

Richtlijn Telecommunicatiewet

Hoofdstuk 5

Praktische handvatten

De Bouw 105
3991 SZ Houten

T: 030 - 687 63 67
F: 030 - 666 84 47

legal@roosenbijl.nl
legal.roosenbijl.nl

KvK 30140270
Deutsche Bank
NL62DEUT0609584812
BTW 8060.66.921.B.01

Opdrachtgever:	Gemeenten Brummen, Deventer, Epe, Olst-Wijhe en Raalte
Auteur(s):	mr. J. van Bloois mr. N.O.C. Hagnauer
Versie:	1.0
Status:	Definitief
Kenmerk:	2015-72
Plaats, datum:	Houten, 15 september 2015



Handtekeningen register

Opsteller van rapportage Naam: J. van Bloois	Handtekening: 	Datum: 15-09-02015
Rapportage gecontroleerd door Naam: L. van Raaij	Handtekening: 	Datum: 15-09-02015
Kwaliteitsmanager Naam: H. Bijl	Handtekening:	Datum: 15-09-02015

Versiebeheer

1.0	15-09-2015	Enkele aanpassingen op aanvraag.	Diversen
0.1	02-07-2015	-	-/-
Versie	Datum	Aanpassing	Pagina

Disclaimer

Niets uit dit advies mag worden veeelvoudigd, opgeslagen in een geautomatiseerd gegevensbestand, of openbaar gemaakt, in enige vorm of op enige wijze, hetzij elektronisch, mechanisch, door fotokopieën, opnamen of op enige andere manier zonder voorafgaande schriftelijke toestemming van Roos+Bijl Legal.

Dit advies is opgesteld op basis van de specifieke aan dit advies ten grondslag liggende feiten en omstandigheden. Het overnemen van (een) gedeelte(n) uit dit advies in andere werken e.d. geschiedt geheel voor eigen risico van degene(n) voor wie dit advies is bestemd. Roos+Bijl Legal aanvaardt geen enkele aansprakelijkheid in dit verband.



Inhoudsopgave

1.	Inleiding	4
2.	Op wie is de Telecommunicatiewet van toepassing?	5
2.1.	Aanbieder	5
2.2.	Gedoogplichtige	5
2.3.	Gemeente	5
3.	Wettelijke gedoogplicht/graafrecht	6
3.1.	Wie moet wat gedogen?	6
3.2.	Restricties op het graafrecht	7
4.	Aanleg, instandhouding en opruiming	9
4.1.	Overeenstemming met de gedoogplichtige	9
4.2.	Instemming van burgemeester en wethouders	9
4.3.	Redelijk verzoek tot medegebruik van voorzieningen	11
4.4.	Voorschriften bomen en beplantingen	11
4.5.	Schadevergoeding	11
5.	Nemen van maatregelen aan telecomkabels	12
5.1.1.	Maatregelen op kosten van de aanbieder	12
5.1.1.1.	Noodzaak door of vanwege gedoogplichtige	13
5.1.1.2.	Noodzaak vanwege projectontwikkeling	14
5.1.1.3.	Verandering van de bestemming (en daardoor de gedoogplicht)	14
5.1.2.	Uitzonderingen op maatregelen op kosten van de aanbieder	15
6.	Overige zaken	16
6.1.	Ernstige belemmeringen en storingen	16
6.2.	Belangen gemeente in openbare communicatienetwerken	16
6.3.	Rechtsbescherming	16



1. Inleiding

De openbare telecomkabel wordt – althans volgens de wetgever – gezien als de belangrijkste infrastructuur in de ondergrond. Er is namelijk een hele wet voor deze kabels in het leven geroepen, waarin sterke rechten opgenomen zijn voor degene die dergelijke netten aanlegt (gedoogplichten). Daar staan echter ook sterke regels tegenover voor de grondeigenaar die de telecomkabels moet gedogen. In deze Richtlijn is een toelichting gegeven op de (meest relevante) voorschriften van hoofdstuk 5 van de Telecommunicatiewet. Dit hoofdstuk richt zich op de wettelijke gedoogplicht en de daarmee samenhangende aanleg, instandhouding en opruiming van openbare elektronische telecominfrastructuur. Bovendien is hoofdstuk 5 van de Telecommunicatiewet voor een belangrijk deel gewijd aan de regierol voor gemeenten. De regierol – ook wel de gemeentelijke coördinatieplicht genoemd – houdt kort gezegd in dat een aanbieder van een openbaar elektronisch communicatienetwerk zonder de gemeentelijke goedkeuring geen werkzaamheden mag verrichten.

De Telecommunicatiewet is van toepassing op kabels die geheel of grotendeels ten dienste staan van een openbaar elektronisch communicatienetwerk in of op openbare gronden. De kabels kunnen zowel van landelijke aanbieders zijn (zoals KPN, Ziggo en UPC), als van 'kleine' lokale aanbieders. Hoofdzakelijk worden deze kabels gebruikt voor het doorgeven van internet-, telefonie en televisiesignalen.

