

## Verplaatsen van telecommunicatiekabels op grond van de Telecommunicatiewet; Wie trekt er aan het kortste eind?

Door: mr. ir. J.K. de Schipper<sup>1</sup>

### Inleiding

Het overgrote deel van de kabel- en leidinginfrastructuur die Nederland van o.a. energie en informatie voorziet ligt ondergronds. Op en in deze ondergrond worden continu gebouwen opgericht of werken uitgevoerd. Voor de goede uitvoering hiervan is het vaak noodzakelijk dat de reeds aanwezige ondergrondse kabel- en leidinginfrastructuur wordt beschermd of omgelegd. Het beschermen of verplaatsen van deze ondergrondse infrastructuur kan, afhankelijk van de concrete situatie, kostbaar zijn. Wie de kosten hiervoor draagt verschilt per situatie. E.e.a. is bijvoorbeeld afhankelijk van de vraag op grond van welke bevoegdheid en onder welke voorwaarden de betreffende kabel of leiding ter plaatse ligt. Voor een deel van de ondergrondse kabelinfrastructuur geldt een bijzonder "lig- en verlegregime". Dit zijn de kabels die in de Telecommunicatiewet (Tw) als "telecommunicatiekabel" worden aangemerkt. Dit regime wordt wel aangeduid als "*Liggen om niet, verleggen om niet*".<sup>2</sup>

Hoewel gemeenten vaak kunnen voldoen aan de vereisten van de verplaatsingsregeling, blijkt in de praktijk dat lang niet alle gemeenten op de hoogte zijn of gebruik maken van de mogelijkheden die deze regeling biedt. De kosten voor verplaatsing worden nog vaak gedragen door gemeenten, terwijl deze kosten volgens de Tw vaak voor rekening van de kabeleigenaren behoren te komen. Dit artikel gaat in op de verplaatsingsregeling en de stand van zaken na de wetwijziging terzake van 1 februari 2007.<sup>3</sup>

### 1 Achtergrond

Onder het maaiveld ligt een grotendeels verborgen infrastructuur van kabels en leidingen. Zowel boven als onder het maaiveld vinden regelmatig (bouw)activiteiten plaats die van invloed kunnen zijn op deze ondergrondse infrastructuur. Zodra er, bijvoorbeeld voor bouwactiviteiten, kabels en leidingen verplaatst moeten worden, komt de vraag aan de orde wie de kosten voor de verplaatsing moet dragen. Vaak is dit onduidelijk. Er zijn met de kabel- en leidingeigenaren in het verleden hierover vaak geen afspraken gemaakt. Uitgangspunt is dan het algemene privaatrechtelijke systeem. Een grondeigenaar kan zich in beginsel jegens de kabel- of leidingeigenaar op zijn eigendomsrecht beroepen. Als er terzake een opstalrecht is gevestigd zijn de opstalvoorwaarden bepalend. Publiekrechtelijk is er voor het liggen en verleggen van kabels en leidingen weinig geregeld. Voor een deel van de ondergrondse kabels geldt terzake echter wel een publiekrechtelijke regeling.

---

<sup>1</sup> Mr. ir. J.K. de Schipper is jurist bij Oranjewoud Legal. De auteur dankt mr. C. Wissink voor zijn commentaar op eerdere versies van dit artikel.

<sup>2</sup> Zie hiervoor paragraaf 3.

<sup>3</sup> Over dit onderwerp is reeds eerder geschreven door onder andere: A.Th. Meijer, *'De aanleg van telecomkabels in de gemeentelijke praktijk, Beschouwingen over de coördinatiebevoegdheid op grond van artikel 5.2 Telecommunicatiewet'*, *De gemeentestem*, 2001, N. Sitompoel, 'Graafrechten: de regeling kan de tand des tijds niet doorstaan', *'Computerrecht'* 2002/4, p. 209-216, J.R. van Angeren en F.P. Sickinghe, 'Op weg naar een betere verbinding tussen gemeenten en telecomoperators!', *'Bouwrecht'*, nr. 10 2003, N. Sitompoel, 'De graafrechtenregeling moet op de schop', *'Computerrecht'* 2003/1 p. 37, L. Wildeboer, *'Kabels en leidingen steeds meer onder druk'*, *Mediaforum* 11/12, 2004 p. 338, F. Kuitenbrouwer, 'Graafrechten en gedoogplicht', *'B&G'* maart 2006, N. Doorduyn en V.A. Textor, 'Nieuwe regeling eigendom van netten en herziening graafrechtenregeling', *'Bouwrecht'*, nr. 3, 2006, N. Sitompoel, *"Telecommunicatie en ruimtelijke omgeving"* (Doctoraalscriptie Amsterdam UvA) 2007.

