruik zijnde kabels. Er wordt van uitgegaan dat degene die de kosten veroorzaakt deze moet dragen. Daarnaast geven de zinsnede 'nodig zijn' en het begrip 'werken' aanleiding tot onduidelijkheid. Wanneer is verplaatsen nodig en wanneer is sprake van werken? Als een gemeente grond verkoopt, is er geen sprake van het oprichten van gebouwen of de uitvoering van werken en staat vast dat verplaatsing niet nodig is. In dat geval valt niet in te zien dat de kosten van verplaatsing voor rekening van de aanbieder zouden moeten komen. De wet bevat ook geen termijn voor het verplaatsen. Op welk moment moet een aanbieder tot verplaatsing overgaan?

Lid 2 ziet op andere gevallen, waarin verplaatsing dus niet nodig is. In lid 3 worden art. 5.3 lid 2 en 3 Tw van overeenkomstige toepassing verklaard bij gebreke van overeenstemming over de kosten van het verplaatsen. De vraag is wat hiermee wordt bedoeld. Ziet het ontbreken van overeenstemming op degene die de kosten moet dragen of ziet dit op de hoogte van de kosten?

Onduidelijk is tevens welke instantie in welke gevallen bevoegd is. In het deels van overeenkomstige toepassing verklaarde art. 5.3 Tw is voor OPTA een min of meer bemiddelende rol weggelegd.<sup>31</sup> Dit is een zeer onduidelijke constructie: art. 5.3 Tw kan volgens OPTA niet letterlijk op situaties ex art. 5.7 Tw worden toegepast, aangezien de belangen in beide artikelen tegengesteld zijn aan elkaar.<sup>32</sup> De schorsende werking van art. 5.3 lid 4 Tw is niet van overeenkomstige toepassing verklaard. De wet voorziet dus wel in schorsende werking bij het ontbreken van overeenstemming over de plaats en wijze van uitvoering, maar niet bij het ontbreken van overeenstemming over de schadevergoeding. Het ligt voor de hand dat een gedoogplichtige grondeigenaar de werkzaamheden kan doen vertragen door te weigeren tot overeenstemming te komen over de plaats of de werkwijze van de aanleg, terwijl het hem in feite te doen is om de hoogte van de schadevergoeding. OPTA is op grond van hoofdstuk 15 Tw tevens te allen tijde bevoegd tot het uitoefenen van het algemene toezicht op de bepalingen van de wet. Wat pleit voor de bevoegdheid van OPTA is dat OPTA – meer dan de civiele rechter – niet alleen rechtmatigheidsoverwegingen in haar oordeel kan betrekken, maar daarbij ook kan toetsen aan de doelstellingen van de wet.<sup>33</sup> Als

<sup>31</sup> *Kamerstukken II 1997/98, 25 533, nr. 5, p. 76.*

<sup>32</sup> OPTA, Beschikking inzake geschil KPN/Gemeente Lelystad, OPTA/IBT/2001/200692, 9 mei 2001.

<sup>33</sup> CBB 25 april 2001, KPN/OPTA en Dutchtone, m.nt. A.T. Ottow, *Mediaforum* 2001/6, p. 212-220, m.nt. E.J. Dommering, *Computerrecht* 2001/4, p. 207-213.

partijen het niet eens zijn over de hoogte van de kosten van verplaatsing zou echter kunnen worden beargumenteerd dat de kantonrechter de enige bevoegde instantie is. Het staat vast dat de civiele rechter bevoegd is in geschillen over de noodzaak van verplaatsing en in geschillen ten aanzien van gevolgschade.

#### *Art. 5.8 Tw*

De in dit artikel geregelde snoeiverplichting ten aanzien van voor de aanleg, instandhouding of exploitatie van netwerken hinderlijke bomen of beplantingen is overbodig. Het beschermen van bomen of beplantingen op openbare grond valt onder de coördinatiebevoegdheid van de gemeente en het beschermen van flora op particuliere grond maakt onderdeel uit van het al dan niet bereiken van overeenstemming ex art. 5.3 Tw. Er is geen reden om een dergelijk artikel in een nieuw hoofdstuk op te nemen.

#### *Art. 5.9 Tw*

De kantonrechter is de bevoegde instantie tot het in behandeling nemen van eisen tot schadevergoeding. Art. 5.9 Tw verwijst expliciet naar de artikelen 5.1, 5.5 en 5.8 Tw en bepaalt dat er in deze gevallen geen sprake is van schorsende werking als over de schadevergoeding geen overeenstemming is bereikt of uitspraak is gedaan. Merkwaardig is dat de wetgever een apart artikel wijdt aan de bevoegdheid van de kantonrechter, maar de bevoegdheid van andere instanties per artikel onbesproken laat.

