



Vereniging van Waterbedrijven in Nederland

EnergieNed



Federatie van Energiebedrijven in Nederland

‘Optimaliseer het gebruik van de bestaande instrumenten’

(vooruitlopend op de noodzakelijke wetswijzigingen)

Over graafrechten in verhouding tot andere belangen



Position Paper van VEWIN (Vereniging van Waterbedrijven in Nederland) en EnergieNed (Federatie van Energiebedrijven in Nederland) met betrekking tot de problematiek van graafrechten op grond van de Telecommunicatiewet

juli 2002

Voorwoord

De eigenaar van een waterleidingbedrijf is gehouden zorg te dragen, dat de levering van deugdelijk leidingwater aan de verbruikers in zijn distributiegebied gewaarborgd is.....; zo begint het kernartikel 4 van de Waterleidingwet. Voor de netbeheerders gas, op grond van hun taken als omschreven in met name artikel 10 van de Gaswet, en voor de netbeheerders elektriciteit, op grond van hun taken als omschreven in met name artikel 16 van de Elektriciteitswet, geldt mutatis mutandis hetzelfde.

De water- en energiebedrijven worden echter in toenemende mate in de uitvoering van hun taken belemmerd omdat zij regelmatig worden geconfronteerd met telecomkabels die door talloze telecomaandbieders boven of te dicht bij hun kabels en leidingen zijn gelegd. Het behoeft geen betoog dat de continuïteit van een deugdelijke water- en energievoorziening daarmee ernstig in gevaar komt. Oorzaak is de liberalisering van de telecommunicatiemarkt en de dientengevolge gewijzigde wetgeving, waardoor een groot aantal aanbieders een claim heeft kunnen leggen op de – vaak beperkte – ruimte in de ondergrond.

De water- en energiesector heeft de problematiek van de graafrechten op grond van de Telecommunicatiewet in kaart gebracht en in dit position paper een standpunt ingenomen, zowel ten aanzien van de mogelijkheden onder de huidige regelgeving als ten aanzien van noodzakelijke wetswijzigingen in de toekomst. Het position paper is tot stand gekomen onder advisering van advocatenkantoor Loyens Loeff te Rotterdam en onder intensieve begeleiding van vertegenwoordigers van een tweetal waterleidingbedrijven, te weten NV Hydron Midden-Nederland en NV Duinwaterbedrijf Zuid-Holland.

Daar de water- en energiebedrijven van oordeel zijn dat de bestaande regelgeving veel meer mogelijkheden voor betrokken partijen biedt dan thans worden benut, heeft het position paper de titel meegekregen “Optimaliseer het gebruik van de bestaande instrumenten”. Dit neemt niet weg dat om een volledige balans te bewerkstelligen tussen alle bij de ondergrond betrokken partijen, zij een wijziging op korte termijn van de Telecommunicatiewet voorstaan.

Inhoudsopgave

Samenvatting	4
De positie van Vewin en EnergieNed ten aanzien van graafrechten	7
De probleemstelling.....	8
Probleemanalyse.....	10
Toekomstige ontwikkelingen	13
De basisoorzaak	14
Telecommunicatiewet, kerndoelstellingen.....	15
De instrumenten van de Telecomwet	17
Artikel 5.1 Telecomwet.....	17
Reikwijdte van de gedoogplicht.....	18
Reikwijdte van het graafrecht.....	199
Coördinatie ingevolge artikel 5.2 van de Telecomwet	21
Artikel 5.3 van de Telecomwet	28
Artikel 5.4 van de Telecomwet	28
Artikelen 5.5 en 5.6 van de Telecomwet	30
Artikel 5.7 van de Telecomwet	30

Samenvatting

Probleemstelling

Waterbedrijven en energiebedrijven, hierna gezamenlijk ook te noemen nutsbedrijven, worden in toenemende mate in de uitvoering van de door de wetgever aan hen opgedragen taken belemmerd. Deze belemmering vindt zijn oorzaak in de ongebreidelde aanleg van telecommunicatiekabels die op, tussen en langs de reeds aanwezige kabels en leidingen van de nutsbedrijven in de Nederlandse bodem zijn gelegd. Deze problemen doen zich voor sinds december 1998, het moment waarop de Telecommunicatiewet (hierna: "Telecomwet") in werking trad, alsmede in sommige gevallen ook kort daar aan voorafgaand.

De oorzaak

Het opheffen van belemmeringen ten behoeve van de liberalisering van de telecommunicatiemarkt is succesvol gebleken, maar heeft op uitvoeringsniveau tot een chaos geleid. Door een veelheid van aanbieders wordt nu op grote schaal gebruik gemaakt van de graafrechten die eerder slechts aan één monopolistische aanbieder van telecommunicatienetwerken toekwamen. Dat vraagt om de implementatie van een sterk ordenend mechanisme onder de werking waarvan met alle betrokken belangen rekening dient te worden gehouden.

De oplossing

De branche-organisaties van de nutsbedrijven, VEWIN (Vereniging van Waterbedrijven in Nederland) en EnergieNed (Federatie van Energiebedrijven in Nederland) menen dat er bij de uitvoering van de Telecomwet onvoldoende aandacht is voor de problemen van hun leden en pleiten er in dit position paper voor om bepaalde maatregelen te nemen teneinde deze problemen bij de uitvoering van de Telecomwet op te lossen.

Korte en lange termijn

Daarbij maken Vewin en EnergieNed onderscheid tussen enerzijds maatregelen die op korte termijn op gemeentelijk niveau kunnen worden genomen en anderzijds een wijziging van de Telecomwet die noodzakelijk is om de huidige onbalans tussen de

telecombelangen en de andere betrokken belangen ook op langere termijn weg te nemen.

Bestaande en nieuwe problematiek

Voorts menen Vewin en EnergieNed dat onderscheid moet worden gemaakt tussen reeds bestaande en nieuwe problematiek, in die zin dat niet slechts moet worden voorkomen dat nieuwe problemen zich zullen voordoen, maar dat tevens instrumenten moeten worden ontwikkeld en ingezet om de reeds ontstane problemen op te lossen (inmiddels aangelegde telecomkabels die hinder veroorzaken voor ten tijde van die aanleg reeds aanwezige infrastructuur van de nutsbedrijven).

.

Aanpak van de problematiek op gemeentelijk niveau

Evenals de Vereniging van Nederlandse Gemeenten (hierna: "de VNG") menen ook Vewin en EnergieNed dat een wijziging van de Telecomwet wenselijk is en zo spoedig mogelijk moet worden doorgevoerd ter versterking van de bevoegdheden van het coördinerend bevoegd gezag. De huidige Telecomwet biedt naar het oordeel van Vewin en EnergieNed echter in beginsel reeds voldoende mogelijkheden om aan de noodzakelijkste waarborgen invulling te geven.

De ordenende werking van de verordening, die de gemeenten op grond van de Telecomwet moeten vaststellen, kan worden versterkt door in deze verordeningen afstandsnormen op te nemen die bij het leggen van kabels en leidingen in acht moeten worden genomen. Dergelijke normen bestaan reeds in de vorm van NEN normbladen. Voor het geval het door de fysieke omstandigheden op de plaats waar de kabel zou moeten worden gelegd niet mogelijk is om aan deze normen te voldoen, kan in de verordening een verplichte afstemmingsregeling worden opgenomen. De huidige Telecomwet verzet zich niet tegen deze oplossingen.

Een gemeentelijke telecommunicatieverordening waarin deze en andere onderwerpen goed zijn geregeld, lost naar het oordeel van Vewin en EnergieNed de problemen van alle betrokkenen in verband met de toekomstige aanleg van telecomkabels goeddeels op. Een degelijke verordening geeft immers vóóraf de

gewenste duidelijkheid en biedt tevens de mogelijkheid voor de betrokken partijen om langs publiekrechtelijke, dan wel privaatrechtelijke weg in te grijpen indien problemen desondanks zouden ontstaan.

Een bijdrage tot het voorkomen van toekomstige problemen en het deels oplossen van de reeds gebleken huidige problemen en die welke nog moeten blijken, kan worden gevonden in het in de telecommunicatieverordening verplicht stellen van een melding van de plaats van de aan te leggen en reeds aangelegde kabels bij KLIC, het landelijke Kabels en Leidingen Informatie Centrum.

Voorts menen Vewin en EnergieNed dat er geen gedoogplicht bestaat ten aanzien van lege mantelbuizen en dat gemeenten dan ook niet zouden moeten toestaan dat leeg zijnde en leeg blijvende mantelbuizen door aanbieders, gebruik makend van het instrumentarium van de Telecomwet, worden gelegd of gehandhaafd.