Een deel van de ondergrondse infrastructuur bestaat uit telecommunicatienetwerken. Rechthebbenden of de beheerders van openbare gronden<sup>4</sup> (veelal zijn dit gemeenten) hebben de plicht de aanleg van telecommunicatiekabels in hun grond te gedogen.<sup>5</sup> De Telecommunicatiewet schept in dit kader voor aanbieders van telecommunicatienetwerken een graafrecht en voor de grondeigenaren een gedoogplicht. Overige kabels en leidingen vallen buiten deze wet en vallen derhalve buiten de reikwijdte van dit artikel.<sup>6</sup> Het eerste lid van art. 5.8 Tw bepaalt dat wanneer een gedoogplichtige grondeigenaar voornemens is ter plaatse van de ligging van de kabel een gebouw op te richten of een werk uit te voeren, deze kabel in beginsel door en voor rekening van de kabeleigenaar verplaatst moet worden.

Op 1 februari 2007 is het wetsvoorstel tot wijziging van hoofdstuk 5 van de Telecommunicatiewet in werking getreden.<sup>7</sup> De verplaatsingsregeling is hierbij gehandhaafd. De belangrijkste wijzigingen in het kader van de verplaatsingsregeling zijn dat vanaf 1 februari 2007 ook nog niet in gebruik genomen kabels ("dark fibers") en lege mantelbuizen voor een periode van 10 jaar onder de gedoogplicht en daarmee tevens onder de verplaatsingsregeling vallen.<sup>8</sup> De verplaatsingsregeling is tevens uitgebreid ten behoeve van gemeenten die grond voor de reeds voorzienbare oprichting van gebouwen bouwrijp moeten opleveren en de verplaatsing van kabels daarvoor noodzakelijk is. Zie hierover meer in paragraaf 4.

Ondanks de grote (financiële) belangen die zijn gemoeid met de regeling in art. 5.8 Tw, blijkt deze regeling in de praktijk niet altijd (op tijd) te worden toegepast. Ook blijkt er in de praktijk soms onduidelijkheid te bestaan over de vraag of de verplaatsingsregeling al dan niet van toepassing is. In het navolgende zullen de hoofdlijnen van de verplaatsingsregeling aan de orde komen. Hiertoe wordt in paragraaf 2 een casus geschetst, aan de hand waarvan de verplaatsingsregeling zal worden toegelicht. Paragraaf 3 gaat in op de vereisten van verplaatsingsregeling. In paragraaf 4 wordt de uitzondering van het tweede lid van art. 5.8 Tw besproken. In paragraaf 5 komen enkele redenen aan de orde die in de weg lijken te staan aan een optimale toepassing van de verplaatsingsregeling. Tot slot bevat paragraaf 6 de conclusie.

## 2 Praktijkcasus

De verplaatsingsregeling zal worden toegelicht aan de hand van een regelmatig voorkomende casus. In deze casus wordt in het kader van een gebiedsontwikkeling door een gemeente grond overgedragen aan een ontwikkelaar. De ontwikkelaar wil op de grond een appartementencomplex realiseren en heeft hiervoor reeds een aanvraag om bouwvergunning gedaan. In het kader van de bouwplannen wordt de gehele omgeving gereconstrueerd, waarbij delen openbare grond privaats worden en vice versa. Een deel van de bebouwing is namelijk voorzien waar zich in de bestaande situatie nog een (gemeentelijke) weg met trottoir bevindt. Onder het trottoir liggen diverse kabels en leidingen, waaronder enkele telecommunicatiekabels (telefoon, kabeltelevisie, etc.). De gemeente heeft zich in de koop- en ruilovereenkomst verplicht de grond bouwrijp op te leveren. De gemeente

---

<sup>4</sup> Zie voor de definitie van openbare gronden art. 1.1 onder aa, Tw.

<sup>5</sup> Zie art. 5.2 lid 1 Tw.

<sup>6</sup> Hierbij speelt echter dezelfde problematiek, zij het dat een wettelijke verplaatsingsregeling voor overige niet-telecommunicatiekabels ontbreekt. Sommige gemeenten kennen voor deze overige kabels en leidingen een nadeelcompensatieregeling, maar vaak is niets geregeld, of zijn er uiteenlopende individuele afspraken gemaakt.

<sup>7</sup> *Kamerstukken II* 2004/05, 29 834, Wijziging van de Telecommunicatiewet in verband met een herziening van het nationale beleid ten aanzien van de aanleg van kabels ten dienste van openbare elektronische communicatienetwerken.

<sup>8</sup> Zie art. 5.2 lid 8 en artikel 5.15 Tw.

dient daarom in dit geval jegens de ontwikkelaar voor de noodzakelijke verplaatsing van kabels en leidingen te zorgen. Hierna zal het wettelijke regime uit hoofdstuk 5 van de Tw op de casus worden toegepast om te bezien of er voor de gemeente jegens de kabeleigenaren mogelijkheden zijn om aanspraak te maken op de verplaatsingsregeling.