De opzet van deze Richtlijn is als volgt. In hoofdstuk 2 wordt antwoord gegeven op de vraag op wie de Telecommunicatiewet van toepassing is, waarna in hoofdstuk 3 wordt ingegaan op de vraag wat de wettelijke gedoogplicht omtrent de aanleg, het in stand houden en opruimen van kabels ten dienste van een openbaar elektronisch communicatienetwerk precies inhoudt. Vervolgens wordt in hoofdstuk 4 ingegaan op de vraag welke voorschriften er gelden voor de aanleg van kabels ten dienste van openbare elektronische telecominfrastructuur. Daarna wordt antwoord gegeven op de vraag welke regels er gelden bij (noodzakelijke) verleggingen van telecomkabels en de kostenverdeling. Tenslotte wordt in hoofdstuk 6 de overige zaken rondom de wettelijke gedoogplicht en de daarmee samenhangende aanleg, instandhouding en opruiming van kabels ten dienste van openbare elektronische telecominfrastructuur besproken.



2. Op wie is de Telecommunicatiewet van toepassing?

De Telecommunicatiewet richt zich tot de aanbieder van een openbaar elektronisch communicatienetwerk, degene op wie de gedoogplicht rust (kortom: de gedoogplichtige) en de gemeente. Daarnaast heeft de Autoriteit Consument & Markt (hierna: de ACM) een toezichthoudende taak op basis van de Telecommunicatiewet. Hierna wordt achtereenvolgens stilgestaan bij de (rechts)positie van de aanbieder (paragraaf 2.1), de (rechts)positie van de gedoogplichtige (paragraaf 2.2) en de rol van de gemeente (paragraaf 2.3). De rol van de ACM wordt zijdelings besproken.

2.1. Aanbieder

De Telecommunicatiewet verstaat onder *aanbieder* degene die een openbaar elektronisch communicatienetwerk in of op openbare gronden bouwt, exploiteert, beheert en beschikbaar stelt voor het aanbieden van openbare elektronische telecommunicatiediensten (internet, telefonie, televisie, WhatsApp enzovoorts). In hoofdstuk 5 wordt onder een *aanbieder* mede verstaan degene die in eigen naam en voor eigen rekening kabels ten dienste van een dergelijk netwerk aanlegt, in stand houdt en opruimt (artikel 5.1 van de Telecommunicatiewet).

2.2. Gedoogplichtige

De Telecommunicatiewet verstaat onder *gedoogplichtige* de rechthebbende op of beheerder van openbare grond(en). Onder rechthebbende kan onder meer een eigenaar, huurder, of pachter van de grond vallen. De beheerder van openbare gronden kan bijvoorbeeld een gemeente of een provincie zijn. De situaties waarin een grondeigenaar of beheerder gedoogplichtig is worden hierna in hoofdstuk 3 uiteengezet, waarbij ook wordt ingegaan op de grenzen van de gedoogplicht.

2.3. Gemeente

In hoofdstuk 5 van de Telecommunicatiewet is een regierol neergelegd voor gemeenten inzake de werkzaamheden in verband met de aanleg, de instandhouding en de opruiming van openbare elektronische telecominfrastructuur. De gemeentelijke coördinatieplicht houdt kort gezegd in dat een aanbieder van een openbaar elektronisch communicatienetwerk zonder de gemeentelijke goedkeuring geen werkzaamheden mag verrichten. Artikel 5.4 lid 1 Tw bepaalt namelijk dat een aanbieder van een openbaar elektronisch communicatienetwerk pas mag overgaan tot het uitvoeren van werkzaamheden in verband met de aanleg, instandhouding en opruiming van telecomkabels, nadat hij z'n voornemen hiertoe schriftelijk heeft gemeld bij burgemeester en wethouders van de gemeente en laatstgenoemden instemmen met de plaats, het tijdstip en de wijze van uitvoering van de werkzaamheden middels een instemmingsbesluit. De coördinerende rol van de gemeente beperkt zich niet tot gronden waar de gemeente zelf gedoogplichtig is! Ook als een telecomkabel in openbare gronden (of wateren) van een ander wordt aangelegd (waterschap, provincie, Rijk), dan is de gemeente degene die instemming dient te verlenen, omdat ook dit openbare gronden zijn.

