



Ministerie van Economische Zaken  
t.a.v. de heer J.M. van der Hoek  
Postbus 20101  
2500 EC Den Haag

Ingediend via [www.internetconsultatie.nl](http://www.internetconsultatie.nl)

Den Haag, 7 mei 2014

Geachte heer van der Hoek,

Bijgaand zend ik u de zienswijze van de leden van de Groep Graafrechten en NLKabel inzake het ontwerpvoorstel tot wijziging van de Telecommunicatiewet d.d. 26 maart 2014 (Verzamelwet).

Met vriendelijke groet,

F.P. Sickinghe

## Zienswijze Groep Graafrechten consultatie Verzamelwet

Deze notitie bevat de zienswijze van de leden van de Groep Graafrechten (UPC, Ziggo, Tele2, CIF, Interoute, Level3, Reggefiber, Eurofiber, EUnetworks, Colt, BT, Verizon en Eurofiber) en NLKabel inzake het ontwerpvoorstel tot wijziging van de Telecommunicatiewet d.d. 26 maart 2014 (Verzamelwet). De Groep Graafrechten dankt het Ministerie voor de gelegenheid om te kunnen reageren op het ontwerpvoorstel.

### 1. INSTEMMINGSBESLUIT ACHT WEKEN

*Artikel 5.4, tweede lid, komt te luiden:*

*2. Burgemeester en wethouders nemen het instemmingsbesluit binnen acht weken na ontvangst van de schriftelijke melding als bedoeld in het eerste lid, onderdeel a. De termijn van acht weken kan worden verlengd met ten hoogste acht weken. Zij kunnen om redenen van openbare orde, veiligheid, het voorkomen of beperken van overlast, de bereikbaarheid van gronden of gebouwen, dan wel ondergrondse ordening in het instemmingsbesluit voorschriften opnemen.*

- 1.1 Partijen kunnen zich vinden in het uitgangspunt dat een instemmingsbesluit binnen acht weken dient te worden afgegeven en dat de termijn, onder voorwaarden, met ten hoogste acht weken kan worden verlengd. Partijen hebben eerder de voorgestelde wijziging bepleit en zijn verheugd dat artikel 5.4 tweede lid thans in vorenbedoelde zin wordt aangepast. Op deze wijze wordt zeker gesteld dat een instemmingsbesluit binnen een relatief overzichtelijke termijn dient te worden afgegeven. Partijen verzoeken u wél om in de memorie van toelichting aan te geven dat er omstandigheden denkbaar zijn – bijvoorbeeld indien op korte termijn een nieuwe klantaansluiting gemaakt dient te worden – dat van burgemeester en wethouders verwacht mag worden dat zij ruimschoots binnen de termijn van acht weken een instemmingsbesluit nemen.

### 2. ARTIKEL 5.8 EN ARTIKEL 5.9 IN ALGEMENE ZIN

- 2.1 Artikel 5.8 wordt als volgt gewijzigd:

*a. Het eerste lid, komt te luiden:*

*1. De aanbieder van een openbaar elektronisch communicatienetwerk is verplicht op eigen kosten over te gaan tot het nemen van maatregelen ten aanzien van kabels ten dienste van zijn netwerk, waaronder het verplaatsen van kabels, op verzoek van:*

*a. degene op wie de gedoogplicht rust,*

*b. degene die van de rechthebbende op openbare gronden een huurrecht, of een recht van erfpacht of opstal, of een gebruiksrecht strekkende tot de oprichting van gebouwen of de uitvoering van werken heeft verkregen, voor zover deze maatregelen noodzakelijk zijn voor de oprichting van gebouwen of de uitvoering van werken door of vanwege de onder a en b genoemden.*

*b. In het derde tot en met vijfde lid en het zevende lid wordt “degene op wie de gedoogplicht rust” steeds vervangen door: degene, bedoeld in het eerste lid, onderdelen a en b,.*

Met de wijziging wordt beoogd om ook degene die van de rechthebbende op openbare gronden een recht van erfpacht of opstal of een gebruiksrecht of huurrecht heeft verkregen, het recht te geven op verplaatsing van kabels voor rekening van de aanbieder van een openbaar elektronisch communicatienetwerk.

- 2.2 Het Ministerie acht onwenselijk dat de gedoogplicht er toe leidt dat de kosten van werken die de overheid in het algemeen belang uitvoert hoger worden, doordat er maatregelen moeten worden genomen ten aanzien van kabels (zoals het verleggen daarvan) terwijl daarvoor geen enkele vergoeding mag worden gevraagd van degenen in wier belang die kabels gedoogd moeten worden.
- 2.3 De voorgestelde wijziging dient in de eerste plaats te worden gezien in de context van hoofdstuk 5 Tw waarbij in 2007 werd beoogd in algemene zin een meer evenwichtige balans aan te brengen tussen de gerechtvaardigde belangen van grondeigenaren en het belang van goede telecommunicatievoorzieningen in Nederland:<sup>1</sup>

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

- 2.4 De huidige regeling van artikel 5.8 geeft de gedoogplichtige (degene die een inbreuk op zijn eigendomsrecht moet gedogen) mogelijkheden om van de teleco-aanbieder te verlangen dat hij op eigen kosten maatregelen neemt als dat nodig is voor de uitvoering van werken of de oprichting van gebouwen door of vanwege de gedoogplichtige. Daarmee bestaat een evenwicht tussen de gerechtvaardigde belangen van grondeigenaren en de aanbieders van elektronische communicatienetwerken. De voorgestelde aanpassing van artikel 5.8 geeft ook derden met een gebruiksrecht van de grond een zelfstandig recht om een verzoek tot het nemen van maatregelen te doen. Daarvoor wijzigt de balans niet alleen aanzienlijk in het voordeel van grondeigenaren maar ook in hen het voordeel van niet-eigenaren aangezien de aanbieders van elektronische communicatienetwerken met hogere kosten voor beheer en exploitatie van de netwerken zullen worden geconfronteerd. Partijen achten dat zeer onwenselijk omdat hiermee de beoogde evenwichtige balans teniet wordt gedaan.
- 2.5 In de tweede plaats geldt dat de voorziene kostenverhogingen voor de aanbieders dienen te worden gezien in relatie tot de olopende en te verwachten kosten voor het verkrijgen van instemming en de beperkte reikwijdte van de gedoogplicht voor kabels. Partijen bepleiten een integrale benadering van deze onderwerpen en stellen voor dat de afweging tot herziening van artikel 5.8 en 5.9 in de integrale benadering wordt meegenomen. Met andere woorden, de herziening van de artikelen 5.8 en 5.9 dient buiten de Verzamelwet te worden gelaten. De discussie hierover dient in onderlinge