### 3 Art. 5.8 lid 1 Tw: "liggen om niet, verleggen om niet"

Telecommunicatiekabels die liggen op grond van de gedoogplicht uit de Tw zijn vrijgesteld van precarioheffing.<sup>9</sup> Deze kabels liggen derhalve kosteloos (om niet). Als voldaan wordt aan de hierna te bespreken voorwaarden van het eerste lid van 5.8 Tw, moet de aanbieder als tegenprestatie hiervoor ook om niet zijn kabel(s) verplaatsen. Daarom wordt deze verplaatsingsregeling wel aangeduid als "liggen om niet, verleggen om niet".

Om als grondeigenaar succesvol een beroep te kunnen doen op de verplaatsingsregeling, moet zijn voldaan aan de vereisten uit het eerste lid van art. 5.8 Tw:

*"De aanbieder van een openbaar elektronisch communicatienetwerk is verplicht op verzoek van degene op wie de gedoogplicht rust 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 oprichting van gebouwen of de uitvoering van werken door of vanwege degene op wie de gedoogplicht rust."*

De vereisten zijn derhalve dat de verzoeker:

- (A) de gedoogplichtige moet zijn en;
- (B) door of vanwege hem;
- (C) gebouwen worden opgericht of werken worden uitgevoerd en;
- (D) de verplaatsing noodzakelijk is.

Indien niet aan alle genoemde vereisten wordt voldaan is het vijfde lid van art. 5.8 Tw van toepassing:

*"In andere gevallen dan bedoeld in het eerste of tweede lid, is de aanbieder slechts verplicht over te gaan tot maatregelen, waaronder het verplaatsen van de kabels, indien degene op wie de gedoogplicht rust hem de kosten daarvan vergoedt."*

De *gedoogplichtige* (niet langer de *verzoeker*) draagt dan de kosten voor de verplaatsing.

Bij geschillen is de OPTA<sup>10</sup> bevoegd om beschikking te geven.<sup>11</sup> De uitleg van de verplaatsingsregeling is door richtsnoeren en beschikkingen van de OPTA en in de jurisprudentie van de burgerlijke rechter nader ingevuld.<sup>12</sup> Hoewel deze grotendeels tot stand zijn gekomen onder het "oude" recht van vóór de wetwijziging van 1 februari 2007, is de daarin gegeven uitleg nog steeds relevant. In het navolgende zullen de vereisten van het eerste lid van art. 5.8 Tw en de uitleg ervan op hoofdlijnen worden behandeld en toegelicht aan de hand van de casus.

#### (A) Het begrip gedoogplichtige

Het eerste vereiste van de verplaatsingsregeling is dat de verzoeker gedoogplichtige moet zijn. Een gedoogplichtige is de rechthebbende op, of de beheerder van openbare gronden, die op grond van

<sup>9</sup> HR 20 oktober 1937, NJ 1937, 1147. Door gemeenten worden overigens doorgaans wel leges geheven over de aanvragen voor het aanleggen van kabels en leidingen.

<sup>10</sup> De OPTA (Onafhankelijke Post en Telecommunicatie Autoriteit) houdt onafhankelijk toezicht op de naleving van de wet- en regelgeving op het gebied van post en elektronische communicatiediensten.

<sup>11</sup> Zie art. 5.8 lid 7 Tw.

<sup>12</sup> Deze invulling door de OPTA is met name neergelegd in de *Beleidsregels inzake de gedoogplicht voor de aanleg, instandhouding en opruiming van kabels*, OPTA, Den Haag 2003 en *Veel gestelde vragen met betrekking tot het gedogen van kabels*, versie september 2006/maart 2007, OPTA, Den Haag 2007.

art. 5.2 Tw verplicht is de aanleg, instandhouding en opruiming van “kabels”<sup>13</sup> ten dienste van een “openbaar elektronisch communicatienetwerk”<sup>14</sup> door aanbieders toe te staan.<sup>15</sup> Deze kabels dienen hoofdzakelijk gebruikt te worden voor een “openbare elektronische telecommunicatiedienst”.<sup>16</sup> Hierbij dient het te gaan om een dienst die beschikbaar is voor eenieder die van het aanbod gebruik wil maken. Zo wordt bijvoorbeeld een besloten bedrijfsglasvezelnetwerk, niet als “openbaar” aangemerkt. Kabels die onder de gedoogplicht vallen zijn veelal kabels t.b.v. telefonie (bv. KPN), kabels van kabel(internet, -telefonie, etc.)aanbieders (Casema, UPC, etc.) en kabels van omroepnetwerken. De aanbieders van deze openbare telecommunicatiediensten staan bij de OPTA als zodanig geregistreerd.