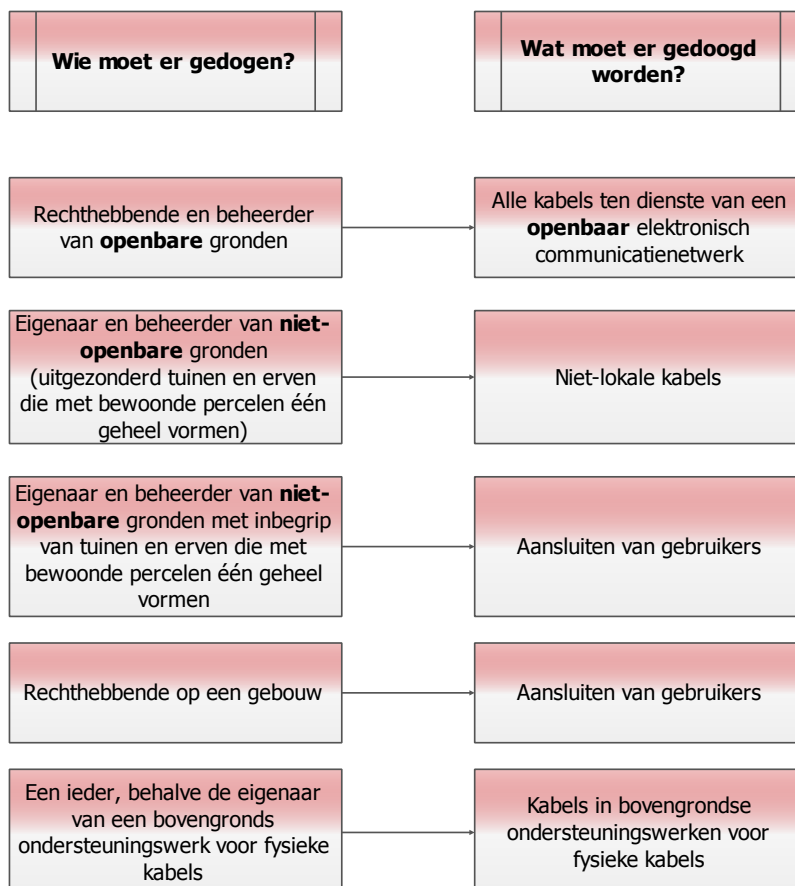


3. Wettelijke gedoogplicht/graafrecht

In de Telecommunicatiewet draait het om de wettelijke gedoogplicht aangaande de aanleg, instandhouding en opruiming van kabels ten dienste van een openbaar elektronisch communicatienetwerk. De gedoogplicht is neergelegd in artikel 5.2 van de Telecommunicatiewet – ook wel het graafrecht genoemd vanuit de positie van de aanbieder – en houdt in dat de rechthebbende op of beheerder van openbare gronden moet gedogen dat kabels ten dienste van een openbaar elektronisch communicatienetwerk in of op deze gronden worden aangelegd, in stand gehouden of opgeruimd. De gedoogplicht maakt dus een grove inbreuk op het eigendomsrecht van de gedoogplichtige. Zodoende bevat de Telecommunicatiewet strenge vereisten voor een aanbieder voor het aanleggen, in stand houden en opruimen van diens telecomnetwerk.

3.1. Wie moet wat gedogen?

Niet alles behoeft gedoogd te worden. Het ligt aan de positie van de grondeigenaar, maar vooral ook aan het doel en de uitvoering van de kabel of er gedoogd dient te worden. In het onderstaande schema wordt weergegeven wie er wat dient te gedogen.¹ Wat er precies onder 'kabel' wordt verstaan wordt daarna toegelicht.



¹ Dit volgt uit artikel 5.2 van de Telecommunicatiewet.



De definitie van kabels in de zin van Telecommunicatiewet staat in artikel 1.1, aanhef en onder z van de Telecommunicatiewet. Onder de gedoogplicht vallen ook de bijbehorende ondersteunings- en beschermingswerken, signaalinrichtingen, inrichtingen om verbindingen tot stand te brengen tussen kabels in, op of boven openbare gronden enerzijds, kabels in gebouwen en daarmee één geheel vormende gronden anderzijds.

Lokale kabels zijn de kabels die worden aangelegd vanaf de netwerkaansluitpunten naar de (dichtstbijzijnde) lokale netwerkcentrale. De netwerkaansluitpunten verbinden de lokale kabels van het aansluitnet met de lokale netwerkcentrale.

De wettelijke gedoogplicht van telecomkabels heeft niet alleen betrekking op kabels in de letterlijke zin van het woord, maar geldt ook voor bepaalde bouwwerken aangezien deze ook onder de definitie van 'kabels' vallen. De in de wet genoemde bouwwerken zijn onder andere elektrische en optische versterkers voor de overdracht van signalen, kabelverdeekasten, ook wel "POP-stations" of "meet me room" genoemd, en handholes (in paragraaf 4.2. is een afbeelding van een kabelverdeekast opgenomen).²

3.2. Restricties op het graafrecht

Er zijn grenzen verbonden aan het graafrecht van de aanbieder. Zo mag de aanleg, instandhouding en opruiming van telecomkabels geen verandering teweegbrengen in de bestemming van gronden, gebouwen en wateren (artikel 5.2 lid 6 onder a Tw). Zo moet bijvoorbeeld landbouwgrond ook na de aanleg, instandhouding of opruiming van telecomkabels gebruikt kunnen worden als landbouwgrond. Daarnaast bepaalt artikel 5.2 lid 6 onder b Tw dat zo min mogelijk verandering in de uiterlijke gedaante van gronden, gebouwen en wateren mag worden aangebracht en zo min mogelijk belemmering in het gebruik van gronden, gebouwen en wateren mag worden teweeggebracht. Dat betekent dat degene die aanlegt, in stand houdt of opruimt bij het uitvoeren van de werkzaamheden – binnen de grenzen van het redelijke – er 'alles' aan moet doen om de gedoogplichtige zo min mogelijk te hinderen in het gebruik van de grond of het gebouw.³

Ook dient de aanbieder van een openbaar elektronisch communicatienetwerk zijn telecomkabels aan te leggen conform de voorschriften en instructies van burgemeester en wethouders (in het kader van de publieke belangen). Bovendien dient de aanbieder zoveel als redelijkerwijs mogelijk gebruik te maken van reeds aanwezige voorzieningen om zodoende de hinder in het gebruik van gronden of gebouwen tot een minimum te beperken.