---

<sup>1</sup> Zie hiervoor de memorie van toelichting bij het wetsvoorstel tot wijziging van H5 Tw Tweede Kamer, vergaderjaar 2004–2005, 29 834, nr. 3 p.1:

samenhang met de discussie over de gemeentelijke leges en de reikwijdte van de gedoogplicht te worden gevoerd.

De wijziging van artikel 5.8 verstoort de evenwichtige balans tussen de gerechtvaardigde belangen van grondeigenaren en het belang van goede telecommunicatievoorzieningen in Nederland. De herziening van de artikelen 5.8 en 5.9 dient buiten de Verzamelwet te worden gelaten. De discussie hierover dient in onderlinge samenhang met de discussie over de gemeentelijke leges voor het verkrijgen van instemming en de reikwijdte van de gedoogplicht te worden gevoerd.

### 3. ARTIKEL 5.8

In de ontwerp-memorie van toelichting wordt verwezen naar de uitspraak van de Hoge Raad in de A-12 zaak (HR 16 december 2011, LJN: BT6685). Volgens de toelichting leidt de uitspraak van de HR tot onaanvaardbare gevolgen omdat deze het principiële uitgangspunt van het uitgangspunt van Hoofdstuk 5 Tw te weten 'liggen om niet, verleggen om niet', ondergraaft. Onwenselijk wordt geacht dat de gedoogplicht ertoe zou leiden dat de kosten van werken die de overheid in het algemeen belang uitvoert hoger worden, doordat maatregelen moeten worden genomen ten aanzien van kabels terwijl daarvoor geen enkele vergoeding mag worden gevraagd van de telecomaandbieders, aldus de memorie van toelichting. Artikel 5.8 gaat veel verder dan het doel dat daarmee blijktens de memorie van toelichting wordt nagestreefd. Immers, de uitbreiding van degene die om verlegging kan verzoeken, is op geen enkele wijze gerelateerd aan grote infrastructurele werken van algemeen belang. De regeling komt erop neer dat niet alleen bij grote infrastructurele werken van algemeen belang maar ook bij kleine projecten nagenoeg een ieder die een werk wil uitvoeren of een gebouw wil oprichten kan verlangen dat de telecomaandbieders op eigen kosten tot verplaatsing overgaan. In de A12-zaak werd juist door de HR overwogen dat dit recht niet behoort toe te komen aan de 'gebruiker die de grond slechts in gebruik heeft gekregen om daarop de werken te laten uitvoeren waarvoor de verplaatsing van kabels nodig is (...)'. Met de voorgestelde wijziging wordt in feite de uitspraak van de Hoge Raad om onjuiste redenen teruggedraaid.

3.1.1 Ten eerste wordt met de aanpassing van artikel 5.8 het hiervoor omschreven evenwicht in de huidige regeling verstoord. De aanbieders constateren dat de voorgestelde wijziging een verslechtering van het investeringsklimaat in elektronische communicatienetwerken tot gevolg heeft. De bestaande netwerken zijn aangelegd in de context van de huidige verleggingsregeling die een meer evenwichtige verdeling inhoudt van de gevallen waarin de kosten van verplaatsing of het nemen van maatregelen door de gedoogplichtige dan wel de aanbieder dienen te worden gedragen. Hiermee hebben de telecomaandbieders rekening kunnen houden bij de aanleg van de netwerken.

3.1.2 De voorgestelde wijziging brengt mee dat de rechthebbende of degene die van de rechthebbende een gebruiksrecht heeft verkregen in alle gevallen aanspraak kan maken op kosteloze verplaatsing. Zodra de rechthebbende op

openbare gronden aan een derde een gebruiksrecht verleent ten behoeve van de oprichting van gebouwen of de uitvoering van werken kan deze reeds een beroep doen op verplaatsing of maatregelen op kosten van de aanbieder. In de praktijk zal het eenvoudig zijn om een huurovereenkomst op te stellen. In feite zal iedere huurder, gebruiker of projectontwikkelaar die werken gaat uitvoeren of gebouwen gaat oprichten een verzoek tot verplaatsing kunnen doen. Hierdoor ontstaat het risico dat lichtvaardige verzoeken worden gedaan, die tot grote financiële gevolgen voor de aanbieder kunnen leiden. Als de drempel voor het verzoeken om verleggingen wordt verlaagd, wordt het risico op al te gemakkelijke verzoeken alleen maar groter.