In casu liggen de telecommunicatiekabels, welke zich onder het trottoir bevinden, in openbare gemeentegrond. Art. 5.2 Tw verplicht de gemeente de telecommunicatiekabels ter plaatse te gedogen. De gemeente is derhalve gedoogplichtige.

(B) Door of vanwege de gedoogplichtige

Een van de meest voorkomende knelpunten voor een geslaagd broep op de verplaatsingsregeling is de voorwaarde dat uitsluitend de gedoogplichtige verzoeker die zelf gebouwen gaat (laten) oprichten of werken gaat (laten) uitvoeren, zich op de verplaatsingsregeling kan beroepen.<sup>17</sup> Volgens de OPTA dient “vanwege” eng uitgelegd te worden. De OPTA overweegt dat er een “*direct causaal verband aanwezig moet zijn tussen de opdracht van de gedoogplichtige kabels te verplaatsen en de uit te voeren werken.*”<sup>18</sup> Ook als de gedoogplichtige heeft ingestemd met de uitvoering van een werk door een derde en dit tevens ten behoeve van de gedoogplichtige geschiedt, wordt werk vanwege hem uitgevoerd.<sup>19</sup> Een derde die voor zichzelf op de grond van een gedoogplichtige gaat bouwen, kan zich echter niet met succes beroepen op de verplaatsingsregeling. De reikwijdte verplaatsingsregeling is derhalve beperkt tot rechthebbenden en beheerders van gedoogplichtige gronden. Als een tracé van een te verplaatsen kabel tevens deels in grond van een niet-gedoogplichtige ligt, is voor dit deel van het tracé het eerste lid van art. 5.8 Tw niet van toepassing.<sup>20</sup> Hiervoor geldt het algemene privaatrechtelijke regime en de eventueel gemaakte afspraken terzake. Indien gronden niet-openbaar worden komt volgens de minister de gedoogplicht uit de Tw te vervallen en geldt (weer) het algemene privaatrechtelijke regime.<sup>21</sup> Dit in tegenstelling tot de in het verleden gehanteerde wetsinterpretatie, die luidde; “eens gedoogd altijd gedoogd”.

---

<sup>13</sup> Zie art. 1 lid 1 sub z. Tw: “*fysieke geleidingsdraden bestemd voor de rechtstreekse overdracht van signalen tussen punten en de bij deze fysieke geleidingsdraden behorende ondergrondse ondersteuningswerken, beschermingswerken en signaalinrichtingen, alsmede inrichtingen, bestemd om daarin verbinding tot stand te brengen tussen fysieke geleidingsdraden in, op of boven openbare gronden enerzijds en fysieke geleidingsdraden in gebouwen en daarmee één geheel vormende gronden anderzijds dan wel tussen laatstgenoemde fysieke geleidingsdraden onderling.*” Het gaat hierbij kort gezegd om de kabels zelf en de benodigde toebehoren.

<sup>14</sup> Zie art. 1 lid 1 sub h Tw: “*elektronisch communicatienetwerk dat geheel of hoofdzakelijk wordt gebruikt om openbare elektronische communicatiediensten aan te bieden, waaronder mede wordt begrepen een netwerk, bestemd voor het verspreiden van programma’s voor zover dit aan het publiek geschiedt.*”

<sup>15</sup> Art. 5.2 jo 5.3 Tw.

<sup>16</sup> Zie art. 1 lid 1 sub g Tw: “*elektronische communicatiedienst die beschikbaar is voor het publiek.*”:

<sup>17</sup> Zie bijvoorbeeld HR 4 november 2005, C04/265HR (KPN/gemeente Den Haag).

<sup>18</sup> Beschikking van de OPTA, OPTA/IBT/2004/200144/G 17.03 onder nr. 43 (Gemeente Best en Essent Kabelcom B.V.).

<sup>19</sup> Zie de Memorie van toelichting, *Kamerstukken II* 2004/05, 29 834, nr. 3, p. 57.

<sup>20</sup> Zie hiervoor HR 3 december 2004, C03/196HR.

<sup>21</sup> Nota naar aanleiding van het verslag, *Kamerstukken II* 2004/05, 29 834, nr. 7, p. 12.

Ten aanzien van het moment waarop vastgesteld dient te worden of de gedoogplichtige verzoeker tevens oprichter van gebouwen of uitvoerder van werken is, heeft lange tijd onduidelijkheid bestaan. De wet biedt hier geen duidelijkheid en ook de beleidsregel van de OPTA is voor meerdere uitleg vatbaar.<sup>22</sup> Zowel het eerste moment van het verzoek tot verplaatsing, als het daadwerkelijke moment van verplaatsing waren immers verdedigbaar. De rechtbank Rotterdam heeft echter uitgemaakt dat het eerste moment van het verzoek bepalend is in deze kwestie.<sup>23</sup> Dit betekent dat verzoekers op het moment van het verzoek moeten voldoen aan de voorwaarden van de verplaatsingsregeling.