Op welk moment kabels die worden aangelegd onderdeel van een openbaar elektronisch communicatienetwerk moeten gaan uitmaken, bepaalt de wet niet. De wet bepaalt wel dat de gedoogplicht vervalt wanneer een telecomkabel gedurende een periode van 10 jaar geen deel uitmaakt van een openbaar elektronisch communicatienetwerk (artikel 5.2 lid 8 Tw). Dit betekent dat de grondeigenaar na 10 jaar mag eisen dat de kabels worden verwijderd. Ook lijkt het mogelijk om vanaf dat moment een vergoeding te vragen voor

² *Kamerstukken II 2004/05, 29 834, nr. 3, p. 46.*

³ Dit volgt met zoveel woorden uit de memorie van toelichting; *Kamerstukken II 2004/05, 29 834, nr. 3, p. 49.*



de ligging. Een aanbieder is verplicht schriftelijk aan de gedoogplichtige te melden wanneer hij telecomkabels in of uit gebruik neemt (artikel 5,2 lid 9). Dit geeft de gedoogplichtige de mogelijkheid om vast te stellen of hij de kabels nog langer moet gedogen.

Op voorzieningen die voor de inwerkingtreding van de Telecommunicatiewet zijn aangelegd en die niet in gebruik zijn, is overgangsrecht op van toepassing (artikel 20.5 lid 2). Op basis hiervan geldt ten aanzien van deze voorzieningen een gedoogplicht tot 1 januari 2018, tenzij de instandhouding van deze voorzieningen de instandhouding van andere reeds in de grond aanwezige werken in gevaar brengt of ernstig hindert.



4. Aanleg, instandhouding en opruiming

Bij de aanleg en het opruimen van openbare telecomkabels dient de aanbieder rekening te houden met alle gedoogplichtigen en met hen overeenstemming te bereiken (4.1). Daarnaast is de aanbieder, als de kabel in openbare gronden wordt gelegd of opgeruimd, verplicht om instemming te verkrijgen van het college van burgemeester en wethouders (4.2).

4.1. Overeenstemming met de gedoogplichtige

Wanneer een aanbieder van een openbaar elektronisch communicatienetwerk het voornemen heeft om werkzaamheden uit te voeren in verband met de aanleg, instandhouding of opruiming van kabels, dient hij de gedoogplichtige daarvan schriftelijk in kennis te stellen (artikel 5.3 lid 1 Tw). Bovendien is de aanbieder verplicht om met de gedoogplichtige te streven naar overeenstemming over de plaats, het tijdstip en de wijze van uitvoering van de werkzaamheden. Dit wetsartikel is bedoeld om de private belangen van de gedoogplichtige bij de werkzaamheden in verband met de aanleg enzovoorts van telecomkabels te betrekken. Hierbij kan gedacht worden aan afspraken over voorzieningen die getroffen moeten worden (mede) in het kader van de veiligheid, zoals het plaatsen van loopplanken en hekken.⁴ Dit artikel geldt ook voor een gemeente, maar primair dient er door de gemeente gebruik te worden gemaakt van het instemmingsbesluit (artikel 5.4 Tw). Pas als deze optie niet voldoende blijkt te zijn, kan teruggevallen worden op artikel 5.3 van de Telecommunicatiewet. Dat is het geval als het afwegingskader dat artikel 5.4 biedt (zie hierover paragraaf 4.2.) tekortschiet en de gemeente gebruik wil maken van haar positie als grondeigenaar, rechthebbende. Hierbij valt bijvoorbeeld te denken aan de situatie dat de gemeente als rechthebbende wilt dat door de aanbieder schade wordt voorkomen aan haar eigendommen. Dit betreft een belang dat niet als voorschrift in het instemmingsbesluit als voorschrift opgenomen kan worden.⁵ Ook hiervoor is de gemeente aangewezen op artikel 5.3 Tw.

4.2. Instemming van burgemeester en wethouders

Voor de aanleg, instandhouding en opruiming van kabels in of op openbare gronden moet de aanbieder instemming van burgemeester en wethouders hebben (artikel 5.4 lid 1 Tw). Hiertoe dient de aanbieder zijn voornemen schriftelijk te melden bij het college van burgemeester en wethouders. De instemming moet betrekking hebben op de plaats, het tijdstip en de wijze van uitvoering van de werkzaamheden.