- 3.1.3 Met de voorgestelde uitbreiding van artikel 5.8 worden 'de spelregels gedurende de wedstrijd gewijzigd'. Met het huidige artikel 5.8 kan aan de hand van het begrip rechthebbende is nauwkeurig omschreven wie een verzoek tot kosteloze verplaatsing kan doen en met welke potentiële kosten in de business case rekening dient te worden gehouden, terwijl dit met de voorgestelde wijziging van artikel 5.8 niet meer kan worden overzien. Dit brengt een grote mate van onzekerheid mee voor de telecomaandbieder. De uitbreiding van artikel 5.8 staat om die reden op gespannen voet met het rechtszekerheidsbeginsel.
- 3.1.4 Ten tweede geldt dat degene aan wie een gebruiksrecht is verleend als bedoeld in artikel 5.8, eerste lid onderdeel b op een lijn kan worden gesteld met de derde die na verkrijging van de grond niet gehinderd wil worden door in de grond aanwezige kabels als bedoeld in het tweede lid van artikel 5.8. De gedoogplichtige kan bij bouwrijp maken een verzoek doen tot verplaatsing ten behoeve van de derde. Daarmee is het voorgestelde artikel 5.8 eerste lid onderdeel b overbodig resp. komt aan artikel 5.8 tweede lid (bouwrijp maken) de materiële betekenis te ontvallen. Dat is onwenselijk en kan redelijkerwijs niet de bedoeling zijn.
- 3.1.5 Ten derde geldt dat de argumenten voor aanpassing van artikel 5.8 en 5.9 in de memorie van toelichting door elkaar heen lopen. De stelling dat de overheid niet de kosten van verplaatsing zou moeten dragen bij werken van algemeen belang is in die visie van de opsteller juist de reden voor de introductie van artikel 5.9 (verplaatsingsregeling voor grote infrastructurele werken van de overheid). Dit is geen valide argument voor het uitbreiden van de verzoekers die om kosteloze verplaatsing kunnen vragen als beoogd in artikel 5.8. In de A-12 zaak ging het bij uitstek om grote infrastructurele werken zoals terecht in de memorie van toelichting op p. 31 wordt opgemerkt. Dan ligt het voor de hand dat met artikel 5.9 kan worden volstaan.
- 3.1.6 Ten vierde is van belang de recente uitspraak van het Hof Amsterdam d.d. 11 maart 2014 (gepubliceerd 2 mei 2014).<sup>2</sup> Het Hof heeft vastgesteld dat de Staat ten tijde van het verzoek tot het nemen van maatregelen eigenaar en

---

<sup>2</sup> ECLI:NL:GHAMS:2014:802

gedoogplichtige was en dat de reconstructiewerkzaamheden van de A12 ten behoeve waarvan de kabels dienden te worden verplaatst, geschieden door of vanwege de Staat. Om die reden dienen de telecomaanhouders de kosten van verplaatsing voor hun rekening te nemen.<sup>3</sup> Met andere woorden, het huidige artikel 5.8 voorziet met de uitleg van de HR en de daaraan door het Hof Amsterdam gegeven invulling reeds erin dat de telecomaanhouders de kosten van verplaatsing dienen te dragen. Voor grote infrastructurele werken wordt in artikel 5.9 geregeld dat van de telecomaanhouders verplaatsing op eigen kosten kan worden verlangd vooruitlopend op het verkrijgen van de grond als rechthebbende. Met artikel 5.9 wordt reeds bereikt dat de overheid niet de kosten hoeft te dragen van verplaatsing van kabels bij grote infrastructurele werken. Voor overige gevallen is het adagium 'liggen om niet, verleggen om niet' in meer dan voldoende mate gewaarborgd met de uitspraken van de HR en het Hof in de A12-zaak alsmede de invoering van artikel 5.9. Het is onnodig en disproportioneel om naast de rechthebbende ook degene waaraan de rechthebbende een recht van erfpacht, opstal of een gebruiksrecht of huurrecht heeft verstrekt het recht te geven om verplaatsing op kosten van de telecomaanhouders te verlangen.

- 3.1.7 Ten vijfde valt te verwachten dat de nieuwe regeling tot gevolg zal hebben dat beheerders van openbare ruimte in toenemende mate strategisch zullen gaan kiezen voor uitvoering van werken op plaatsen waar alleen kabels voor elektronische communicatienetwerken en geen andere netten liggen, aangezien de verplaatsing van andere netten doorgaans op kosten van de verzoeker plaatsvindt conform de Nadeelcompensatieregeling.
- 3.1.8 Tenslotte geldt dat de voorgestelde wijziging van artikel 5.8 op gespannen voet staat met artikel 1 Eerste Protocol van het EVRM alsmede met artikel 17 van het Handvest voor de Grondrechten van de EU welke bepalingen het eigendomsrecht beschermen. Eigendom is onder zowel het EVRM als het Handvest een ruim begrip dat autonoom wordt uitgelegd en mede gerechtvaardigde verwachtingen omvat met betrekking tot gebruiksmogelijkheden en waarde van verkregen eigendom.<sup>4</sup> De gedoogplicht van artikel 5.2 Tw vormt een gerechtvaardigde inbreuk op het eigendomsrecht van de grondeigenaar die dient te worden gezien in het uitgangspunt 'liggen om niet, verleggen om niet'. De nieuwe regeling vormt op zijn beurt een inmenging in het eigendomsrecht van de aanbieders, omdat daarmee de reikwijdte van de verplaatsingsregeling aanzienlijk wordt uitgebreid en aanbieders met veel meer verzoeken tot verplaatsing "om niet" te maken zullen krijgen door partijen die niet de eigenaar van de grond zijn en ten aanzien van wie dan ook geen sprake is van een inbreuk op het eigendomsrecht. Dergelijke verzoeken zullen niet alleen hun mogelijkheden tot gebruik van de betreffende onderdelen van hun netwerk verminderen, maar ook afbreuk doen aan de waarde van hun netwerken en in ieder geval

---

<sup>3</sup> Ibidem r.o. 3.2

<sup>4</sup> Vgl. bijv. EHRM 29 november 1991, Pine Valley Developments v. Ireland.

tot aanzienlijk meer kosten leiden. Een dergelijke inmenging is alleen gerechtvaardigd, indien deze is voorzien bij wet (dus niet in strijd is met het rechtszekerheidsbeginsel en het verbod op willekeur), een legitiem algemeen belang dient en indien er een "fair balance" bestaat tussen het algemene belang en het belang van individuele aanbieders<sup>5</sup>. Dat is volgens de aanbieders in dit geval allerminst en dus onvoldoende gewaarborgd, zoals hiervoor reeds uiteengezet.