In de casus is het de ontwikkelaar die de gebouwen gaat oprichten en de (reconstructie)werkzaamheden gaat verrichten. Vastgesteld is reeds dat de gemeente gedoogplichtige is. De gemeente is echter op het moment van het verzoek niet degene door of vanwege wie het appartementencomplex wordt opgericht en kan daarom geen beroep doen op de verplaatsingsregeling.

#### (C) Oprichten van gebouwen of de uitvoering van werken

In tegenstelling tot de enge uitleg van het begrip “door of vanwege”, wordt begrip “werken” door de OPTA ruim uitgelegd.<sup>24</sup> Ook werkzaamheden vallen volgens de OPTA onder het begrip “werken”. Wanneer een gemeente een weg aanlegt of reconstrueert is dit een werk. Ook als het (ver)planten van bomen in de context van de wegconstructie nodig is, valt dit onder “werken”.<sup>25</sup> Als voor de uitvoering van werken bomen moeten worden verplaatst en voor het herplanten hiervan telecommunicatiekabels moeten worden verlegd, komen deze verleggingskosten derhalve ook voor rekening van de aanbieder. Het (ver)plaatsen van bomen en beplantingen op zich valt echter buiten het kader van de uitvoering van werken.<sup>26</sup> Het uitsluitend bouwrijp maken om de grond als zodanig aan een derde te kunnen leveren wordt echter niet aangemerkt als “werken”.<sup>27</sup> Dat is pas het geval als het bouwrijp maken onderdeel uitmaakt van meer omvattende werkzaamheden.

In de casus is het de gemeente die de grond bouwrijp aan de ontwikkelaar dient op te leveren en het verzoek tot verplaatsing doet. Het bouwrijpmaken is slechts gericht op de contractuele verplichting jegens de ontwikkelaar en maakt geen onderdeel uit van meeromvattende werkzaamheden die door of vanwege de gemeente worden uitgevoerd. Dit betekent dat de gemeente geen beroep kan doen op de verplaatsingsregeling. De meeromvattende werkzaamheden worden immers door de ontwikkelaar uitgevoerd. Onder het oude recht van voor 1 februari 2007 had de gemeente conform het vijfde lid van art. 5.8 Tw zelf de kosten voor verplaatsing moeten dragen.<sup>28</sup> De wetswijziging waarbij de uitzondering van het tweede lid van art. 5.8 is toegevoegd biedt voor deze specifieke situatie echter een uitzondering. De gemeente kan hiermee toch een beroep doen op de verplaatsingsregeling. Voor de behandeling van het tweede lid van art. 5.8 Tw wordt verwezen naar paragraaf 4.

---

<sup>22</sup> Beleidsregels OPTA 2003, (zie noot 6) onder nr. 51: “De datum waarop het begrip gedoogplichtige wordt getoetst, is de periode waarin de gedoogplichtige in de schriftelijke kennisgeving heeft aangegeven dat de kabels verplaatst dienen te worden.”

<sup>23</sup> Rb Rotterdam, 25 januari 2006, LJN:B AV6379,B, 05/937.

<sup>24</sup> Veel gestelde vragen met betrekking tot het gedogen van kabels, versie augustus 2006, OPTA, Den Haag 2006, onder art. 5.7 eerste lid, nr. 5.

<sup>25</sup> Beschikking van de OPTA, OPTA/IBT/2004/200831/G 1.04 (Gemeente Tilburg / Versatel). Een belangrijk argument voor deze beslissing was het feit dat de gemeente een plicht tot herplanting van de bomen had.

<sup>26</sup> Zie MvT, Kamerstukken II 2004/05, 29 834, nr. 3, p. 57.

<sup>27</sup> Zie hiervoor HR 4 november 2005, CO4/265HR (KPN/gemeente Den Haag).

<sup>28</sup> Dit was vóór de wetswijziging nog art. 5.7 lid 2 Tw.