Deze instemming geldt niet alleen voor ondergrondse kabels, maar ook voor bepaalde bouwwerken aangezien deze ook onder de definitie van 'kabel' vallen. De in de wet genoemde bouwwerken zijn onder andere elektrische en optische versterkers voor de overdracht van signalen, kabelverdeelkasten en handholes. Kabelverdeelkasten worden met naam en toenaam genoemd in de Memorie van Toelichting als inrichting die onderdeel uitmaken van een 'kabel' (ook wel "POP-stations" of "meet me room"

⁴ *Kamerstukken II 2004/05, 29 834, nr. 3, p. 51.*

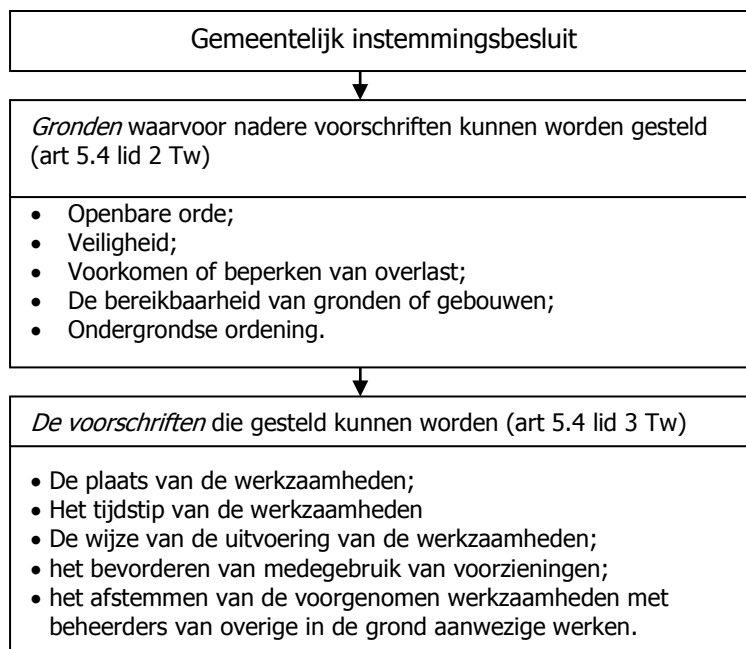
⁵ In een instemmingsbesluit kunnen uitsluitend voorschriften opgenomen worden ter zake van de publieke belangen die in artikel 5.4 lid 2 Tw benoemd zijn. Zie hierover paragraaf 4.1.2.



genoemd).⁶ Hieronder is als voorbeeld een afbeelding van een kabelverdeelkast opgenomen.



Bij het afgeven van een instemmingsbesluit kan de gemeente als gezegd rekening houden met publieke belangen (artikel 5.4 lid 2 Tw). Hiertoe kan het college van burgemeester en wethouders voorschriften verbinden aan het instemmingsbesluit (artikel 5.4 lid 3 Tw).⁷ In het onderstaande schema wordt weergegeven voor welke gronden zij dit kan doen en welke voorschriften hiervoor gelden.



⁶ *Kamerstukken II* 2004/05, 29 834, nr. 3, p. 46.

⁷ Wanneer een kabelverdeelkast groter is dan 15m² dient er bovendien een omgevingsvergunning voor het bouwen te worden aangevraagd. Hiervoor gelden dan de afwegingskaders uit de Wet algemene bepalingen omgevingsrecht.



De gemeente heeft in haar AVOI en Nadere regels verdere invulling gegeven aan de gronden en voorschriften die worden genoemd in het schema.

4.3. Redelijk verzoek tot medegebruik van voorzieningen

De aanbieder dient zo min mogelijk verandering in de uiterlijke gedaante teweeg te brengen en zo min mogelijk hinder te veroorzaken in het gebruik van de grond of het gebouw.⁸ Hiertoe heeft de wetgever de gedoogplichtige de mogelijkheid gegeven om een aanbieder te verzoeken gebruik te maken van reeds in de grond aanwezige voorzieningen die ten dienste staan van een openbaar elektronisch communicatienetwerk (artikel 5.2 lid 7 jo. lid 6 Tw). Voorwaarde is wel dat de gedoogplichtige of een derde de voorzieningen voor een marktconforme prijs ter beschikking stelt en het medegebruik van de voorzieningen technisch mogelijk is.

4.4. Voorschriften bomen en beplantingen

De aanbieder is gehouden om zoveel mogelijk beschermende maatregelen te nemen met betrekking tot bomen of beplantingen en dient ervoor te waken dat de mogelijkheid tot groei niet wordt ontnomen (artikel 5.10 Tw). Dit om het voortbestaan van bomen en beplantingen zo min mogelijk in gevaar te brengen.

Daartegenover staat dat de rechthebbenden op bomen of beplantingen of de beheerders van de grond waarop de bomen of beplantingen zich bevinden op schriftelijk verzoek van de aanbieder binnen twee weken de wortels daarvan moet inkorten, voor zover deze redelijkerwijs hinderlijk zijn of worden voor de instandhouding van de kabels ten dienste van het telecomnetwerk waardoor de exploitatie van het netwerk in gevaar komt (artikel 5.11 lid 1 Tw).

In geval van ernstige belemmering of storing van de communicatie kan de aanbieder van een openbaar elektronisch communicatienetwerk zelf onmiddellijk tot het inkorten van wortels overgegaan. Hiervan dient de aanbieder de rechthebbende of de beheerder uiterlijk de dag erna schriftelijk in kennis te stellen (artikel 5.11 lid 2 Tw).

Tenslotte heeft de rechthebbende of beheerder van de bomen of beplantingen recht op schadevergoeding voortvloeiend uit het inkorten van wortels (artikel 5.11 lid 3 Tw). De regels met betrekking tot schadevergoeding heeft de gemeente vastgesteld in de Nadere regels.