Mede gelet op de uitspraak van het Hof Amsterdam d.d. 11 maart 2014 is de voorgestelde uitbreiding van artikel 5.8 eerste lid overbodig en strijdig met het rechtszekerheidsbeginsel en op gespannen voet staat met artikel 1 Eerste Protocol van het EVRM alsmede artikel 17 van het Handvest voor de Grondrechten van de EU. De reikwijdte van het begrippen 'gedoogplichtige' en 'rechthebbende' als nader bepaald in de uitspraak van de HR en omschreven in de conclusie van de AG in de A12-zaak dient te worden gehandhaafd. De materiële betekenis van artikel 5.8 lid 2 Tw dient in stand te worden gelaten.

3.2 *Aanpassing derde lid wenselijk* – In het derde lid van artikel 5.8 is het volgende bepaald:

*Indien de aanbieder kabels heeft verplaatst op grond van het eerste en tweede lid, en naderhand blijkt dat de door gedoogplichtige aangekondigde werkzaamheden, waarvoor deze verplaatsing nodig was, niet hebben plaatsgevonden, heeft de aanbieder recht op vergoeding van de door hem gemaakte kosten.*

- In het eerste, vierde en vijfde lid van artikel 5.8 en het eerste lid van artikel 5.9 wordt gesproken over 'maatregelen ten aanzien van kabels ten dienste van zijn netwerk, waaronder het verplaatsen van kabels'. Niet valt in te zien waarom het derde lid uitsluitend van toepassing zou moeten zijn als kabels zijn verplaatst. Ook indien door de aanbieder andere maatregelen zijn genomen en naderhand blijkt dat de aangekondigde werkzaamheden niet hebben plaatsgevonden, is het gerechtvaardigd dat de aanbieder recht heeft op vergoeding van de gemaakte kosten.
- In de praktijk komt het voor dat de aangekondigde werkzaamheden wel hebben plaatsgevonden maar op een andere wijze zijn uitgevoerd, zodat achteraf kan worden vastgesteld dat de maatregelen niet nodig waren. Ook in deze gevallen is het gerechtvaardigd dat de aanbieder recht heeft op vergoeding van zijn kosten.

---

<sup>5</sup> Vgl. bijv. EHRM 20 juli 2004, Back v. Finland.

In overweging wordt gegeven om het derde lid als volgt aan te passen:

Indien de aanbieder maatregelen heeft getroffen ten aanzien van zijn kabels op grond van het eerste en tweede lid, en naderhand blijkt dat de aangekondigde werkzaamheden, niet hebben plaatsgevonden, danwel blijkt dat de vorenbedoelde maatregelen niet nodig waren, heeft de aanbieder recht op vergoeding van de door hem gemaakte kosten.

#### 4. GROTE INFRASTRUCTURELE WERKEN VAN ALGEMEEN BELANG – ARTIKEL 5.9

*Na artikel 5.8 wordt een artikel ingevoegd, luidende:*

*Artikel 5.9*

*1. De aanbieder van een openbaar elektronisch communicatienetwerk is verplicht op eigen kosten over te gaan tot het nemen van maatregelen ten aanzien van kabels ten dienste van zijn netwerk, waaronder het verplaatsen van kabels, voor zover deze noodzakelijk zijn voor de uitvoering van werken:*

*a. waarvoor een ontwerp-tracébesluit als bedoeld in artikel 11, derde lid, van de Tracéwet is vastgesteld: wanneer Onze Minister van Infrastructuur en Milieu of de beheerder als bedoeld in artikel 1, eerste lid, van de Spoorwegwet hem daartoe verzoeken;*

*b. waarvoor een door gedeputeerde staten goedgekeurd projectplan is vastgesteld als bedoeld in de artikelen 5.5 en 5.7 van de Waterwet: wanneer de beheerder als bedoeld in artikel 1.1 van de Waterwet hem daartoe verzoekt.*

*2. In afwijking van het eerste lid, heeft de aanbieder recht op vergoeding van de door hem gemaakte kosten ter uitvoering van een verzoek als bedoeld in het eerste lid, indien na verloop van drie jaar nadat dat verzoek is gedaan, de verzoeker geen rechthebbende is op de betrokken gronden.*

*3. Artikel 5.8, derde tot met het achtste lid, is van overeenkomstige toepassing.*

4.1 Voor de aanpassing van de artikelen 5.8 en 5.9 Tw worden in de toelichting vergelijkbare argumenten aangevoerd (kosten van de overheid die werken in het algemeen belang uitvoert – belemmeringen voor grootschalige werken) terwijl een toelichting ontbreekt om welke redenen beide regelingen dienen te worden aangepast resp. ingevoerd. De indruk dat aan beide regelingen gelijke gedachten ten grondslag liggen wordt versterkt doordat in de toelichting op artikel 5.9 op p. 33 wordt gesproken van 'eigendom (...) waarop anderszins gebruiksrechten moeten worden gevestigd', terwijl artikel 5.9 lid 1 geldt indien de verzoeker na drie jaar geen rechthebbende op de betrokken gronden is geworden. Dit strookt niet met de toelichting op p. 32 waarin wordt vermeld dat het moet gaan om eigendomsoverdracht.

4.2 In de toelichting wordt op p. 33 gesproken over de onderdelen a t/m c van artikel 5.9 eerste lid. De aanbieders nemen aan dat sprake is van een verschrijving aangezien artikel 5.9 eerste lid alleen de onderdelen a en b kent.



Partijen vinden beide regelingen onwenselijk maar vinden dat volstaan zou kunnen worden met artikel 5.9 als een keuze zou moeten worden gemaakt. In de toelichting op artikel 5.9 dient in de toelichting op p 33 te worden geschrapt de woorden 'of waarop anderszins gebruiksrechten moeten worden gevestigd'. De toelichting op p. 33 bevat een onjuiste verwijzing naar onderdeel c van artikel 5.9, eerste lid.