**(D) Noodzaak van verplaatsing**

Werd voor de wetwijziging nog van “nodig” gesproken, nu is dit begrip vervangen door het begrip “noodzakelijk”. “Noodzakelijk” sluit beter aan bij de strikte uitleg van het begrip “nodig” die door de OPTA en in de rechtspraak aan dit begrip werd gegeven.<sup>29</sup> De Hoge Raad heeft ten aanzien van het begrip “nodig” uitgemaakt dat er een concreet verband dient te bestaan tussen het werk en de verplaatsing.<sup>30</sup> Hierbij is ook de omvang van de werkzaamheden omtrent de te verplaatsen kabels bepalend. “Nodig” mag niet worden verward met “wenselijk”. In lagere rechtspraak is bepaald dat verplaatsing op grond van esthetische verfraaiing niet als “nodig” kan worden beschouwd.<sup>31</sup> Het is daarbij echter niet aan de aanbieder om de wijze waarop de gedoogplichtige zijn eigendom wenst te gebruiken te beoordelen. De wetgever heeft namelijk nooit bedoeld dat grondeigenaren door de aanwezigheid van kabels in hun grond worden beperkt bij het oprichten van bouwactiviteiten of het uitvoeren van werken.<sup>32</sup> De Rechtbank Rotterdam heeft in de uitspraak van 25 januari 2006 het begrip “nodig” verder ingevuld ten aanzien van de kosten voor verplaatsing of het nemen van maatregelen:

*“De noodzaak tot het verplaatsen van kabels wordt niet louter bepaald door de vaststelling dat de aanwezigheid van de kabels de door de gedoogplichtige uit te voeren werken belemmert, in die zin dat hij niet zonder extra kosten gebouwen kan oprichten of werken kan uitvoeren. Er dient tevens een afweging gemaakt te worden van de kosten die met verplaatsing zijn gemoeid en de kosten van andere oplossingen, zoals het tijdelijk optillen van de kabels of het op een andere hoogte leggen van de kabels. De kostendraagplicht gaat in dat geval niet verder dan de kosten die gemoeid zijn met de goedkopere oplossing. Als voor de oprichting van gebouwen of de uitvoering van werken volstaan kan worden met minder vergaande maatregelen dan het verplaatsen van kabels is het aan degene die wil dat de kabels verplaatst worden om aan te tonen dat de verdergaande maatregel van verplaatsing noodzakelijk is. Het uitgangspunt van OPTA dat de eigenaar mag verlangen wat hij wil, zonder genoeg te hoeven nemen met andere oplossingen waarbij de kabels uiteindelijk wel kunnen blijven liggen geeft blijk van een te beperkte opvatting van het begrip ‘noodzaak’.”*

Als derhalve kan worden volstaan met minder kostbare maatregelen, anders dan verplaatsen, gaat de verplichting van de aanbieder niet verder dan het nemen van deze maatregelen. Deze jurisprudentie is inmiddels in het eerste lid van 5.8 Tw gecodificeerd door het nemen van maatregelen als uitgangspunt te hanteren, boven het verplaatsen.

Voor de casus betekent dit dat als bijvoorbeeld ter plaatse van de voorziene fundering van het gebouw kabels in de grond liggen, deze door de kabeleigenaar verplaatst moeten worden. De verplaatsing is immers “noodzakelijk” voor de oprichting van het gebouw. Als voor de reconstructie van de omgeving bomen worden geplant en de kabels hiervoor moeten worden beschermd, is deze bescherming in beginsel ook een “noodzakelijke” maatregel.

#### 4 De uitzondering in art. 5.8 lid 2 Tw

De verplaatsing van kabels op grond van het eerste lid van art. 5.8 Tw is na de wetwijziging, op enkele verduidelijkte details na, ongewijzigd gebleven.<sup>34</sup> Een nieuw element dat met de wetwijziging aan de verplaatsingsregeling is toegevoegd, is het tweede lid van art. 5.8 Tw:

<sup>29</sup> Beleidsregels OPTA 2003, (zie noot 6) onder nr. 54: “Verplaatsing is nodig indien de gedoogplichtige geen gebouwen of kan oprichten of werken kan uitvoeren, zonder het risico de kabels te beschadigen.”

<sup>30</sup> HR 4 november 2005, C04/265HR (KPN/gemeente Den Haag).

<sup>31</sup> Rb Maastricht, 21 maart 2001, nr. 63725/KG ZA 01-67.

<sup>32</sup> Zie onder meer de Memorie van toelichting, *Kamerstukken II* 2004/05, 29 834, nr. 3, p. 57.

<sup>33</sup> Rb Rotterdam, 25 januari 2006, LJN:B AV6379,B, 05/937.

<sup>34</sup> Zie de Memorie van toelichting, *Kamerstukken II* 2004/05, 29 834, nr. 3, p. 38.