Wetswijziging

Vewin en EnergieNed gaan ervan uit dat ook de nutsbedrijven die in openbare grond hun kabels en leidingen hebben liggen en die ten aanzien van deze kabels en leidingen onderhoudsplichtig zijn, tot de kring van gedoogplichtigen behoren, indien zij van het aanleggen of van reeds aangelegde kabels bij de uitvoering van hun wettelijke taken hinder ondervinden. Deze status als gedoogplichtige brengt met zich mee dat de nutsbedrijven onder de Telecomwet tevens bepaalde rechten hebben, waar bij de uitvoering van de Telecomwet rekening mee dient te worden gehouden. Duidelijkheid over de reikwijdte van de begrippen “gedoogplichtige” en “graafgerechtigde” zou naar de mening van Vewin en EnergieNed moeten worden gegeven in de toelichting bij toekomstige wijzigingen van de Telecomwet.

In dit position paper zullen de voorstellen van Vewin en EnergieNed terzake nader uiteen worden gezet.

De positie van Vewin en EnergieNed ten aanzien van graafrechten

- **Probleem**
 - belemmering van onderhoud en andere werkzaamheden aan de kabels en leidingen van nutsbedrijven
 - belemmering van de aanpak van calamiteiten met kabels en leidingen van nutsbedrijven
- **Directe oorzaak**
 - aanleg van telecomkabels op, tussen en langs de bestaande kabels en leidingen van nutsbedrijven, al dan niet met instemming van de gemeente
- **Basisoorzaken**
 - uitgebreide graafrechten voor een veelheid van gerechtigden sinds de inwerkingtreding van de Telecommunicatiewet in december 1998
 - een onvoldoende sterk ordenend mechanisme
- **Uitgangspunten Vewin en EnergieNed**
 - nutsbedrijven hebben belangen die bij de coördinatie rond de aanleg van telecommunicatiekabels moeten worden betrokken
 - nutsbedrijven zijn eveneens gedoogplichtig en hebben tevens de aan deze status verbonden rechten
- **De oplossing**
 - **korte termijn**, wijziging van de gemeentelijke telecommunicatieverordening en de gemeentelijke aanpak
 - afstandsnormen in de verordening
 - verplichte registratie van kabels bij KLIC in de verordening
 - optreden tegen het leggen van leeg blijvende mantelbuizen
 - actief invullen van de coördinatieplicht
 - **lange termijn**, wetswijzigingen
 - duidelijkheid over de begrippen en de positie van 'gedoogplichtige' en 'graafgerechtigde'
 - aanvullende instrumenten voor oplossing van de reeds bestaande problemen

De probleemstelling

1. Een water- of energiebedrijf heeft schijnbaar niets te maken met de Telecomwet. Het tegendeel is echter waar. Deze nutsbedrijven worden in toenemende mate in de uitvoering van de door de wetgever aan hen toegedachte taken belemmerd. Deze belemmering vindt zijn oorzaak in de ongebreidelde aanleg van telecommunicatiekabels op, tussen en langs de kabels en leidingen van de nutsbedrijven die reeds in de Nederlandse bodem liggen. Deze voor de nutsbedrijven belemmerende wijze van aanleg heeft plaatsgehad sedert en kort vóór de inwerkingtreding van de Telecomwet, op grond waarvan iedere aanbieder van openbare telecommunicatie- of omroepnetwerken een 'graafrecht' heeft, dat wil zeggen gerechtigd is zijn kabels in de bodem te brengen.
2. Een enkele telecomkabel die of een aantal telecomkabels dat in de buurt van een kabel of leiding van een nutsbedrijf ligt, kan bij het plegen van onderhoud en andere werkzaamheden aan die kabels en leidingen reeds hinder opleveren. De omvang van de bundels telecomkabels en lege mantelbuizen die sinds december 1998 (het moment waarop de Telecomwet in werking trad) of kort daar voor bovenop de kabels en leidingen van nutsbedrijven worden aangetroffen is echter vaak dermate groot, dat onderhoud of andere werkzaamheden aan deze kabels en leidingen onmogelijk is geworden. Bovendien levert de – vaak onverwachte – aanwezigheid van telecomkabels bij grondwerkzaamheden ten behoeve van de aanleg en het onderhoud van kabels en leidingen van nutsbedrijven het risico op dat de telecomkabels worden geraakt en beschadigd. Dit wordt mede veroorzaakt doordat er geen of onvoldoende informatie voorhanden is over de exacte locatie van die telecomkabels. Er zijn gevallen bekend waarin de aanbieders niet hebben voldaan aan hun meldplicht, waardoor uiteraard evenmin de vereiste instemming is verkregen.
3. Waterbedrijven zijn op grond van artikel 4 van de Waterleidingwet gehouden ervoor zorg te dragen dat de levering van deugdelijk leidingwater aan de verbruikers in hun distributiegebied gewaarborgd is. Uit deze plicht, in combinatie met de hiervoor

geschetste problematiek, vloeien belangen van de waterbedrijven voort. Mutatis mutandis geldt hetzelfde voor de netbeheerders gas op grond van hun taken als omschreven in de Gaswet, met name artikel 10 en voor de netbeheerders elektriciteit op grond van hun taken als omschreven in de Elektriciteitswet 1998, met name artikel 16.

Hoewel deze belangen door de betrokken partijen, waaronder DGTP, die met elkaar in gesprek zijn over de knelpunten die zich voordoen bij de uitvoering van hoofdstuk 5 van de Telecomwet worden erkend, moeten naar de mening van Vewin en EnergieNed, deze belangen in de verdere besluitvorming worden betrokken.

4. Het maatschappelijk belang van een goede drinkwatervoorziening is evident en de waterbedrijven kunnen de kwaliteit van het drinkwater, een betrouwbare distributie en de continuïteit van de drinkwatervoorziening slechts waarborgen indien zij de leidingen, die zij in de Nederlandse bodem hebben liggen, voor het plegen van onderhoud en andere werkzaamheden kunnen bereiken. Het economisch en maatschappelijk belang van een goede energievoorziening behoeft evenmin betoog. De netbeheerders gas en elektriciteit kunnen de continuïteit van transport en aansluiting slechts waarborgen indien zij de door hen beheerde kabels en leidingen, die zich in de Nederlandse bodem bevinden, kunnen bereiken voor het plegen van onderhoud of andere werkzaamheden. Daar komt nog bij dat voor de gasvoorziening geldt dat in een aantal gevallen ernstige veiligheidsrisico's zijn ontstaan. Tracé's waar (al dan niet met telecomkabels gevulde) mantelbuizen zijn gelegen bovenop de gasleiding of waar gasleidingen tussen mantelbuizen terecht zijn gekomen, voldoen niet meer aan de vigerende veiligheidsnormen en veiligheidsrichtlijnen voor gasleidingen. In die situaties bestaan extra risico's op gaslekkages door scheuring of breuk van gasleidingen ten gevolge van ruwe aanleg, slechte grondverdichting en/of mechanische belasting van gasleidingen door de telecomkabels. Gevolgen van gaslekkages kunnen ernstig zijn: brand, explosie, bedwelming of verstikking. EnergieNed beschouwt de onjuiste aanleg van telecomkabels in de bedoelde situaties als gevaarstelling.

Probleemanalyse

5. Na de inwerkingtreding van de Telecomwet op 15 december 1998 heeft zich een ontwikkeling voorgedaan die bij de voorbereiding van de Telecomwet niet werd voorzien. Dat blijkt uit een verslag van een wetgevingsoverleg van de vaste kamercommissie voor Verkeer en Waterstaat met de toenmalige Minister van Verkeer en Waterstaat (hierna: “de Minister”)¹ van februari 1996. Uit het verslag van dit overleg blijkt dat de Kamer haast wilde maken met de liberalisering van de telecommunicatiemarkt. Men legde er tijdens het overleg de nadruk op dat graafrechten in het kader van de liberalisering voor nieuwkomers op de markt belangrijk zijn.
6. Kamerlid Leers (CDA) merkte daarbij voorts op: *”Wij verwachten niet dat het bij een ruimere toedeling van de graafrechten de spuigaten zal uitlopen en de straten om de haverklap opengebrouwen liggen vanwege de nieuwe infrastructuur door de aanbieders die allemaal hun netten willen opbouwen. Graven is duur en vraagt forse investeringen. Niet iedereen zal dat doen.”*
7. De Minister meende dat er een evenwicht zou moeten worden gevonden tussen de graafrechten en de mogelijkheden tot concurrentie². Hoewel de Minister zich tijdens dit overleg terughoudend toonde ten aanzien van de implementatie van al te ver strekkende graafrechten, met als argument de plicht van de overheid om de eigendomsrechten van de burger te beschermen en zij de kamercommissie erop wees dat de Kamer het probleem van de graafrechten zwaar onderschat, heeft deze insteek niet tot gevolg gehad dat er – expliciet – voldoende waarborgen in de Telecomwet zijn opgenomen ter bescherming van andere belangen dan die van de aanbieders. Uit het verslag van het overleg blijkt dat de Minister vooral vreesde voor de hinder die de eigenaren van het onroerend goed waarin de kabels zouden moeten worden gelegd zouden ondervinden.