- 4.3 Op 13 november 2012 hebben een groot aantal telecomaanbieders en Prorail en Rijkswaterstaat het Uitvoeringsprotocol Telecom (UvP-T) gesloten. In het protocol zijn vergaande procedureafspraken gemaakt bij grote infrastructurele werken en reconstructiewerkheden over de wijze van samenwerking en de verdeling van kosten. Met het UvP-T wordt gewaarborgd dat telecomaanbieders op verzoek voorbereidende maatregelen nemen in goed overleg met de gedoogplichtige vooruitlopend op een verzoek tot aanpassing. Tevens is voorzien in de verdeling van kosten en een geschillenregeling. Artikel 5.9 gaat een stap verder dan het protocol door niet alleen te bepalen dat maatregelen dienen te worden genomen maar ook dat de kosten ten laste van de aanbieder dienen te komen. Partijen menen dat met het protocol in afdoende mate is voorzien in de behoeften en afweging van belangen tussen gedoogplichtigen en telecomaanbieders. De voorgestelde uitbreiding op grond waarvan niet alleen rechthebbenden maar ook degenen aan wie een gebruiksrecht is verleend kunnen verlangen dat de aanbieder op eigen kosten tot verplaatsing overgaat is daarmee overbodig.
- 4.4 In de voorgestelde regeling worden de waarborgen van artikel 5.8 derde t/m achtste lid van overeenkomstige toepassing verklaard. In het tweede lid van artikel 5.9 is - verkort weergegeven - bepaald dat de aanbieder recht heeft op vergoeding van de door hem gemaakte kosten indien drie jaar nadat het verzoek is gedaan, de verzoeker geen rechthebbende is op de betrokken gronden. Bij lezing in onderling verband valt op dat de verhouding tussen beide bepalingen niet duidelijk is.

Het verdient aanbeveling dat nader wordt toegelicht dat het mogelijk is dat de verzoeker weliswaar binnen drie jaar rechthebbende is geworden maar dat nadien duidelijk wordt dat de werkzaamheden waarvoor de verplaatsing nodig was niet of op andere wijze hebben plaatsgevonden. In dat geval dient de verzoeker alsnog de kosten te vergoeden.

- 4.5 Verder geldt dat het voorgestelde artikel 5.9, tweede lid in de praktijk alleen uitvoerbaar is als op efficiënte wijze kan worden nagegaan of de rechthebbende binnen drie jaar rechthebbende op de gronden is geworden. Dat houdt in dat telecomaanbieders voor de relevante projecten zullen moeten gaan bijhouden of de verzoeker binnen drie jaar na het verzoek tot het nemen van maatregelen rechthebbende is geworden. Daartoe zal het Kadaster kunnen worden geraadpleegd. Het ligt eerder op de weg van de verzoeker om de aanbieder ervan op de hoogte te stellen als hij rechthebbende op de betrokken gronden is geworden.

Aanbevolen wordt om aan artikel 5.9, tweede lid toe te voegen dat de verzoeker de aanbieder schriftelijk in kennis dient te stellen zodra hij rechthebbende op de betrokken gronden is geworden.

4.6 De toelichting vermeldt het volgende:

*Nagegaan is of de aanvullende verplaatsingsregeling ook zou moeten gelden voor bepaalde werken die door of vanwege een gemeente of provincie worden uitgevoerd. Het gaat dan om de werken die zijn opgenomen in artikel 5.9, eerste lid, onderdelen a en b. Gebleken is dat de door Rijkswaterstaat gesignaleerde problematiek zich op gemeentelijk en provinciaal niveau zich niet voordoet, omdat de gronden vaak al in eigendom zijn van de gemeente of provincie. Er is derhalve geen behoefte om de aanvullende verplaatsingsregeling ook te laten gelden voor deze werken.*

4.7 Voor zover artikel 5.9 wordt gehandhaafd zijn de telecomaandieners ervan voorstander dat de reikwijdte beperkt blijft voor werken als bedoeld in het eerste lid onderdeel a en b (werken in opdracht van de Minister van IenM, de houder van een spoorwegconcessie en de beheerder van een waterstaatswerk).

Aanbevolen wordt om in de toelichting helder weer te geven dat niet alleen geen behoefte bestaat maar dat het ook niet wenselijk is om de aanvullende verplaatsingsregeling ook te laten gelden voor werken die door of vanwege een gemeente of provincie worden uitgevoerd.

## 5. NATIONALE DIGITALE AGENDA

De nieuwe regeling heeft tot gevolg dat aanbieders bij werken in openbare grond nagenoeg geen aanspraak meer kunnen maken op een kostenvergoeding voor het nemen van maatregelen ten aanzien van hun kabels. Deze inperking van de verleggingsregeling heeft een negatieve invloed op de kosten voor beheer en exploitatie van bestaande netwerken en verhoogt de kosten die in aanmerking dienen te worden genomen bij de aanleg van nieuwe netwerken. Het investeringsklimaat voor de uitrol van nieuwe infrastructuur wordt nadelig beïnvloed als in nagenoeg alle gevallen kabels op verzoek van de gedoogplichtige of rechthebbende voor eigen rekening dienen te worden verwijderd. Financiële middelen bestemd voor netwerkuitbreiding zullen dan moeten worden ingezet voor verplaatsing van kabels. Dit staat op gespannen voet met de doelstellingen van de Digitale Agenda en de Middellange termijnvisie op telecommunicatie, media en internet (Vitel) die beogen investeringszekerheid te stimuleren en investeringsdrempels te verlagen.

## 6. REGELDRUKEFFECTEN

In de MvT wordt op pagina 16 vermeld dat de inhoudelijke nalevingskosten voor de aanbieders niet zullen wijzigen. Dat lijkt ons onjuist. Het uitgangspunt van het ministerie dat het altijd al de bedoeling was dat de aanbieder in nagenoeg alle gevallen de kosten van maatregelen of verplaatsing zou dragen strookt niet met de inhoud van het huidige artikel 5.8 en de eerder genoemde uitspraak van de Hoge Raad in de A12-zaak. Als het standpunt van het ministerie juist zou zijn zou aanpassing van artikel 5.8 in haar ogen ook niet nodig zijn. Juist de voorgestelde wijziging is dusdanig ruim geformuleerd dat voortaan feitelijk ieder verzoek op kosten van de aanbieder dient te worden uitgevoerd. Tevens bestaat de kans dat bij het maken van ontwerpen voor bovengrondse ordening, voorzieningen en

gebouwenminder rekening gehouden zal worden met bestaande Telecommunicatie infrastructuur. Dat heeft onmiskenbaar een stijging van de kosten voor de aanbieders en daarmee de regeldrukeffecten tot gevolg.