4.5. Schadevergoeding

Artikel 5.7 lid 1 Tw bepaalt dat de aanbieder van een openbaar elektronisch communicatienetwerk de schade voortvloeiend uit de aanleg, instandhouding of opruiming van kabels dient te vergoeden aan de gedoogplichtige. In aanvulling hierop bepaalt artikel 5.7 lid 2 Tw dat het recht op schadevergoeding is beperkt tot vergoeding van de marktconforme kosten van de voorzieningen en van de meerdere marktconforme

⁸ Artikel 5.2 lid 6 van de Telecommunicatiewet.



kosten⁹ van onderhoud. Krachtens artikel 5.7 lid 3 Tw dient de aanbieder van een openbaar elektronisch communicatienetwerk de grond op eigen kosten terug te brengen in de oude staat, nadat de werkzaamheden ter zake van de aanleg, instandhouding en opruiming van kabels gereed zijn.

5. Nemen van maatregelen aan telecomkabels

Als gezegd maakt de wettelijke gedoogplicht een grote inbreuk op het eigendomsrecht van de gedoogplichtige. Om de belangen van enerzijds de aanbieder van een openbaar elektronisch communicatienetwerk en anderzijds degene op wie de gedoogplicht rust in evenwicht te brengen, is daarom in artikel 5.8 van de Telecommunicatiewet in het belang van de gedoogplichtige een bepaling opgenomen voor het nemen van maatregelen aan telecomkabels. Om vertraging van het nemen van maatregelen tegen te gaan, schrijft het zesde lid van dit artikel voor binnen welke termijn de aanbieder over moet gaan tot het nemen van maatregelen. Daarbij wordt onderscheid gemaakt in een tweetal situaties, te weten:

1. De telecomkabel kan blijven liggen, maar er dienen op verzoek van de gedoogplichtige maatregelen genomen te worden aan de kabel. De aanbieder dient niet later dan 16 weken na de datum van ontvangst van het verzoek over te gaan tot het nemen van maatregelen;
2. De telecomkabel moet op verzoek van de gedoogplichtige verplaatst worden naar een andere locatie. De aanbieder dient binnen 12 weken nadat een locatie waar de kabels kunnen worden gelegd beschikbaar is gekomen maatregelen te treffen.

Ad 1) In de eerste situatie is de locatie bekend en hoeft hierover geen overeenstemming bereikt te worden tussen de aanbieder en de gedoogplichtige. Daarom geldt het moment waarop de aanbieder het verzoek tot maatregelen heeft ontvangen als startmoment voor het ingaan van de 16 weken termijn. De aanbieder bepaalt zelf welke maatregelen er genomen worden.

Ad 2) In de tweede situatie moeten de aanbieder en de gedoogplichtige eerst overeenstemming bereiken over de locatie waar de telecomkabel gelegd kan worden, alvorens de aanbieder over kan gaan tot het verplaatsen van de kabel. Omdat er enige tijd overheen kan gaan voordat er een locatie beschikbaar komt waar de kabel gelegd kan worden, heeft de wetgever ervoor gekozen om voor de noodzakelijke verplaatsing van telecomkabels het moment waarop een locatie beschikbaar is gekomen als startmoment te kiezen voor het lopen van de 12 weken termijn.

5.1.1. Maatregelen op kosten van de aanbieder

Er zijn drie mogelijkheden waarbij de kosten van de te nemen maatregelen voor rekening komen van de aanbieder. Twee staan er genoemd in de wet, terwijl de derde volgt uit het stelsel van de wet. Opmerking verdient dat de criteria strikt toegepast worden en dat het

⁹ Volgens artikel 5.7 lid 4 Tw dient hieronder te worden verstaan: "*kosten zoals deze door een onderneming onder normale omstandigheden in een markteconomie op de desbetreffende markt worden gemaakt*".



peilmoment het moment van het verzoek van de gedoogplichtige betreft.¹⁰ Kort gezegd, betekent verzoeken zonder te voldoen aan alle criteria: betalen!

5.1.1.1. Noodzaak door of vanwege gedoogplichtige

(1) Een aanbieder van een openbaar elektronisch communicatienetwerk is op de eerste plaats verplicht op verzoek van de gedoogplichtige (zie schema in 3.1) maatregelen te nemen aan zijn telecomkabels dan wel deze te verplaatsen, indien deze **noodzakelijk (1)** zijn voor de oprichting van gebouwen of de **uitvoering van werken (2) door of vanwege (3)** de gedoogplichtige (artikel 5.8 lid 1 Tw).

Ad 1) De noodzaak dient te bestaan vanwege de oprichting van gebouwen of de uitvoering van werken. Van noodzaak is sprake indien objectief gezien één of meer van de volgende omstandigheden zich voordoen:

- technische onmogelijkheid om de werkzaamheden uit te voeren;
- onevenredig hoge kosten om de werkzaamheden uit te voeren;
- ernstige kans op beschadiging van de kabels door de werkzaamheden;
- ernstige belemmering aan de kant van de gedoogplichtige;
- de noodzaak kan voortkomen uit een wettelijke plicht.