¹ Kamerstukken II 1995/96, 24 163 en 24 164, nr. 29, p. 25

² Kamerstukken II 1995/96, 24 163 en 24 164, nr. 29, p. 40

8. De verwachting die kamerlid Leers uitsprak is niet uitgekomen. Integendeel. Inmiddels is gebleken dat het door de ruimere toedeling van de graafrechten wél de spuigaten is uitgelopen. Het komt in de praktijk immers stelselmatig voor dat ten behoeve van de uitvoering van werkzaamheden aan de kabels en leidingen van nutsbedrijven telecomkabels moeten worden verlegd of dat de kabels en leidingen van nutsbedrijven simpelweg onbereikbaar zijn geworden. Daarbij doen zich de volgende drie hoofdproblemen voor.
9. In de eerste plaats geldt dat in geval van calamiteiten zoals een waterleidingbreuk of gaslekkage de komst van de desbetreffende aanbieder in feite niet kan worden afgewacht. In de tweede plaats is een veelvuldig voorkomend probleem, dat veelal niet of niet tijdig valt te achterhalen welke aanbieder eigenaar of beheerder van de desbetreffende kabel is. Een derde probleem is, dat de nutsbedrijven veelal vóóraf niet weten wáár de telecomkabels zich precies bevinden.
10. Het is echter de vraag of de problemen die de nutsbedrijven nu ondervinden zouden zijn ondervangen indien op de destijds bestaande vrees van de Minister zou zijn geanticipeerd. Immers, uit het verslag van het overleg, en uit andere kamerstukken die ter voorbereiding van de Telecomwet zijn geproduceerd blijkt dat het probleem dat de nutsbedrijven nu ondervinden nooit is onderkend. Het is vanuit dat oogpunt dan ook logisch dat de Telecomwet geen op de specifieke belangen van de nutsbedrijven toegesneden waarborgen kent. Nu echter blijkt dat de belangen van de leden van Vewin en EnergieNed door de graafrechten in negatieve zin worden geraakt, menen zij dat deze belangen zo snel mogelijk in het verdere besluitvormingsproces moeten worden betrokken, teneinde te voorkomen dat de leden van Vewin en EnergieNed bij eventuele toekomstige 'oplossingen' voor andere problemen met het graafrecht niet zullen zijn gebaat.
11. In de beleidsstukken, waaronder de 'position papers' die tot op heden over dit onderwerp zijn verschenen van de zijde van de aanbieders van telecommunicatienetwerken (hierna: "de aanbieders"), de VNG, de Minister en de Onafhankelijke Post en Telecommunicatie Autoriteit (hierna: "de OPTA") wordt het inmiddels bekend geworden belang van eigenaren/beheerders van de andere

ondergrondse infrastructures dan telecommunicatiekabels waaronder de nutsbedrijven, onvoldoende erkend althans onvoldoende in de beschouwingen meegenomen. Niet of nauwelijks wordt aandacht besteed aan andere belangen dan de belangen van de tegenover elkaar staande gemeenten en aanbieders.

12. De aanbieders wijzen vooral op het gebrek aan snelheid in de besluitvorming bij de gemeenten waardoor vertraging zou ontstaan bij de aanleg van netwerken. De gemeenten menen dat deze vertraging aan de aanbieders zelf te wijten is, mede doordat zij zouden handelen in strijd met de terzake geldende wet- en regelgeving en met gemaakte afspraken. In mindere mate wordt tevens aandacht besteed aan de belangen van de grondeigenaren die te maken hebben met 'voortvarend opererende' aanbieders.
13. Uit diverse stukken van belanghebbenden komt de indruk naar voren dat de aanbieders opereren vanuit het adagium "Wij hebben een volstrekt graafrecht, dus ons kan geen strobreed in de weg worden gelegd".
14. In de "Probleemanalyse project Graafrechten" die het Projectteam Graafrechten op 16 november 2001 aan het Ministerie van Verkeer en Waterstaat, Directoraat-Generaal Telecommunicatie en Post (hierna: "DGTP") uitbracht, stelt dit projectteam dat het met name de problemen heeft bekeken die voortvloeien uit hoofdstuk 5 van de Telecommunicatiewet, waarin de graafrechten zijn geregeld. Het projectteam erkent³ dat ook de overige kabel- en leidingmaatschappijen (zoals nutsbedrijven) problemen ondervinden bij de uitvoering van de in de Telecomwet bedoelde graafwerkzaamheden, maar heeft zich nog niet kenbaar gebogen over een oplossing van deze problemen.
15. Alle partijen dienen hun verantwoordelijkheid in deze snel te nemen. Tot die van DGTP behoort dat het zijn aansturende en coördinerende activiteiten met meer voortvarendheid en effect oppakt. Activiteiten die er op zijn gericht meer structuur te brengen in de veelheid van rechtsingangen dragen uiteraard niet bij aan en kunnen bovendien vertragend werken voor een inhoudelijke oplossing van de problematiek.

³ Probleemanalyse project Graafrechten, een eerste inventarisatie, Projectteam Graafrechten Drs. N.J.A. Scheijven, 16 november 2001, pagina 7.

16. Tijdens een bespreking tussen de bij deze problematiek betrokken partijen op 13 december 2001 hebben de naar de mening van Vewin en EnergieNed bij de uitvoering van de Telecomwet meest cruciale spelers, waaronder de VNG, DGTP en de OPTA, de problemen die de nutsbedrijven ondervinden erkend. Vewin en EnergieNed (laatstgenoemde was bij gebreke van een uitnodiging aldaar niet aanwezig) verwachten dan ook van deze partijen dat er voortgang wordt gemaakt met het vinden van een voor hen aanvaardbare oplossing en het in de praktijk brengen daarvan.

Toekomstige ontwikkelingen

17. De VNG stelt in haar "position-paper ondergrondse infrastructuur en graafrechten"⁴ (hierna: "het position paper van de VNG") vast dat het aanleggen van de infrastructuur ten behoeve van de telecommunicatie zich voorlopig nog zal doorzetten. Volgens de VNG zal er in ieder geval nog een compleet nieuw UMTS-netwerk moeten worden aangelegd alsmede een tertiair glasvezelnetwerk, het zogenoemde 'fibre to the home'. Onder druk daarvan valt te verwachten dat het ondergronds ruimtegebrek nog prangerder zal worden. De coördinerende gemeenten zullen zich geconfronteerd zien met een toenemend aantal belangenconflicten tussen gedoogplichtigen en/of belanghebbenden enerzijds en graafgerechtigden anderzijds.
18. Bij ongewijzigd beleid zullen deze belangenconflicten veel aandacht van de coördinerende gemeenten vergen, waardoor de belangen van de nutsbedrijven nog verder op de achtergrond dreigen te worden gedrongen. Uit het position paper van de VNG blijkt dat op het moment dat dit werd opgesteld (juli 2001) in een aantal gemeenten de situatie reeds zodanig was dat op belangrijke tracés geen ruimte meer was voor nieuwe kabels. Hoewel het de VNG niet exact bekend was hoeveel kabels er op dat moment reeds waren aangelegd, had zij de verwachting dat met name in middelgrote en kleine gemeenten een aanzienlijk deel van het secundaire en tertiaire netwerk nog moest worden aangelegd en dat bepaalde telecompartijen

nog kabels wilden gaan leggen op plaatsen waar andere telecompartijen reeds kabels hadden gelegd.