#### *Art. 5.10 Tw*

Dit artikel is een vreemde eend in de bijt. Het is onduidelijk waarom de wetgever er voor heeft gekozen het medegebruik van voorzieningen terzake van aanleg en instandhouding van kabels in dit hoofdstuk te regelen. De titel van dit hoofdstuk luidt immers ‘gedoogplicht voor aanleg, instandhouding en opruiming van kabels’. Er is bij medegebruik van deze voorzieningen geen sprake van een gedoogplicht. Mocht voor het verlenen van medegebruik toestemming van de grondeigenaar nodig zijn, dan hoeft hij – als derde – deze alleen te verlenen als het een redelijk verzoek betreft en er een redelijke vergoeding tegenover staat. Nu in art. 5.10 Tw een geschilregeling ontbreekt, is de civiele rechter bevoegd. Analoog aan de regeling voor het delen van antenne-opstelpunten (site sharing) in art. 3.11 Tw<sup>34</sup> zou OPTA eigenlijk uitdrukkelijk bevoegd moeten zijn regels vast te stellen bij het ontbreken van overeenstemming over het medegebruik van kabelvoorzieningen. De wetgever heeft deze omissie in het ontwerp-Tw hersteld: art. 12.3 sub c voorziet in een bevoegdheid van OPTA terzake.

Een meer algemene opmerking over het medegebruik van kabelvoorzieningen is de volgende. Art. 5.10 Tw is bij amendement ingevoegd met het oogmerk het aanleggen en benutten van kabelgoten te stimuleren. Dit medegebruik lijkt voornamelijk ingegeven vanuit overwegingen van mededinging, maar gezien de ondergrondse schaarste en de overlast die de aanleg van kabelvoorzieningen met zich meebrengt, hebben daarbij ook overwegingen van milieu en ruimtelijke ordening een belangrijke rol gespeeld. Naar de letter van het amendement gaat het om het benutten van kabelgoten. Dit is het door meerdere aanbieders gebruik maken van de kunststof buizen waar kabels doorheen worden getrokken – of in het geval van glasvezelkabels worden geblazen – die zich in een ondergrondse geul bevinden, ook wel duct sharing genoemd. Het recht op medegebruik van voorzieningen terzake van aanleg en instandhouding van kabels, waarvan in het artikel sprake is, is dan ook ruimer omschreven dan met het amendement werd beoogd.

---

<sup>34</sup> De regeling van de bevoegdheid van OPTA om geschillen inzake site sharing te beslechten is in het ontwerp-Tw verplaatst naar art. 12.3 sub a.

Een parallel kan worden getrokken met andere vormen van medegebruik, zoals het reeds genoemde delen van antenne-opstelpunten en colocatie (het delen van bedrijfsruimte), die nu alle verspreid over de wet zijn geregeld. Bij site sharing gaat het ook om het reguleren van schaarse (bovengrondse) ruimte en spelen dezelfde milieu- en ruimtelijke ordeningsoverwegingen een rol.<sup>35</sup> In de Telecommunicatiewet vormt colocatie een onderdeel van de interconnectie- en bijzondere toegangsregeling. De verplichting tot colocatie komt niet voort uit schaarsteregulering, maar puur uit industriebeleid en mededingingsoverwegingen: het gaat om het beschermen van concurrenten en nieuwe marktpartijen. Toch wordt ook colocatie in de richtlijnen in verband gebracht met het belang van milieu en ruimtelijke ordening.<sup>36</sup> Hoewel duct sharing en site sharing enerzijds, en colocatie anderzijds, een verschillende achtergrond hebben, zijn deze alle onder de algemene 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 wekt 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

---

<sup>35</sup> De verplichting tot site sharing beoogt te voorkomen dat veel meer opstelpunten voor mobiele netwerken worden gerealiseerd dan noodzakelijk is (*Kamerstukken II 1996/97*, 25 533, nr. 3, p. 85). In de WTV werd deze verplichting opgenomen als asymmetrische maatregel om een gelijk speelveld te creëren. KPN had als voormalig monopolist immers een historische voorsprong bij de aanleg van zijn netwerk. Site sharing heeft dus tevens een mededingingsrechtelijke doelstelling. OPTA gaat bij het vaststellen van regels inzake site sharing ook voornamelijk uit van het bevorderen van bestendige concurrentie op de (mobiele) telecommunicatiemarkt (zie OPTA, Brief naar aanleiding van de Nota nationaal antennebeleid, april 2001).

<sup>36</sup> Art. 12 lid 1 Kaderrichtlijn bepaalt dat wanneer een aanbieder het recht heeft om faciliteiten te installeren op, over of onder openbaar of particulier eigendom, de nationale regelgevende instantie het gedeeld gebruik van die faciliteiten of dat eigendom aanmoedigt. Vooral wanneer ondernemingen geen toegang hebben tot haalbare alternatieven vanwege de noodzaak om het milieu, de volksgezondheid of de openbare veiligheid te beschermen of om stedenbouwkundige en planologische redenen, kan een aanbieder op grond van lid 2 verplicht worden, na een openbare raadpleging, tot het gedeeld gebruik van faciliteiten of eigendom, met inbegrip van fysieke colocatie.

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

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?