Ad 2) Volgens de wetgever en de OPTA (tegenwoordig de ACM) dient onder 'de uitvoering van werken' het volgende te worden begrepen:

- het oprichten van een constructie van enige omvang, niet zijnde een gebouw, die op de plaats van bestemming hetzij direct hetzij indirect steun vindt in of op de grond (zoals een viaduct, een tunnel, een kade of een dijk); en
- de uitvoering van werkzaamheden, bijvoorbeeld het afgraven van grond, het verwijderen van riolering.

Verder blijkt uit de beschikkingen van de OPTA en de jurisprudentie dat de volgende uitgangspunten als handvat kunnen dienen, waarbij de uit te voeren werkzaamheden in samenhang bekeken moeten worden:

- alleen het planten van bomen niet, maar het planten van bomen in het kader
- van de reconstructie van een weg wel (samenhang);
- het aanleggen van kabels en leidingen;
- het accidenteren van terrein door het deels afgraven en ophogen van grond;
- het bouwrijp maken van grond ten behoeve van het bouwrijp opleveren aan een projectontwikkelaar (artikel 5.8 lid 2 Tw);
- bodemsanering.

Ad 3) Het oprichten van gebouwen of de uitvoering van werken moeten door of vanwege de gedoogplichtige plaatsvinden. Het begrip "door" levert geen problemen op. Dit betekent dat de gedoogplichtige zelf de werkzaamheden uitvoert of laat uitvoeren. Belangrijk is dat de werkzaamheden ten behoeve van de gedoogplichtige worden uitgevoerd en dat hij er zeggenschap over heeft. De

¹⁰ Rb. 's-Gravenhage 29 november 2000, 98/781; zie ook HR 16-02-2011, *LJNB*BT6685.



reconstructie van een weg van de gemeente zal bijvoorbeeld hieronder kunnen vallen.

Om aan het criterium 'vanwege' te voldoen dient er ingestemd te zijn met de werkzaamheden door de gedoogplichtige en dienen de werkzaamheden ten behoeve van hem te worden uitgevoerd. Volgens de toelichting bij de wet en de OPTA en jurisprudentie gelden hierbij de volgende criteria:

- de gedoogplichtige stemt in of geeft opdracht tot uitvoering van de werkzaamheden;
- de gedoogplichtige heeft zeggenschap over de uitvoering;
- de gedoogplichtige wordt uiteindelijk de rechthebbende;
- er een direct causaal verband dient te bestaan tussen werkzaamheden "door of vanwege" en de te nemen maatregelen;
- als de werkzaamheden slechts ten behoeve van derden worden uitgevoerd ontbreekt het causale verband.

5.1.1.2. Noodzaak vanwege projectontwikkeling

Een aanbieder is op de tweede plaats verplicht om op eigen kosten de maatregelen te treffen, wanneer bijvoorbeeld de gemeente in de hoedanigheid van gedoogplichtige jegens een derde (bijvoorbeeld een projectontwikkelaar op basis van een contract) **gehouden is (1)** de grond vrij van kabels te leveren voor het oprichten van één of meer gebouwen. Voorwaarde is wel dat de **oprichting van één of meer gebouwen (2)** op het moment van verzoek **voldoende bepaalbaar (3)** moet zijn om hierop met succes een beroep te kunnen doen.

Ad 1) De verplichting om de grond vrij van kabels te leveren moet volgen uit een overeenkomst. Uit de overeenkomst moet blijken dat de gedoogplichtige ten opzichte van een derde gehouden is de grond bouwrijp op te leveren.

Ad 2) Dit artikellid is geschreven voor het oprichten van één of meer gebouwen en is niet bedoeld voor de uitvoering van werken.. Onder gebouwen vallen in ieder geval woningen. Desalniettemin kan dit artikellid ons inziens ook toegepast worden op andere gebouwen dan woningen, omdat de wetgever de woningbouw als voorbeeld heeft gehanteerd.

Ad 3) De bouwplannen moeten voldoende bepaalbaar zijn. Om van voldoende bepaalbare bouwplannen te kunnen spreken, dient er een ontvankelijke aanvraag voor een omgevingsvergunning voor de activiteit bouwen te zijn ingediend. Dit kan worden aangetoond met een bericht van het bestuursorgaan dat de aanvraag in behandeling wordt genomen.

5.1.1.3. Verandering van de bestemming (en daardoor de gedoogplicht)

De derde en laatste optie volgt uit het stelsel van de wet en houdt in dat de grondeigenaar van de aanbieder mag eisen dat deze op eigen kosten maatregelen treft op het moment dat er een verandering in de bestemming van de grond plaatsvindt van openbaar (gedoogplicht) naar niet-openbaar (geen gedoogplicht). Dit wordt als zodanig



ook door de toenmalige OPTA onderkend.¹¹ Hierbij valt bijvoorbeeld te denken aan de situatie dat de gemeente een woonwijk laat bouwen. De grond die eerst openbaar was, wordt dan niet openbaar. Hierbij is het bestemmingsplan niet van doorslaggevend belang. Om de bestemmingsverandering van de grond van openbaar naar niet-openbaar te verwezenlijken, dient er een onttrekkingsbesluit genomen te worden door de gemeenteraad om de grond aan de openbaarheid te onttrekken. Pas dan is de grond niet-openbaar geworden en komt er een einde aan de gedoogplicht, waardoor de grondeigenaar van de aanbieder mag eisen dat deze op eigen kosten maatregelen neemt aan zijn telecomkabel.