De basisoorzaak

19. De basisoorzaak voor de ontstane beheersproblemen is naar de mening van Vewin en EnergieNed het gebrek aan evenwicht tussen de regeling van de graafrechten en het toezicht daarop, dat met de inwerkingtreding van de Telecomwet is geïntroduceerd. Het opheffen van belemmeringen ten behoeve van de liberalisering van de telecommunicatiemarkt is succesvol gebleken, maar heeft op uitvoerings- en beheersniveau tot een chaos geleid. Door een veelheid van aanbieders wordt nu op grote schaal gebruik gemaakt van de graafrechten die eerder slechts aan één monopolistische aanbieder van telecommunicatienetwerken toekwamen. Dat vraagt om de implementatie van een sterk ordenend mechanisme onder de werking waarvan met alle betrokken belangen rekening dient te worden gehouden. In deze richting moet de oplossing voor de voorliggende problematiek naar de mening van Vewin en EnergieNed dan ook worden gevonden.
20. De VNG constateerde reeds in haar position paper dat de invoering van de Telecomwet bovendien heeft geleid tot een praktijk die gekenmerkt wordt door de aanleg van een grote reserve capaciteit. Ook volgens de VNG waren de uitgangspunten die in 1998 bij de opstelling van de Telecomwet zijn gehanteerd onvoldoende en heeft het graafrecht in de huidige vorm tot nauwelijks meer op te lossen knelpunten geleid.
21. De VNG meent dat de gemeenten behoefte hebben aan een adequaat instrumentarium om al die graafactiviteiten in goede banen te leiden. Zij pleit voor een wijziging van het huidige beleid en doet daartoe aanbevelingen.
22. De VNG meent evenals Vewin en EnergieNed dat beleidsvorming nodig is teneinde te komen tot een beheersbare aanleg en instandhouding van de ondergrondse

⁴ Gedogen, mits ... of een totaal andere weg?, position paper ondergrondse infrastructuur en graafrechten, VNG, juli 2001.

infrastructuren. Een belangrijke vraag is echter waarin dat beleid zijn beslag zal moeten krijgen.

23. Vewin en EnergieNed menen dat de noodzakelijke aanpassing van het beleid bij voorkeur wordt vormgegeven door voorrang te geven aan optimalisatie van het gebruik van reeds bestaande instrumenten. Haast is geboden. De problemen met de ondergrondse infrastructuren hebben zich immers in betrekkelijk korte tijd na de inwerkingtreding van de Telecomwet voorgedaan en zullen in hoog tempo verergeren indien niet snel wordt ingegrepen.
24. Evenals de VNG menen ook Vewin en EnergieNed dat een wijziging van de Telecomwet wenselijk is, en zo spoedig mogelijk moet worden doorgevoerd, ter versterking van de bevoegdheden van het coördinerend bevoegd gezag. De huidige Telecomwet biedt naar het oordeel van Vewin en EnergieNed in beginsel echter reeds voldoende mogelijkheden om aan de noodzakelijkste waarborgen invulling te geven. In dit position paper zullen de voorstellen van Vewin en EnergieNed terzake nader uiteen worden gezet.

Telecommunicatiewet, kerndoelstellingen

25. Vóór 15 juli 1996 was er slechts sprake van één graafgerechtigde, te weten concessiehouder KPN. Eind 1996 is dit monopolie in een eerste stap doorbroken door het uitgeven van een tweetal landelijke infrastructuurvergunningen en een groot aantal regionale infrastructuurvergunningen⁵.
26. Eén van de belangrijkste uitgangspunten van de Telecomwet is de vrije toetreding tot de markt. Volgens de Memorie van Toelichting gelden de twee algemene principes dat de toegang vrij is en dat het aantal aanbieders van telecommunicatiediensten en infrastructuur niet op voorhand beperkt zal worden. Hieruit volgt dat het aantal aanbieders van telecommunicatie infrastructuur in

⁵ Kamerstukken II 1996/97, 25 533, nr. 3, pagina 24.

beginsel onbeperkt kan zijn⁶. De aanbieders moeten wel voldoen aan een aantal algemene beginselen en aan hen kunnen op grond van de Telecomwet bijzondere verplichtingen worden opgelegd zodat het aantal aanbieders niet oneindig, maar nog steeds wel aanzienlijk, zal zijn.

27. De doelstellingen en uitgangspunten van de Telecomwet, waarmee het wetsvoorstel in de Memorie van Toelichting is gemotiveerd zijn (i) het versterken van de concurrentiepositie van Nederland door eersteklas telecommunicatievoorzieningen en toepassingen, (ii) de kwaliteit en de toegankelijkheid van de telecommunicatie-infrastructuur en (iii) het bewaken van maatschappelijke belangen bij de toegang tot en het gebruik van telecommunicatievoorzieningen⁷.
28. Deze doelstellingen en uitgangspunten zouden kunnen worden samengevat onder de thema's markttoegang, marktgedrag en maatschappelijke belangen. Dit is tevens indicatief voor de reikwijdte van de Telecomwet. De Telecomwet kent een aantal instrumenten waarmee deze doelstellingen dienen te worden verwezenlijkt. Een belangrijk instrument is de gedoogplicht van een ieder en het graafrecht van de aanbieders dat in artikel 5.1 Telecomwet is verankerd. Voorts is op grond van artikel 5.2 lid 1 ten behoeve van de noodzakelijke afstemming tussen gedoogplichtigen en de aanbieders de gemeente belast met de coördinatie van de binnen haar grondgebied door aanbieders uit te voeren werkzaamheden.
29. De Telecomwet is toegesneden op de snelle realisatie van een openbaar telecommunicatienetwerk teneinde Nederland een vooraanstaande positie te geven op het gebied van telecommunicatie. De Telecomwet is primair gericht op de belangen van de aanbieders. Waar verregaande rechten ten behoeve van een bepaald doel in het leven worden geroepen moeten echter tevens voldoende waarborgen ter bescherming van de gerechtvaardigde belangen van anderen en het algemeen belang worden ingebouwd. Het is de vraag of dat in de Telecomwet in voldoende mate is gebeurd.

⁶ Kamerstukken II 1996/97, 25 533, nr. 3, pagina 14.

De instrumenten van de Telecomwet

30. De Telecomwet kent in hoofdstuk 5 een aantal instrumenten waarmee wordt beoogd de aanleg van de nieuwe infrastructuur in goede banen te leiden, waarvan voor wat betreft Vewin en EnergieNed de belangrijkste zijn de gedoogplicht en de daarmee verband houdende graafrechten en schadevergoedingsverplichtingen, de gemeentelijke coördinatieplicht en de verplichting van de aanbieder zijn kabels te verplaatsen ten behoeve van de uitvoering van werken. Deze zullen hierna achtereenvolgens worden behandeld.

Artikel 5.1 Telecomwet

31. Artikel 5.1 van de Telecomwet luidt als volgt:

- “-1. Eenieder is, behoudens artikel 5.2 en onverminderd het in dit hoofdstuk geregelde recht op schadevergoeding, verplicht de aanleg en instandhouding van kabels ten dienste van een openbaar telecommunicatienetwerk of van een omroepnetwerk in en op openbare gronden, alsmede de opruiming daarvan, te gedogen.*

- 2. De in het eerste lid bedoelde verplichting strekt zich, behoudens artikel 5.3 en onverminderd het in dit hoofdstuk geregelde recht op schadevergoeding, wat betreft interlokale en internationale kabels tevens uit tot alle gronden, uitgezonderd afgesloten tuinen en erven die met bewoonde percelen één geheel vormen.*

- 3. Door de aanleg, de instandhouding en de opruiming van de kabels wordt geen verandering in de bestemming en zo min mogelijk belemmering in het gebruik van de gronden gebracht.”*

⁷ Kamerstukken II 1996/97, 25 533, nr. 3, pagina 3-5

Reikwijdte van de gedoogplicht

32. Direct valt op dat de gedoogplicht op ‘eenieder’ rust. Deze term is niet in de wet of in de Memorie van Toelichting gedefinieerd. Hoewel duidelijk is dat hiermee in ieder geval de betrokken grondeigenaren worden bedoeld, lijkt de groep van gedoogplichtigen bij gebreke van een nadere definitie of beperking in beginsel onbeperkt te zijn. Vewin en EnergieNed gaan ervan uit dat ook de nutsbedrijven die in de bedoelde openbare grond kabels en leidingen hebben liggen en ten aanzien van deze kabels en leidingen onderhoudsplichtig zijn, tot de kring van gedoogplichtigen behoren, zodra zij in enigerlei opzicht hinder kunnen ondervinden van de aanleg of instandhouding van telecommunicatie- of omroepnetwerken of in hun rechten (niet noodzakelijkerwijs eigendomsrechten) worden beperkt.
33. De gedoogplicht heeft op grond van artikel 5.1 lid 2 tevens betrekking op niet openbare gronden, uitgezonderd afgesloten tuinen en erven die met bewoonde percelen één geheel vormen, mits het gaat om “interlokale en internationale kabels”.
34. Artikel 5.1 is volgens de Memorie van Toelichting⁸ in feite de voortzetting van het vóór de inwerkingtreding van de Telecomwet geldende artikel 32 van de Wet op de telecommunicatievoorzieningen. Volgens de toelichting op dat laatstgenoemde artikel⁹ blijkt dat bij de formulering van het artikel niet wezenlijk is afgeweken van de regeling terzake in de Telegraaf- en Telefoonwet 1904. Voor wijziging bestond volgens die toelichting te minder reden, omdat de gedoogplicht sinds haar invoering in 1904 vrijwel nimmer problemen had opgeroepen. Hoewel de Eerste Kamer de Minister heeft gevraagd bij het wetsvoorstel een toelichting op artikel 5.1 Telecomwet op te nemen, is volstaan met slechts de verwijzing naar het daarmee corresponderende artikel in de Wet op de telecommunicatievoorzieningen¹⁰.