Feitelijk onjuist is dat de voorgestelde wijziging van artikel 5.8 en 5.9 geen regeldrukeffecten voor de aanbieders kent. De aanbieders bepleiten dat de regeldrukeffecten door het ministerie nader in kaart worden gebracht.

## 7. **OVERGANGSREGELING ONTBREEKT**

De voorgestelde wijziging is tevens in strijd met de rechtszekerheid aangezien de bestaande spelregels in voor de aanbieders in ongunstige zin worden gewijzigd en niet is voorzien in een overgangsregeling voor bestaande netwerken. Voor zover de voorgestelde wijziging van artikel 5.8 Tw wordt gehandhaafd wordt gepleit voor een overgangsregeling waarin wordt bepaald dat de gewijzigde verplaatsingsregeling geldt voor netwerken die zijn aangelegd na het tijdstip van inwerkingtreding van de wet. Dit maakt mogelijk dat de aanbieders zich op de nieuwe regeling kunnen voorbereiden en daarmee bij de ontwikkeling van nieuwe netwerken rekening kunnen houden.

## 8. **TOEZICHT DOOR ACM**

De aanbieders hebben vernomen dat ACM het Ministerie heeft verzocht om de bevoegdheid tot geschilbeslechting door de ACM te schrappen waarbij een en ander moet worden overgelaten aan de burgerlijke rechter. De aanbieders zijn hiervan geen voorstander om de volgende redenen:

- Wenselijk is dat geschillen over verplaatsing op basis van marktkennis en specifieke ervaring op eenduidige wijze worden afgehandeld, niet in de laatste plaats als het gaat om geschillen op basis van artikel 5.3 en de effectieve mediationrol die in dit verband door ACM wordt vervuld;
- Voor zaken met een relatief klein belang biedt ACM een laagdrempelige en kostenefficiënte vorm van geschilbeslechting. De rechtsgang bij de burgerlijke rechter is voor de verzoeker meer gecompliceerd en zal doorgaans juridische bijstand van een gespecialiseerde advocaat vergen; geschilbeslechting bij ACM wordt altijd voorafgegaan door bemiddeling die vaak tot een bevredigende oplossing leidt;
- In de brief van de Minister aan de Tweede Kamer d.d. 6 mei 2014<sup>6</sup> wordt in het kader van de richtlijn kostenreductie breedband benoemd dat een geschilbeslechtende instantie aangewezen moet worden die bindende uitspraken kan doen wanneer er tussen de bedrijven geschillen ontstaan naar aanleiding van bovengenoemde mogelijkheden. Dit betreft onder meer de zaken die in hoofdstuk 5 Tw worden geregeld. Dit pleit voor handhaving van ACM als geschilbeslechtende instantie.

---

<sup>6</sup> DGETM-TM / 14062531

## 9. COMPENSATIE – ARTIKEL 7.1A TW

- 9.1 In artikel 7.1a wordt geregeld dat bij een onderbreking van de levering van de elektronische communicatiedienst compensatie aan de eindgebruiker dient te worden verstrekt evenredig met de duur en de omvang van de onderbreking. Als gebruik wordt gemaakt van het netwerk van een derde en de storing in het netwerk van de derde optreedt wordt dit overgelaten aan het algemene contractenrecht. Diensten van de informatiemaatschappij zijn uitgezonderd van de verplichting tot compensatie. Ook een zakelijke gebruiker kan een beroep op de compensatieregeling. Er zullen minimale eisen worden gesteld aan de duur van de storing en de hoogte van de vergoeding. Bij een storing van meer dan 12 uur is compensatie verplicht. De hoogte ervan is gerelateerd aan de maandelijkse abonnementskosten. Compensatie in natura behoort tot de mogelijkheden. Compensatie kan volgens de toelichting ook alleen worden uitgekeerd op aanvraag.
- 9.2 *Eindgebruiker vs. abonnee* - In artikel 7.1a Tw wordt het recht op compensatie toegekend aan de eindgebruiker. Partijen vragen zich af om welke reden niet gekozen is voor 'de abonnee'. Daaronder wordt conform artikel 1.1. sub p verstaan een 'natuurlijke persoon of rechtspersoon die partij is bij een overeenkomst met een aanbieder van openbare elektronische communicatiediensten voor de levering van dergelijke diensten'. Onder eindgebruiker wordt volgens onderdeel o verstaan een 'natuurlijke persoon of rechtspersoon die van een openbare elektronische communicatiedienst gebruik maakt of wil gaan maken en die niet tevens openbare elektronische communicatienetwerken of openbare elektronische communicatiediensten aanbiedt'.
- 9.3 Onbedoeld biedt het voorgestelde artikel de mogelijkheid dat ook de eindgebruiker die slechts gebruik maakt van de dienst of daarvan gebruik wil gaan maken een recht heeft op compensatie. Naar de aard dient artikel 7.1a Tw te worden beperkt tot personen met wie de aanbieder een contractuele relatie heeft. Met andere woorden, uitsluitend de abonnee met wie de aanbieder een overeenkomst heeft dient aanspraak te kunnen maken op compensatie. Het is niet wenselijk dat iedere willekeurige gebruiker of toekomstige gebruiker een recht op compensatie heeft. Dat dat in redelijkheid ook niet zo zijn bedoeld. De eindgebruiker is immers bij de aanbieder voor zover hij tevens abonnee is.
- 9.4 *Reikwijdte begrip 'Storing'* – In generieke zin komt in de memorie van toelichting voldoende naar voren wat onder een storing dient te worden verstaan. Op p.3 wordt gesproken uitval in het netwerk als gevolg van stroomstoringen, fysieke schade aan netwerkelementen, menselijke fouten en hard- of softwarematige problemen. Op p.4 wordt gesteld dat compensatie kan worden gezien als een generieke tegemoetkoming voor het feit dat de dienst die wordt afgenomen tijdelijk niet beschikbaar is. Ook in het geval van onderhoudswerkzaamheden kan het voorkomen dat de dienst tijdelijk niet beschikbaar is. In de memorie van toelichting zou nader tot uitdrukking moeten worden gebracht dat leveringsonderbrekingen als gevolg van onderhoudswerkzaamheden buiten het kader van artikel 7.1a Tw vallen.