5.1.2. Uitzonderingen op maatregelen op kosten van de aanbieder

In alle andere gevallen hoeft de aanbieder alleen over te gaan tot het nemen van maatregelen aan zijn telecomkabels, indien en voor zover de gedoogplichtige hem de kosten daarvan vergoed (artikel 5.8 lid 5 Tw). Dit kan overigens ook betekenen dat een gedeelte van de kosten voor rekening van de verzoekende partij komt. Dit is het geval als bij de te nemen maatregelen slechts gedeeltelijk voldaan wordt aan de voorgaande criteria.

Daarnaast geldt dat wanneer binnen een termijn van vijf jaar nadat een verzoek tot het nemen van maatregelen is gedaan, opnieuw een verzoek tot het nemen van maatregelen wordt gedaan door dezelfde gedoogplichtige aan de aanbieder van een openbaar elektronisch communicatienetwerk, de daarmee verbonden kosten voor rekening van die gedoogplichtige komen (artikel 5.8 lid 4 Tw).

Bovendien geldt dat wanneer de oprichting van gebouwen of uitvoering van werken niet (geheel) heeft plaatsgevonden, de aanbieder recht heeft op vergoeding van (een gedeelte van) de door hem gemaakte kosten (artikel 5.8 lid 3 Tw). Een termijn wordt niet genoemd in de wet. Aangezien een geldvordering na 5 jaar verjaart, kan aan deze termijn gedacht worden. Daarnaast moeten de partijen – rekening houdend met elkaar gerechtvaardigde belangen en de overige omstandigheden van het geval – onderling bekijken of een werk (geheel) heeft plaatsgevonden.

¹¹ *Kamerstukken II*, 2004/05, 29 834, nr. 3, p. 12; NvB OPTA 16 november 2007, kenmerk OPTA/ACNB/2008/201264, p. 3; Beleidsregels OPTA 9 juni 2008, kenmerk OPTA/ACNB/2008/201263, p. 12, nr. 49.



6. Overige zaken

6.1. Ernstige belemmeringen en storingen

Wanneer in verband met ernstige belemmering of storing van de communicatie spoedeisende werkzaamheden – bijvoorbeeld reparatiewerkzaamheden van een telecomkabel wegens een kabelbreuk – vereist zijn, kan door de aanbieder volstaan worden met een melding voorafgaand aan de uit te voeren werkzaamheden aan de gedoogplichtige (artikel 5.6 lid 1 Tw). In geval van spoedeisende werkzaamheden in openbare gronden dient de aanbieder in het kader van de openbare orde en veiligheid van de betreffende gemeente tevens *voorafgaand* aan de uit te voeren werkzaamheden melding te doen bij de burgemeester (artikel 5.6 lid 2 Tw). Indien de openbare orde of gevaar dan wel vrees voor het ontstaan van gevaar zich verzet tegen de uitvoering van de voorgenomen werkzaamheden, kan de burgemeester besluiten dat de werkzaamheden op een ander tijdstip plaatsvinden (artikel 5.6 lid 3 Tw). Om redenen van veiligheid kan de gemeenteraad bij verordening delen van een grondgebied aanwijzen waarvoor voorgaande regels niet van toepassing zijn (artikel 5.6 lid 5 Tw).

6.2. Belangen gemeente in openbare communicatienetwerken

Een gemeente kan direct dan wel indirect betrokken zijn bij het aanbieden van openbare elektronische communicatienetwerken of communicatiediensten. Om te voorkomen dat er belangenverstremming kan optreden bepaalt artikel 5.14 lid 1 Tw dat de personen die binnen de gemeente de instemmingsbesluiten voorbereiden, niet betrokken zijn bij dergelijke activiteiten. Een gemeente die het voornemen heeft om direct of indirect betrokken te zijn bij het aanbieden van openbare elektronische communicatienetwerken of communicatiediensten, dient dit voornemen bekend te maken onder vermelding van de redenen die tot de beslissing hebben bijgedragen (artikel 5.14 lid 2 Tw). Daarnaast wordt bekendgemaakt waar en wanneer nadere informatie beschikbaar wordt gesteld. Voorts mogen burgemeester en wethouders geen ondernemingen bevoordelen waarin de gemeente direct dan wel indirect bij betrokken is. Tenslotte bepaalt artikel 5.14 lid 4 Tw dat een gemeente die direct of indirect betrokken is bij het aanbieden van een openbaar elektronisch communicatienetwerk verplicht is open en non-discriminatoire toegang tot dit netwerk te bevorderen.

6.3. Rechtsbescherming

Indien de gedoogplichtige (lees: de gemeente) en een telecomaandbieder het niet eens worden over de kostenverdeling van de te nemen maatregelen, dan kunnen partijen zich wenden tot de Autoriteit Consument en Markt (artikel 5.8 lid 8 Tw). De kantonrechter is krachtens artikel 5.13 lid 1 Tw bevoegd kennis te nemen van geschillen over de omvang van de schadevergoeding als bedoeld in artikel 5.8 Tw (nemen van maatregelen). Tegen de uitspraak van de kantonrechter staat hoger beroep open (artikel 5.13 lid 2 Tw).