⁸ Kamerstukken II, 1996/97, 25 533, nr. 3, pagina 94.

⁹ Kamerstukken II, 1987/88, 20 369, nr. 3, pagina 49.

¹⁰ Kamerstukken I, 1997/98, 25 533, nr. 309b, p.15.

35. Alhoewel graafrechten en gedoogplichten dus geen nieuw fenomeen zijn, menen Vewin en EnergieNed dat een toelichting op de reikwijdte van de gedoogplicht, gelet op de huidige chaotische situatie, niet kan worden gemist. Het is dus wenselijk dat een toelichting alsnog wordt verschaft, bijvoorbeeld bij de door Vewin en EnergieNed in dit position paper voorgestelde wetswijziging.

Reikwijdte van het graafrecht

36. Het graafrecht komt op grond van artikel 5.1 Telecomwet toe aan de aanbieder die “kabels” ten dienste van een openbaar telecommunicatienetwerk of van een omroepnetwerk aanlegt.

37. De definitie van het begrip ‘kabels’ is dus bepalend voor de reikwijdte van (de gedoogplicht en) het graafrecht en tevens voor de coördinatieplicht van de gemeenten, waarop in dit position paper nog zal worden ingegaan.

38. Onder ‘kabels’ dient op grond van artikel 1.1 aanhef en sub r van de Telecomwet óók te worden verstaan de daarbij behorende ondersteuningswerken, beschermingswerken, signaalinrichtingen en inrichtingen die dienen voor de verbindingen van die kabels. Deze brede definitie van ‘kabels’ lijkt tot gevolg te hebben dat lege HDPE mantelbuizen eveneens op grond van het graafrecht door de aanbieder kunnen worden aangelegd respectievelijk dat de aanleg ervan door een ieder moeten worden gedoogd. Mantelbuizen dienen immers ter bescherming van de kabels.

39. De beschermende functie komt deze mantelbuizen echter niet toe indien daarin niet daadwerkelijk kabels worden aangebracht, in welk geval deze mantelbuizen dan ook niet behoeven te worden gedoogd op grond van de Telecomwet. De verregaande inperking van de rechten van grondeigenaren, maar ook van de nutsbedrijven, dient naar de mening van Vewin en EnergieNed niet verder te gaan dan hetgeen strikt noodzakelijk is ten behoeve van de aanleg en de instandhouding

van het telecommunicatienetwerk of omroepnetwerk. Ook de OPTA is van mening dat de gedoogplicht niet ziet op (vooralsnog) leeg blijvende mantelbuizen.¹¹

40. Volgens het Projectteam Graafrechten¹² wordt de groeiende schaarste van ruimte onder de grond mede veroorzaakt doordat sommige grote operators de gewoonte hebben aanzienlijk meer mantelbuizen (voor kabels) door straten te leggen dan nodig is voor een goede afwikkeling van het telecomverkeer. Volgens het projectteam overtreden zulke operators hiermee de grens van hun graafrechten nu deze betrekking hebben op het leggen van de noodzakelijke kabels. Dit sluit speculatief gebruik van graafrechten uit, aldus de probleemanalyse.
41. Volgens schattingen zijn op dit moment ongeveer 8 op de 10 mantelbuizen leeg.¹³ Het is niet uitgesloten dat de bereikbaarheidsproblemen die de nutsbedrijven ervaren vooral zijn te wijten aan de forse overcapaciteit aan mantelbuizen die door de aanbieders is gelegd. Gezien deze omstandigheid is het van belang dat tegen deze te ver gaande praktijk wordt opgetreden.
42. Nu deze lege mantelbuizen, in tegenstelling tot de mantelbuizen waarin wel kabels zijn of worden aangebracht, niet door de Telecomwet worden beschermd, menen Vewin en EnergieNed dat grondeigenaren en andere “gedoogplichtigen” het recht hebben te verlangen dat lege mantelbuizen worden verwijderd en dat in elk geval moet worden voorkomen dat nog medewerking wordt verleend aan het verder uitbreiden van de al bestaande overcapaciteit.

¹¹ OPTA, besluit van 23 juli 2001 in het geschil tussen de heer J.M.J. Best en Crystal Conduct Infra Broker B.V. e.a., Stcrt. 10 augustus 2001, nr. 153, p. 10.

¹² Probleemanalyse project Graafrechten, een eerste inventarisatie, project team graafrechten Drs. N.J.A. Scheijven, 16 november 2001, pagina 20.

¹³ A.Th. Meijer, De aanleg van telecomkabels in de gemeentelijke praktijk, Gst. 2001, 7154, waarin Meijer het NRC Handelsblad van 30 november 2000, p. 14 als bron aanhaalt.

Coördinatie ingevolge artikel 5.2 van de Telecomwet

43. In dit onderdeel van hun position paper bespreken Vewin en EnergieNed, aan de hand van de wetstekst, het in artikel 5.2 van de Telecomwet neergelegde coördinatieregime.

44. Artikel 5.2 lid 1 luidt:

“De gemeente is belast met de coördinatie van de binnen haar grondgebied door aanbieders van openbare telecommunicatienetwerken of van omroepnetwerken uit te voeren werkzaamheden in verband met de aanleg en instandhouding van kabels, bedoeld in artikel 5.1, eerste lid.”

45. Alhoewel vaak wordt gesproken van een uit dit artikellid voortvloeiende bevoegdheid van gemeenten de hier bedoelde werkzaamheden te coördineren, is zijn Vewin en EnergieNed van mening dat van louter een bevoegdheid geen sprake is. De wetstekst laat in dat opzicht geen misverstand bestaan: het gaat om een coördinatieplicht. De gemeente is niet slechts bevoegd de coördinatie ter hand te nemen; zij is met die coördinatie belast.

46. Die coördinatieplicht ziet op de aanleg en instandhouding van kabels, bedoeld in artikel 5.1, eerste lid, hetgeen wil zeggen dat de coördinatieplicht zich uitstrekt over alle openbare gronden binnen het grondgebied van de gemeente, zoals nader gedefinieerd in artikel 1.1 onder s van de wet. Samengevat gaat het daar om gronden die voor ieder toegankelijk zijn. Wie de eigenaar van die gronden is, is niet relevant.

47. De coördinatieplicht ziet derhalve niet op de werkzaamheden betreffende interlokale en internationale kabels in of op niet-openbare gronden, bedoeld in het tweede lid van artikel 5.1. Ten aanzien dáárvan geldt bij uitsluiting het bepaalde in

artikel 5.3, dat voorschrijft dat de aanbieder streeft naar overeenstemming met de gedoogplichtige over de plaats en wijze van de uitvoering van het werk en waarin een regeling is getroffen voor het geval aanbieder en gedoogplichtige die overeenstemming niet bereiken.

48. Artikel 5.2, tweede lid luidt:

“Bij deze coördinatie worden mede betrokken andere werkzaamheden en andere belangen dan waarin door deze wet wordt voorzien. De coördinatie mag niet leiden tot een zodanige vertraging van voorgenomen werkzaamheden dat redelijkerwijs niet meer kan worden gesproken van gedogen als bedoeld in artikel 5.1, eerste lid.”

49. Ook dit tweede lid behelst een imperatief voorschrift: de gemeenten moeten bij de coördinatie andere werkzaamheden en andere belangen dan waarin door de Telecomwet wordt voorzien betrekken.

50. In het algemeen bestaat er consensus over dat tot die “andere belangen” in elk geval worden gerekend de belangen die samenhangen met de ruimtelijke ordening, alsmede economische belangen en verkeersbelangen. Nu de wet echter geen beperkingen stelt aan hetgeen moet worden verstaan onder “andere belangen dan waarin door deze wet wordt voorzien”, leiden Vewin en EnergieNed daaruit af dat daarmee alle andere belangen dan de Telekombelangen die de Telecomwet beoogt te behartigen zijn bedoeld, van wie dan ook. Derhalve bijvoorbeeld óók de belangen van de nutsbedrijven die ter plaatse van de voorgenomen werkzaamheden reeds kabels en leidingen hebben liggen.

51. De enige beperking waarin dit artikellid voorziet, is dat de coördinatie niet een zodanige vertraging mag opleveren dat van gedogen geen sprake meer is. Die beperking ziet echter niet op de aard van de mee te wegen belangen of de mate waarin met belangen wordt rekening gehouden, maar slechts op de tijdsduur die met de coördinatie is gemoeid.