- 9.5 Verder wijzen partijen op de volgende aandachtspunten.
- 9.5.1 *Email* – In de memorie van toelichting wordt op p. 3 het volgende gesteld: "Er is sprake van een storing als ten minste een van de volgende afgenomen diensten, internettoegang, vaste en mobiele telefonie, SMS of e-mail, niet beschikbaar is. Verderop wordt aangegeven dat de compensatieverplichting niet geldt voor diensten van de informatiemaatschappij zoals Whatsapp, Gmail, Facebook en Twitter aangezien het geen openbare elektronische communicatiediensten betreft. In feite geldt voor alle e-maildiensten dat het gaat om diensten van de informatiemaatschappij. Om die reden zou het woord 'email' in de aangehaalde passage in de memorie van toelichting moeten worden geschrapt om verwarring te voorkomen.
- 9.5.2 *Gratis diensten* – Voor diensten die worden geleverd zonder dat daarvoor een vergoeding wordt gevraagd dient de compensatieregeling niet te gelden. Aanbieders hebben de mogelijkheid om de klant gratis SMS, belminuten of een databundel aan te bieden. De kosten ervan worden dan gedragen door de aanbieder. In de memorie van toelichting dient tot uitdrukking worden gebracht dat artikel 7.1a Tw uitsluitend geldt voor betaalde openbare elektronische communicatiediensten.
- 9.5.3 *Gedeeltelijke storing* – Het is mogelijk de storing bijvoorbeeld alleen bellen of SMS-en betreft maar dat nog steeds gebruik kan worden gemaakt van internettoegang. In artikel 7.1a Tw dient expliciet te worden bepaald dat bij gedeeltelijk uitval van de dienst de verplichting tot compensatie uitsluitend betrekking heeft op de diensten die niet beschikbaar zijn.
- 9.5.4 *Omvang netwerkstoring/buitenland* – Voor mobiele en nomadische diensten geldt dat de eindgebruiker op een andere plaats van de diensten gebruik kan maken dan op zijn vaste adres. Bij een plaatselijke storing op het adres van de eindgebruiker zal eenvoudig kunnen worden vastgesteld dat de eindgebruiker door de storing is geraakt. Indien de storing elders optreedt, zal niet duidelijk zijn of de klant zich ten tijde van de storing in de betreffende regio bevond. Dat kan tot aanzienlijke bewijsproblemen leiden. De regeling zet in zijn huidige vorm onbedoeld de deur open voor oneigenlijk gebruik. Een abonnee kan eenvoudig aangeven dat hij zich op het moment van de storing in de betreffende regio bevond en dus recht heeft op compensatie. De telecomaانبieders zien niet hoe dit op rechtmatige en efficiënte wijze feitelijk per individuele abonnee kan worden gecontroleerd.
- 9.5.5 De telecomaانبieders pleiten ervoor dat de compensatieregeling wordt beperkt tot storingen die zich voordoen in de regio waarin de abonnee zijn vaste woon- en verblijfplaats heeft zoals die bij de aanbieder bekend is op basis van de overeenkomst.
- 9.5.6 Dit geldt ook als de storing in een buitenlands netwerk optreedt. Er zijn geen juridische mogelijkheden voor Nederlandse telecomaانبieders om de schade bij buitenlandse aanbieders te verhalen. Deze partijen zullen geen

prikkel ervaren om de internationale overeenkomsten aan te passen en zijn daartoe met de inwerkingtreding van artikel 7.1a Tw ook niet verplicht. In lijn met de compensatieregeling voor elektriciteits- en gasnetbeheerders dient regeling tot worden beperkt tot storingen in Nederlandse netten.

In artikel 7.1a Tw dient 'eindgebruiker' te worden vervangen door 'abonnee'. Uitsluitend degene die een contractuele relatie heeft met de aanbieder dient aanspraak te kunnen maken op compensatie, en niet iedere eindgebruiker. Dit sluit aan bij de regeling zoals die voor de energiesector geldt waarbij degene op wiens naam de aansluiting staat aanspraak kan maken op compensatie. De compensatieregeling dient te worden beperkt tot storingen die zich voordoen in de regio waarin de abonnee zijn vaste woon- en verblijfplaats heeft zoals die bij de aanbieder bekend is op basis van de overeenkomst.

Bepleit wordt dat de kosten van het verstrekken van compensatie op de uit te betalen te vergoeding in aftrek mogen worden genomen voor zover deze niet op wholesaleniveau voor vergoeding in aanmerking komen. Dit zou in de MvT kunnen worden opgenomen dan wel nader in de aangekondigde ministeriële regeling kunnen worden geregeld.

Het begrip 'storing' dient nader te worden omschreven, in die zin dat onderhoudswerkzaamheden die een onderbreking van de levering van de dienst tot gevolg hebben buiten het kader van de compensatieregeling vallen.