*“Indien degene op wie de gedoogplicht rust jegens een derde gehouden is grond, die door degene op wie de gedoogplicht rust is bestemd voor het oprichten van een of meer gebouwen, zodanig te leveren dat die derde na verkrijging van de grond bij het door of vanwege hem oprichten van een of meer gebouwen niet gehinderd wordt door de in de grond aanwezige kabels ten dienste van een openbaar elektronisch communicatienetwerk, is het eerste lid van overeenkomstige toepassing. De oprichting van een of meer gebouwen dient op het moment dat een verzoek wordt gedaan voldoende bepaalbaar te zijn.”*

Op de hoofdregel uit het eerste lid, dat de gedoogplichtige verzoeker tevens degene moet zijn die de gebouwen op zal richten of de werken uit zal voeren, is met de wetwijziging van 1 februari 2007 een uitzondering gemaakt. Deze uitzondering biedt gemeenten de mogelijkheid aanspraak op de verplaatsingsregeling te maken als zij grond aan bijvoorbeeld een projectontwikkelaar moeten leveren, die daarop concrete bouwplannen heeft en voor deze plannen verplaatsing van de telecommunicatiekabels noodzakelijk is. Voor een geslaagd beroep moet zijn voldaan aan de volgende voorwaarden:

- De verzoeker is gedoogplichtige en;
- de grond waar de kabels liggen is bestemd voor het oprichten van gebouwen en;
- de verzoeker moet de grond zodanig aan een derde leveren dat deze derde niet wordt gehinderd als er door of vanwege deze derde op de grond een of meer gebouwen worden opgericht en;
- de oprichting op het moment van het verzoek reeds voldoende bepaalbaar is.

Over de nadere invulling van de vereisten voor toepassing van het tweede lid is, buiten de kamerstukken, nog weinig bekend. Lid 2 bevat onder andere het vereiste dat het moet gaan om “... grond, die door degene op wie de gedoogplicht rust is bestemd voor het oprichten van een of meer gebouwen”. Dit vereiste roept verschillende vragen op. Wordt met “bestemd” aangesloten bij de bestemming uit de ‘Wet op de ruimtelijke ordening’? Zo ja, dan vallen gronden die niet door de gedoogplichtige (gemeente) in het bestemmingsplan zijn bestemd voor het oprichten van gebouwen hiermee kennelijk buiten de reikwijdte van dit artikel. Waarschijnlijker is echter dat “bestemd” in de feitelijke zin dient te worden gelezen, te weten; “bedoeld voor”. Vervolgens kan de vraag gesteld worden, waaruit het bestemd zijn door de gedoogplichtige moet blijken. Kan volstaan worden met een vermelding in de koopovereenkomst, of moet dit zijn vastgelegd in bijvoorbeeld een structuurplan? Ten aanzien van zowel de uitleg die aan het woord “bestemd” moet worden gegeven, als de benodigde onderbouwing daarvan, bestaat voornamelijk onduidelijkheid. Voorts wordt in de parlementaire geschiedenis van de wetwijziging in het kader van het tweede lid slechts gesproken over woningbouw.<sup>35</sup> De gehanteerde term “gebouwen” is echter ruimer dan woningbouw, zodat ook voor de realisatie van bijvoorbeeld kantoren een beroep op deze bepaling mogelijk lijkt te zijn.

De eis dat “de oprichting op het moment van het verzoek reeds voldoende bepaalbaar is” maakt het onderscheid met bouwrijp maken zonder dat er concrete bouwplannen zijn, of de exacte locatie nog onduidelijk is. Er moet immers concreet uitzicht zijn op bouwwerkzaamheden die de verplaatsing van de telecommunicatiekabels noodzakelijk maken. Dit concrete uitzicht kan blijken uit het overleggen van een kopie van de ontvankelijke aanvraag om bouwvergunning.<sup>36</sup> De algemene verplichting in een koopovereenkomst de grond bouwrijp op te leveren (op zich) zal niet voldoende zijn. Art. 5.8 Lid 2 Tw beperkt zich vervolgens uitsluitend tot de oprichting van gebouwen. De uitvoering van werken is nadrukkelijk niet opgenomen. Werken lijken derhalve buiten de regeling van lid 2 te vallen.

---

<sup>35</sup> Zie MvT, Kamerstukken II 2004/05, 29 834, nr. 3, p. 38, 57 en 58.

<sup>36</sup> Zie MvT, Kamerstukken II 2004/05, 29 834, nr. 3, p. 58.

Als na verplaatsing op kosten van de aanbieder op grond van lid 2 blijkt dat toch niet wordt gebouwd, moeten de kosten van de verplaatsing aan de aanbieder worden vergoed.<sup>37</sup> Daarnaast komen de kosten van een tweede verplaatsing binnen een periode van 5 jaar na de eerste verplaatsing voor rekening van deze laatste verzoeker.<sup>38</sup> Deze bepalingen zijn opgenomen om misbruik van de verplaatsingsregeling te voorkomen. De praktische uitvoering ervan kan echter leiden tot discussies. Denk bijvoorbeeld aan het vaststellen van (een deel van) de kosten van een verplaatsing die reeds enkele jaren eerder is uitgevoerd.