52. Artikel 5.2, derde lid, van de Telecomwet luidt:

“Een aanbieder van een openbaar telecommunicatiewerk of van een omroepnetwerk gaat slechts over tot het verrichten van werkzaamheden als bedoeld in het eerste lid indien deze:

- a. het voornemen daartoe heeft gemeld bij burgemeester en wethouders van de desbetreffende gemeente, en*
- b. van burgemeester en wethouders instemming heeft verkregen omtrent tijdstip, plaats en werkwijze van uitvoering van de werkzaamheden.”*

53. Ook in dit geval gaat het weer om een imperatief voorschrift, ditmaal gericht tot de aanbieder. Deze mag zijn werkzaamheden niet aanvangen dan nádat hij het voornemen tot het verrichten van werkzaamheden bij burgemeester en wethouders heeft gemeld én hij van hen de instemming heeft verkregen omtrent tijdstip, plaats en werkwijze van uitvoering van de werkzaamheden.

54. Voor wat betreft de vereiste instemming bestaat een samenhang met lid 5 van artikel 5.2, dat luidt:

“Burgemeester en wethouders kunnen zonodig in afwijking van de melding, in het instemmingsbesluit het tijdstip van aanvang of voltooiing en de wijze van uitvoering van de werkzaamheden vaststellen.”

55. Vóórdat de aanbieder gerechtigd is de werkzaamheden aan te vangen moet derhalve de aanbieder de instemming van burgemeester en wethouders hebben verkregen betreffende het tijdstip (van aanvang of voltooiing), de plaats en de werkwijze van uitvoering van de werkzaamheden, terwijl burgemeester en wethouders blijkens het bepaalde in het vijfde lid in het instemmingsbesluit zélf het tijdstip en de wijze van uitvoering kunnen vaststellen.

56. Hier lijkt sprake te zijn van een inconsistentie: in het vijfde lid ontbreekt de bevoegdheid van burgemeester en wethouders om zelf óók de plaats vast te stellen. Raadpleging van de parlementaire geschiedenis heeft Vewin en

EnergieNed niet duidelijk kunnen maken of hier sprake is van een vergissing dan wel van een bewuste keuze.

57. Uit de parlementaire geschiedenis blijkt wel dat het in het derde lid gestelde vereiste van instemming van burgemeester en wethouders met de plaats van de werkzaamheden in een laat stadium van de totstandkoming van de wet is toegevoegd.
58. Overigens is het de vraag of het vermijden van een te dichte concentratie van kabels en leidingen zoals door Vewin en EnergieNed wordt voorgestaan een kwestie van “plaats” dan wel van “wijze van uitvoering” van de werkzaamheden is. Beide opvattingen lijken verdedigbaar.
59. Hoe dit ook zij, het gegeven dat de wetstekst burgemeester en wethouders niet (expliciet) de bevoegdheid geeft in het instemmingsbesluit af te wijken van de door de aanbieder in zijn melding aangegeven plaats van de werkzaamheden impliceert zeker niet dat burgemeester en wethouders met die plaats altijd zouden moeten instemmen. Het in het derde lid gestelde vereiste is immers niet voor niets toegevoegd en impliceert tevens dat burgemeester en wethouders de instemming niet behoeven te verlenen als zij er redenen voor hebben die te weigeren.
60. Het is de vraag welke grenzen burgemeester en wethouders bij het al dan niet verlenen van de in lid 3 bedoelde instemming in acht hebben te nemen en welke criteria zij daarbij kunnen toepassen. Daarentrent zegt de wetstekst immers niets.
61. Dat zo zijnde menen Vewin en EnergieNed dat het bepaalde in het tweede lid doorslaggevend is. Zoals gezegd is daarin vastgelegd dat de coördinatie niet mag leiden tot zodanige “vertraging” dat redelijkerwijs niet meer kan worden gesproken van gedogen als bedoeld in het eerste lid. Dat zegt dus inhoudelijk niets.
62. Wél een inhoudelijk criterium kan worden ontleend aan de eerste zin van het tweede lid, waarin is aangegeven dat bij de coördinatie mede (moeten) worden betrokken andere werkzaamheden en andere belangen dan waarin door de Telecomwet wordt voorzien. Naar het oordeel van Vewin en EnergieNed betekent

dit dat bij het nemen van het instemmingsbesluit een juist evenwicht dient te ontstaan tussen enerzijds de in het tweede lid bedoelde “andere werkzaamheden en andere belangen”, zoals die van de nutsbedrijven, en anderzijds de gedoogplicht.

63. Afhankelijk van de concrete situatie zullen in het ene geval de “andere belangen” de doorslag geven en zal alsdan de instemming worden onthouden of het tijdstip en/of de wijze van uitvoering door burgemeester en wethouders anders worden vastgesteld, terwijl in het andere geval die belangen er niet aan in de weg zullen staan dat de werkzaamheden plaatsvinden overeenkomstig de voornemens van de aanbieder.
64. Van een “gebonden” beslissing aan de zijde van burgemeester en wethouders is aldus naar het oordeel van Vewin en EnergieNed geen sprake. Zij dienen de betrokken belangen overeenkomstig het bepaalde in artikel 3:4 van de Algemene wet bestuursrecht (“Awb”) derhalve behoorlijk af te wegen en ook overigens aan het in de Awb gestelde te voldoen. Dat houdt onder meer in dat zij de nodige kennis omtrent de relevante feiten en de af te wegen belangen vergaren ter voorbereiding van het besluit, dat zij het besluit behoorlijk motiveren en dat de voor een of meer belanghebbenden nadelige gevolgen van de instemming niet onevenredig mogen zijn in verhouding tot de met de instemming te dienen telecomdoelen.
65. Het besluit van burgemeester en wethouders tot (al dan niet overeenkomstig het vijfde lid aangepaste) verlening dan wel weigering van instemming is een besluit als bedoeld in artikel 1:3 Awb, waartegen belanghebbenden beroep (en daaraan voorafgaand dus ook bezwaar) op grond van de Awb kunnen instellen. Bezwaar dient te worden gemaakt bij burgemeester en wethouders die het instemmingsbesluit hebben genomen. Ingevolge artikel 17.1 van de Telecomwet is de rechtbank te Rotterdam de (in beroep) bevoegde rechter.
66. Het vierde lid van artikel 5.2 bevat naar het oordeel van Vewin en EnergieNed de voor de onderhavige problematiek meest belangrijke bepaling. Dit lid luidt:

“De gemeenteraad stelt bij verordening in ieder geval regels vast inzake:

- a. het tijdstip, voorafgaande aan het verrichten van de werkzaamheden, waarop de melding uiterlijk moet zijn gedaan;*
- b. de gegevens die bij de melding moeten worden verstrekt waaronder het uitvoeringsplan;*
- c. de wijze van uitvoering bij aanleg, onderhoud, verplaatsing en opruiming en van medegebruik van voorzieningen.”*

67. Ook hier gaat het weer om een imperatief voorschrift. De gemeenteraad is verplicht de in dit lid bedoelde verordening, dat wil zeggen wettelijke voorschriften, vast te stellen en mag zich dus niet aan zijn coördinatieverantwoordelijkheden onttrekken! Hier is zelfs sprake van een afdwingbare verplichting.

68. In de verordening moeten “in ieder geval” regels waarin het onder a, b, en c gestelde is opgenomen voorkomen. Die terminologie duidt erop dat geen limitatieve opsomming is gegeven van de regels die bij gemeentelijke telecommunicatieverordening kunnen worden gegeven. Er mag dus méér in worden geregeld. Vewin en EnergieNed zijn van oordeel dat het voor een juiste vervulling van de coördinatieplicht een vereiste is dat in de gemeentelijke telecommunicatieverordening van die bevoegdheid gebruik wordt gemaakt en dat dit wellicht zelfs, gelet op de “andere belangen” zoals bedoeld in het tweede lid van dit artikel waaronder ook die van de nutsbedrijven, een afdwingbare verplichting is.

69. Voor de grenzen waaraan de gemeenteraad zich bij het vaststellen van de verplichte gemeentelijke telecommunicatieverordening heeft te houden is (slechts) het bepaalde in artikel 121 van de Gemeentewet van belang, waarin staat:

“De bevoegdheid tot het maken van gemeentelijke verordeningen blijft ten aanzien van het onderwerp waarin door wetten, algemene maatregelen van bestuur of provinciale verordeningen is voorzien, gehandhaafd, voor zover de verordeningen met die wetten, algemene maatregelen van bestuur en provinciale verordeningen niet in strijd zijn.”