- 9.6 De MvT noemt stroomstoringen, fysieke schade aan netwerkelementen, menselijke fouten en hard- of softwarematige problemen als mogelijke oorzaken van storingen die voor compensatie in aanmerking komen. Storingen in het netwerk kunnen het gevolg zijn van handelingen van derden die geen contractuele relatie hebben met de aanbieder in de waardeketen van de dienstenlevering of met wie in het geheel geen contractuele relatie aanwezig is. Het artikel maakt mogelijk dat de aanbieder in het geval van een generieke stroomstoring of graafschade verplicht is tot compensatie over te gaan. In feite is dan sprake van een onrechtmatige daad, waarbij de veroorzaker aansprakelijk kan worden gesteld voor de directe schade en gevolgschade.
- 9.7 Een stroomstoring kan rechtstreeks gevolgen hebben voor de dienstverlening door telecomaanbieders. Voor telecomaanbieders is het onmogelijk de storing in eigen netwerk, veroorzaakt door een stroomstoring in de elektriciteitsnetten te verhalen op de elektriciteitsnetbeheerders aangezien deze hun aansprakelijkheid voor gevolgschade wegens stroomstoringen contractueel hebben uitgesloten. In de Memorie van Toelichting wordt ervan uitgegaan dat de aanbieder in geval van een stroomstoring verplicht is om over te gaan tot compensatie. Dit is een onwenselijke situatie aangezien buiten twijfel dient te zijn dat in een dergelijke situatie sprake is van overmacht in de zin van artikel 6:75 BW en dat de gevolgen ervan niet aan de telecomaanbieder kunnen worden toegerekend. Niet valt in te zien om welke reden voor elektronische communicatienetwerken en -diensten een strenger regime zou moeten gelden dan voor energie. In de memorie van toelichting zou moeten worden toegelicht dat een leveringsonderbreking als gevolg van stroomstoring of graafschade kan worden gezien als een vorm van overmacht.

- 9.8 Voor zover het een tekortkoming is die niet kan worden toegerekend, maar die mogelijk wel op basis van in het verkeer geldende opvattingen voor zijn rekening en risico zou kunnen komen wordt aanbevolen dat wordt voorzien in een wettelijk recht van regres aan de hand waarvan de uitsluiting van aansprakelijkheid door elektriciteitsnetbeheerder wordt doorbroken.
- 9.9 Graafschade kan tot gevolg hebben dat de levering van diensten meer dan 12 uur wordt onderbroken. Op werken in de ondergrond is de wet informatie-uitwisseling ondergrondse netten van toepassing (WION). Het Agentschap Telecom (AT) houdt daarop toezicht. Indien de grondroerder in voorkomend geval in strijd heeft gehandeld met de verplichtingen op grond van de WION kan AT een boete opleggen. Voor het boetebesluit dient hetzelfde openbaar makingsregime te gelden als voor besluiten van ACM op basis van de ACM Instellingswet en de Stroomlijningswet (check).<sup>7</sup> Aan de hand van het boetebesluit kan de veroorzaker van de schade in voorkomend geval worden geïdentificeerd voor zover zijn identiteit nog niet bij de aanbieder bekend was. Dit draagt bij aan de mogelijkheden om de schade bij de veroorzaker te kunnen verhalen.

Bepleit wordt dat in de MvT wordt opgenomen dat ook bij stroomstoringen, graafschade e.d. sprake is van een tekortkoming die niet aan de aanbieder kan worden toegerekend (overmacht) en dat hij in die gevallen geen verplichting tot compensatie heeft. Als geen sprake is van overmacht dient te worden geregeld dat de aanbieder in voorkomend geval een wettelijk recht van regres heeft ten aanzien van veroorzaker van de schade, met inbegrip van een andere aanbieder in wiens netwerk de storing is opgetreden.

## 10. REGELDRUKEFFECTEN COMPENSATIE

- 10.1 In de MvT wordt op p. 3 benoemd dat een eindgebruiker ook recht heeft op compensatie mocht de dienst niet beschikbaar zijn als gevolg van storing in het buitenland. Dit levert een aanzienlijk financieel risico op voor de aanbieders. De telecomaandbieders hebben geen mogelijkheden om buitenlandse partijen aan te spreken wegens een storing in hun netwerk. In de internationale overeenkomsten is aansprakelijkheid wegens storing uitgesloten. Deze partijen zijn op grond nationale regelgeving niet verplicht om aan buitenlandse partijen een compensatievergoeding te betalen. Zij kunnen eenvoudig weigeren om de overeenkomst aan te passen. Dit brengt mee dat het risico volledig bij de telecomaandbieder ligt. Hiermee is bij de bepaling van de regeldrukeffecten geen rekening gehouden.
- 10.2 De toelichting bevat op p. 17 de volgende passage:

*In het jaar 2013 hebben zich 17 storingen voorgedaan die langer duurden dan 12 uur, waarvan circa 13 storingen in aanmerking komen voor compensatie. Deze aantallen zijn indicatief omdat de scope van de storingen die aan Agentschap*

---

<sup>7</sup> Daartoe wordt reeds door EZ een wetswijziging van de WION voorbereid

*Telecom moeten worden gemeld niet helemaal overeenkomt met de scope van de compensatieregeling. De gegevens over het aantal getroffen klanten zijn minder nauwkeurig, omdat van een aantal incidenten het aantal getroffen klanten niet bekend is. Er wordt uitgegaan van een gemiddeld aantal getroffen klanten van 100.000 per storing en een gemiddelde compensatie van 2 euro per klant.*

- 10.3 In de cijfers van Agentschap Telecom zijn storingen bij klantaansluitingen niet meegenomen aangezien de meldplicht uitsluitend bestaat voor netwerkonderbrekingen die vallen binnen de reikwijdte van het Besluit Continuïteit. Dit betreft de grote netwerkonderbrekingen die impact hebben op de continuïteit van de dienstverlening. Storingen doen zich in de praktijk met enige regelmaat voor bij klantaansluitingen bij graafschade. De schade kan van dusdanige aard zijn dat herstel van de dienstverlening meer dan 12 uur in beslag neemt. Klantaansluitingen zijn doorgaans niet redundant uitgevoerd zodat de kans op langere dienstonderbrekingen aanwezig is. Door het ministerie worden de regeldrukeffecten onderschat aangezien dergelijke storingen niet in de cijfers van Agentschap Telecom zijn meegenomen. Het zal gaan om aanzienlijk meer gevallen in de praktijk waarin de aanbieder tot compensatie wordt overgegaan dan door het ministerie is voorzien.

Partijen adviseren om de reikwijdte van de compensatieregeling te beperken tot leveringsonderbrekingen die in Nederland plaatsvinden.

Aanbevolen wordt dat het ministerie de regeldrukeffecten van storingen buiten het kader van het besluit continuïteit nader in kaart brengt.

\*\* // \*\*