De regeling in het tweede lid van art. 5.8 Tw leidt niet tot zwaardere lasten voor de aanbieders, aangezien slechts het moment waarop het beroep op art. 5.8 lid 1 Tw plaatsvindt naar voren is geschoven. De koper kan immers na de grondverwerving zelf ook een beroep doen op art. 5.8 lid 1 Tw,<sup>39</sup> dan wel op het vervallen van de gedoogplicht wegens niet-openbaar worden van de grond. De regeling van art. 5.8 lid 2 Tw heeft daarom vooral een potentiële bekorting van de doorlooptijd van projecten tot gevolg.

In de casus betekent de uitzondering van lid 2 dat de gemeente – in tegenstelling tot voor de wetwijziging – wél een beroep kan doen op de verplaatsingsregeling. De gemeente dient de grond bouwrijp aan de ontwikkelaar op te leveren en de ontwikkelaar heeft concrete bouwplannen waarvoor de verplaatsing van de kabels “noodzakelijk” is. Ook is de oprichting van de gebouwen voldoende bepaalbaar vanwege de ingediende (en ontvankelijke) aanvraag om bouwvergunning. Hiermee kan door de gemeente worden voldaan aan de uitzondering van art. 5.8 lid 2 Tw.

## 5 Gebruik van de verplaatsingsregeling door gemeenten

Omdat de meeste infrastructuur in (openbare) gemeentegrond ligt zijn het vooral de gemeenten die tegen de problematiek van het verplaatsten van telecommunicatiekabels aanlopen. De complexiteit van de regeling en met name de te late onderkenning van de mogelijke toepassingsmogelijkheden van de verplaatsingsregeling lijken er vaak de oorzaak van te zijn dat niet altijd optimaal gebruik wordt gemaakt van de mogelijkheid tot verplaatsing van telecommunicatiekabels op kosten van de aanbieder. De mogelijkheden voor verplaatsing worden bij projecten vaak pas onderzocht als de verplaatsing daadwerkelijk in zicht is. In dat stadium kan niet altijd meer worden voldaan aan de voorwaarden hiervan, of is, om bijvoorbeeld niet in tijdnood te komen, reeds (een betaalde) opdracht tot verplaatsing gegeven. De - vaak zeer hoge - kosten van verplaatsing van kabels worden dan soms onnodig gedragen door de gemeente of marktpartijen. Het is daarom van groot belang de eventuele verplaatsing van telecommunicatiekabels reeds vroegtijdig te onderkennen en te onderzoeken.

Omdat de systematiek van de verplaatsingsregeling in een vroeg stadium veel inspanning en informatieverzameling van verzoekers vraagt, doen deze er goed aan een kabels & leidingenprotocol op te stellen. Dit protocol bevat bij voorkeur de verschillende te nemen stappen voor de verplaatsingsregeling in relatie tot de planning van projecten. Een dergelijk protocol bevordert het inzicht in de mogelijkheden, kan vertraging van projecten en vooral hoge kosten voor verplaatsing voorkomen.

## 6 Conclusie

---

<sup>37</sup> Zie art. 5.8 lid 3 Tw.

<sup>38</sup> Zie art. 5.8 lid 4 Tw.

<sup>39</sup> Zie MvT, *Kamerstukken II 2004/05*, 29 834, nr. 3, p. 58.

De invoering van de wijziging van hoofdstuk 5 Tw heeft ten aanzien van de verplaatsingsregeling weinig veranderingen met zich meegebracht. De vereisten voor een beroep op deze regeling zijn ongewijzigd gebleven. Wel is in lid 2 een uitzondering gemaakt op de strenge regel van lid 1, inhoudende dat de verzoeker bij het bouwrijp maken ten behoeve van (woning)bouw niet meer tevens degene hoeft te zijn die de gebouwen opricht. In deze gevallen komen de kosten voor het verplaatsen van telecommunicatiekabels nu ook voor rekening van de eigenaren en niet langer voor rekening van de gemeente.

Hoewel de wettelijke regeling (nog steeds) niet uitblinkt in helderheid, is dit vermoedelijk niet de reden dat er in de praktijk niet altijd optimaal gebruik van wordt gemaakt. De werkelijke reden lijkt gezocht te moeten worden in onbekendheid met de verplaatsingsregeling, dan wel het in een te laat stadium van projecten een beroep doen op de regeling. Om met succes een beroep op de regeling "liggen om niet, verplaatsen om niet" te kunnen doen is het derhalve voor verzoekers van groot belang reeds vroegtijdig onderzoek naar de feitelijke situatie omtrent het betreffende project te doen. Verzoekers die regelmatig te maken hebben met deze regeling doen er goed aan een "*protocol verplaatsen van kabels en leidingen*" op te stellen. Hieraan kunnen nieuwe projecten worden getoetst om vast te stellen of een beroep op de verplaatsingsregeling uit de Tw mogelijk is en welke stappen doorlopen moeten worden voor een succesvol beroep hier op. Zo kunnen hoge kosten, onnodige procedures en vertraging van projecten worden voorkomen!