70. Dat betekent niet méér of minder dan dat de gemeenteraad bevoegd is in zijn telecommunicatieverordening aanvullend te voorzien in ál die onderwerpen die in de Telecomwet niet of onvoldoende zijn geregeld, mits hij daarbij maar niet in strijd komt met hetgeen wél in de Telecomwet is geregeld.
71. Zo zal de gemeenteraad bijvoorbeeld geen bepalingen mogen vaststellen die afbreuk doen aan het algemene beginsel van gedogen, maar anderzijds bijvoorbeeld zeker mogen voorschrijven welke – objectieve – eisen bij de uitvoering van werkzaamheden in acht moeten worden genomen.
72. Daarbij valt onder meer te denken aan de bepaling dat (burgemeester en wethouders hun instemming verlenen onder de voorwaarde dat) de werkzaamheden worden uitgevoerd met inachtneming van bepaalde (NEN) normen (zoals NEN 1738 en 1739), waarin de gewenste afstanden tussen leidingen en kabels zijn aangegeven en dat, indien daaraan niet kan worden voldaan, eerst getracht moet worden overeenstemming met andere belanghebbenden zoals de nutsbedrijven te bereiken, alvorens instemming kan worden verleend. Het is daarbij van belang dat de instemming afhankelijk gemaakt wordt van de inspanning die aanbieder zich heeft getroost om deze overeenstemming te bereiken. Dat zou bijvoorbeeld uit de melding moeten blijken. Met dergelijke bepalingen zou tegemoet kunnen worden gekomen aan de gerechtvaardigde belangen van de nutsbedrijven.
73. Een gemeentelijke telecommunicatieverordening waarin deze en andere onderwerpen goed – en met inachtneming van de gedoogplicht én de andere daarbij betrokken belangen – zijn geregeld, lost naar het oordeel van Vewin en EnergieNed de bestaande problemen van alle bij het overleg betrokkenen goeddeels op waar het gaat om de toekomstige aanleg van telecomkabels. Zo'n verordening biedt immers enerzijds alle betrokkenen vóóraf de gewenste duidelijkheid en geeft voorts de mogelijkheid van het daarin gestelde ook nakoming te verlangen, hetzij privaatrechtelijk tussen de private partijen, hetzij langs de bestuursrechtelijke weg van de handhaving.
74. Op grond van het bepaalde in artikel 125 lid 1 van de Gemeentewet is immers het gemeentebestuur bevoegd tot toepassing van bestuursdwang, dat wil zeggen tot

“het door feitelijk handelen (...) optreden tegen hetgeen in strijd met bij of krachtens enig wettelijk voorschrift gestelde verplichtingen is of wordt gedaan, gehouden of nagelaten” (artikel 5:21 Awb). Gekozen kan ook worden voor de last onder dwangsom die onder de gegeven omstandigheden vermoedelijk effectiever is.

Artikel 5.3 van de Telecomwet

75. Hiervoor is artikel 5.3 van de Telecomwet al even ter sprake geweest. Dit artikel is voor dit position paper minder van belang, omdat hierin is bepaald dat de aanbieder met degene op wie een gedoogplicht rust ten aanzien van de aanleg en instandhouding van interlokale en internationale kabels in niet openbare gronden als bedoeld in artikel 5.1 lid 2 streeft naar overeenstemming over de plaats en wijze van uitvoering van het werk. Dit levert voor de nutsbedrijven minder vaak een probleem op dan het leggen van kabels in openbare gronden. Voorts hangt het af van het al of niet aanwezig zijn van een (beperkt) zakelijk recht van de nutsbedrijven ten aanzien van de grond waarin hun kabels en leidingen liggen of de nutsbedrijven kunnen worden aangemerkt als gedoogplichtige in de zin van dit artikel. Indien dat echter het geval is dient de aanbieder ook te streven naar overeenstemming met het nutsbedrijf over de plaats van de telecomkabel(s) en de wijze van de uitvoering van het werk. Bovendien is in een geschillenregeling voor het geval geen overeenstemming wordt bereikt voorzien.

76. De in dit position paper besproken problematiek komt voort uit het gegeven dat de aanbieder géén soortgelijke verplichting heeft ten aanzien van de gedoogplichtige als bedoeld in artikel 5.1 lid 1 van de Telecomwet. In dat kader behoeft artikel 5.3 van de Telecomwet geen verdere bespreking.

Artikel 5.4 van de Telecomwet

77. Het recht op schadevergoeding, verband houdend met de gedoogplicht, bedoeld in artikel 5.1 Telecomwet, is in artikel 5.4 van de Telecomwet voor eigenaren en beheerders van openbare gronden beperkt tot vergoeding van de kosten van de voorzieningen en de meerdere kosten van het onderhoud.

78. Nutsbedrijven zijn veelal niet de eigenaar of beheerder van de (openbare) gronden waarin hun kabels en leidingen zich bevinden. Niettemin lijden ook zij schade door de beperkingen die de gedoogplicht met zich brengt. Vewin en EnergieNed menen dat ook dergelijke schade dient te worden vergoed.
79. Immers, het recht op schadevergoeding is in artikel 5.1 lid 1 niet beperkt tot eigenaren en beheerders van openbare gronden. Er staat in zijn algemeenheid dat eenieder, “onverminderd het in dit hoofdstuk geregelde recht op schadevergoeding”, een gedoogplicht heeft. Dat ter zake van andere gedoogplichtigen dan eigenaren en beheerders geen specifieke bepaling terzake van de omvang van de schadevergoedingsverplichting in hoofdstuk 5 van de Telecomwet voorkomt, betekent naar het oordeel van Vewin en EnergieNed niet dat deze andere gedoogplichtigen géén recht op schadevergoeding zouden hebben, maar slechts dat geen beperking ter zake van de schadevergoeding geldt. De schade moet aan de overige gedoogplichtigen dus volledig worden vergoed.
80. In deze opvatting zien Vewin en EnergieNed zich gesteund door de OPTA. In de meest actuele versie van “veel gestelde vragen met betrekking tot het gedogen van kabels; versie januari 2002” komt de volgende passage voor:

“Heeft een gedoogplichtige recht op schadevergoeding:

Ja, maar dit recht beperkt zich voor eigenaren en beheerders van openbare grond tot een vergoeding van de kosten van voorzieningen en van de meerkosten van onderhoud. De wet stelt dat de schadenota dient te kunnen worden verantwoord. Als de aanbieder en de beheerder/eigenaar van openbare grond het niet eens worden over de hoogte van de schade kunnen zij bij de kantonrechter in wiens ambtsgebied de gemeente zich bevindt een procedure aanspannen, zie art. 5.9.

Wat betreft eigenaren van niet-openbare grond stelt de Telecomwet eveneens dat er recht is op schadevergoeding, maar hieraan zijn geen restricties verbonden, zoals dit voor openbare grond gebeurt. OPTA concludeert hieruit dat

de wetgever beoogt dat de gedoogplichtige een volledige schadevergoeding dient te ontvangen. Art. 5.9 Tw blijft van toepassing.”

81. Als de OPTA ten aanzien van eigenaren van niet openbare grond concludeert dat deze recht hebben op volledige schadevergoeding, dan valt uiteraard niet in te zien dat dit niet zou gelden ten aanzien van alle andere gedoogplichtigen dan de in artikel 5.4 van de Telecomwet besproken eigenaren en beheerders van openbare gronden. Uitsluitend ten aanzien van deze gedoogplichtigen is immers in de Telecomwet het recht op schadevergoeding beperkt.

Artikelen 5.5 en 5.6 van de Telecomwet

82. De gedoogplicht in artikel 5.5. van de Telecomwet levert op dit moment in de praktijk voor de nutsbedrijven geen problemen op, evenmin als het bepaalde in artikel 5.6 van de Telecomwet, zodat deze artikelen hier niet worden besproken.

Artikel 5.7 van de Telecomwet

83. Artikel 5.7 van de Telecomwet luidt:

- “-1. De aanbieder van een openbaar telecommunicatienetwerk of van een omroepnetwerk is verplicht op eigen kosten tot verplaatsing van kabels ten dienste van het netwerk over te gaan, indien de verplaatsing nodig is voor de oprichting van gebouwen of de uitvoering van werken door of vanwege degenen op wie de gedoogplicht rust.*
- 2. In andere gevallen dan bedoeld in het eerste lid, gaat de aanbieder, bedoeld in het eerste lid, slechts over tot verplaatsing indien de verzoeker hem de kosten daarvan vergoedt.*
- 3. Bij gebreke van overeenstemming over de kosten bedoeld in het eerste of het tweede lid, is artikel 5.3, tweede en derde lid, van overeenkomstige toepassing.”*

84. Het gedoogplichtige nutsbedrijf kan dus op grond van dit artikel van de aanbieder eisen dat deze op eigen kosten zijn kabels verplaatst indien dat nodig is voor de uitvoering van werken door of vanwege het nutsbedrijf.
85. Uit de 'beslissing op bezwaar' van de OPTA inzake het geschil tussen KPN en de gemeente Lelystad¹⁴ valt af te leiden dat de OPTA van oordeel is dat het zinsgedeelte "de uitvoering van werken" niet te beperkt moet worden uitgelegd en dat onder omstandigheden onder "werken" ook "werkzaamheden" kunnen worden verstaan. Het kan daarbij naar het oordeel van Vewin en EnergieNed dus ook gaan om onderhouds- of reparatiewerkzaamheden, dan wel andere werkzaamheden zoals de aanleg van nieuwe aansluitingen.
86. Het moet wel gaan om werken of werkzaamheden waarvoor de verplaatsing van de kabels noodzakelijk is, in die zin dat zonderdien de werken of werkzaamheden niet kunnen worden uitgevoerd.
87. Voorts moet de noodzakelijkheid voor de werken objectief zijn gegeven¹⁵, zodat bijvoorbeeld een esthetisch motief voor de uitvoering van de werken niet voldoende is. In de hiervoor aangehaalde uitspraak besliste de OPTA dat van een plicht tot het verplaatsen van de kabels sprake is indien van de betrokken gedoogplichtige in redelijkheid niet kan worden gevergd dat hij de werkzaamheden uitvoert zonder dat de kabels worden verplaatst.
88. In de situatie waarin zich bovenop en rondom de kabels en leidingen van de nutsbedrijven telecomkabels bevinden zal duidelijk zijn dat zelfs de meest eenvoudige werkzaamheden (zoals het open- of dichtdraaien van afsluiters) niet kunnen worden verricht. Bij zogenaamd "gepland onderhoud" zal derhalve van de aanbieder steeds kunnen worden verlangd, dat deze de kabels op zijn kosten verlegt.

¹⁴ OPTA, beslissing op het bezwaar van KPN d.d. 25 juni 2001 tegen de beslissing van de OPTA van 9 mei 2001 in het geschil tussen de gemeente Lelystad en KPN.

¹⁵ Pres. Rb. Maastricht, 21 maart 2001, ELRO nr. AB0667.

89. Dat zo zijnde is het ook ten zeerste in het belang van de aanbieders dat hun kabels van meet af aan voldoende afstand tot de kabels en leidingen van de nutsbedrijven houden.
90. Niettemin komt het in de praktijk stelselmatig voor dat ten behoeve van de uitvoering van werkzaamheden aan de kabels en leidingen van nutsbedrijven telecomkabels moeten worden verlegd. Daarbij doen zich drie hoofdproblemen voor.
91. In de eerste plaats geldt dat in geval van calamiteiten zoals een kabel- of leidingbreuk de komst van de aanbieder in feite niet kan worden afgewacht. De Telecomwet voorziet er echter niet in dat de nutsbedrijven de telecomkabels of mantelbuizen zélf verplaatsen of optillen als zij met heel veel spoed werkzaamheden aan hun kabels of leidingen moeten verrichten. Dat willen de nutsbedrijven zélf ook niet, omdat zij geen enkel risico willen lopen dat zij in die situatie aansprakelijk kunnen worden gehouden voor schade die aan de kabels wordt veroorzaakt doordat zij deze noodgedwongen moeten verplaatsen.
92. Alhoewel Vewin en EnergieNed van mening zijn dat de aanbieders door hun kabels bovenop de kabels en leidingen van nutsbedrijven te leggen bewust het risico van de noodzaak tot verplaatsing door de nutsbedrijven in geval van calamiteiten aanvaarden en daarmee ook het risico van beschadiging van die kabels, levert dit dus in de praktijk een probleem op dat moet worden opgelost. Daartoe zal een wetswijziging noodzakelijk zijn, die erin voorziet dat de nutsbedrijven ook zélf gerechtigd zijn om in spoedgevallen op kosten van de aanbieder en voor diens risico de telecomkabels te (doen) verleggen.
93. In de tweede plaats is een veelvuldig voorkomend probleem, dat veelal niet of niet tijdig valt te achterhalen welke aanbieder terzake van de desbetreffende telecomkabels moet worden aangesproken. Kabels zijn immers overdraagbaar, terwijl er ook geen registratieplicht bestaat.
94. Een derde probleem is, dat de nutsbedrijven veelal vóóraf niet weten wáár de telecomkabels zich precies bevinden bij gebreke van adequate registratie. Dat

betekent dat zij zich er dan ook niet vooraf van kunnen vergewissen of zij een aanbieder moeten vragen zorg te dragen voor de verlegging van de kabels.

95. De hiervoor genoemde problemen kunnen naar Vewin en EnergieNed menen in beginsel in het kader van de gemeentelijke telecommunicatieverordening worden opgelost, behoudens uiteraard het zélf (doen) verrichten van de verlegging van de kabels. Die mogelijkheid – en dus de hiervoor genoemde wetswijziging – is echter niet noodzakelijk als de gemeentelijke verordening voorschrijft dat de kabels voldoende afstand moeten houden van de kabels en leidingen van de nutsbedrijven. Dat dat naar haar oordeel mogelijk is onder de huidige wetgeving hebben Vewin en EnergieNed hiervoor al uiteengezet.
96. Voorts dient in de verordening of in de wet voor de aanbieder de verplichting tot registratie te worden opgenomen, niet alleen voor wat betreft de exacte locatie van de kabels, maar óók van het gegeven wie de aanbieder is die de kabel (of mantelbuis) in eigendom c.q. gebruik of beheer heeft. Dat betekent dat de verordening en het instemmingsbesluit moeten voorzien in de plicht van de aanbieder om eigendoms- of beheersoverdracht c.q. ingebruikgeving aan een andere aanbieder te doen registreren. Bij voorkeur zou een dergelijke registratie landelijk en centraal moeten geschieden. Dat kan als de gemeenten in hun respectievelijke telecommunicatieverordeningen hetzelfde centrum aanwijzen.
97. Het Kabels en Leidingen Informatie Centrum (KLIC) zou als zodanig kunnen worden aangewezen. Het KLIC is in het leven geroepen om de gegevensuitwisseling tussen gravers met hun opdrachtgevers enerzijds en de deelnemende kabel- en leidingbeheerders anderzijds te stimuleren. Het centrum stoelt op het beginsel dat de eigenaren/beheerders van kabels en leidingen weten waar die precies zijn gelegd en dat deze hun aanwezigheid in de desbetreffende kaartvierkanten graag in ieders belang aan KLIC doorgeven. Het KLIC is een stichting waarin nutsbedrijven, overheden, particuliere bedrijven met ondergrondse belangen en waterschappen deelnemen. Het is er de nutsbedrijven veel aan gelegen dat hun kabels en leidingen intact blijven. Een optimale afstemming tussen de kabel- en leidingbeheerders enerzijds en uitvoerders van graafwerkzaamheden

anderzijds is van essentieel belang ter voorkoming van schade bij graafwerkzaamheden.

98. Het KLIC gaat er vanuit dat een ieder die graafplannen heeft deze bij het KLIC meldt, waarop het KLIC uitzoekt welke kabel- en leidingbeheerders terplekke ondergrondse belangen kunnen hebben. Vervolgens brengt het KLIC deze beheerders op de hoogte van de graafplannen en van degene die de graafplannen heeft. Deze beheerders informeren de uitvoerder van het werk over de ligging van hun kabels en leidingen zodat de uitvoerder met behulp van deze informatie de nodige voorzorgsmaatregelen kan treffen.
99. Dit uit zelfregulering ontstane afstemmingsmechanisme is een goed initiatief, maar de effectiviteit ervan is momenteel in sterke mate afhankelijk van de discipline van degenen die graafwerkzaamheden verrichten om die werkzaamheden bij KLIC te melden en de discipline van hen die kabels en leidingen in de grond hebben om de aanwezigheid daarvan te melden aan het KLIC. Het is immers vooralsnog een particulier initiatief waarvan het voor niemand verplicht is om er gebruik van te maken. Dit kan anders worden door de registratie bij de gemeentelijke telecommunicatieverordening of bij wet verplicht te stellen.

Concluderend kan dan ook worden gesteld dat weliswaar niet alle problemen waarmee de nutsbedrijven in het verleden zijn en thans nog worden geconfronteerd zullen kunnen worden opgelost door een betere vervulling door de onderscheiden gemeenten van hun wettelijke coördinatieplicht, maar dat niettemin een zeer belangrijk deel van de problematiek voor de toekomst kan worden voorkomen door een betere vervulling van die plicht, en dan met name door een gemeentelijke telecommunicatieverordening waarin afstandsnormen en verplichtingen tot registratie van de exacte locatie van de kabels en de beschikkingsmacht ter zake zijn opgenomen, alsmede adequate handhaving daarvan.

Vewin en EnergieNed, juli 2002