

Vergaderjaar 2003–2004

29 387

Herziening hoofdstuk 5 Telecommunicatiewet (graafrechten)

Nr. 1

BRIEF VAN DE MINISTER VAN ECONOMISCHE ZAKEN

Aan de Voorzitter van de Tweede Kamer der Staten-Generaal

's-Gravenhage, 19 december 2003

In oktober 2003 heeft u een wetsvoorstel tot wijziging van de Telecommunicatiewet (Tw) op basis van de Europese ONP-richtlijnen behandeld in uw Kamer (wetsvoorstel 28 851). Deze implementatie heeft – afgezien van de aanpassing van een aantal begrippen – geen inhoudelijke consequenties gehad voor hoofdstuk 5 van deze wet, waarin de graafrechten voor de telecommunicatie- en omroepsector geregeld worden. Uw Kamer heeft tijdens deze Kamerbehandeling verzocht om tegelijkertijd een aantal inhoudelijke wijzigingen in hoofdstuk 5 van de Tw door te voeren. Aangezien als algemene regel bij implementatiewetgeving geldt dat geen andere wijzigingen worden meegenomen, is dat – mede gezien het reeds lopende traject tot herziening van hoofdstuk 5 van de Tw – toen niet gebeurd. Op dit moment wordt door mijn ministerie, in overleg met de sector en de diverse betrokken instanties, gewerkt aan de herziening van hoofdstuk 5. Doelstelling van deze herziening betreft, naast het opheffen van een aantal onduidelijkheden binnen de huidige wettekst, het herstellen van de balans tussen publieke en private belangen die door de dynamiek in de markt enigszins is verstoord. Ik hecht eraan, gezien de actualiteit van dit onderwerp, uw Kamer – vooruitlopend op de indiening van het betreffende wetsvoorstel – op hoofdlijnen te informeren over het beleid dat hieraan ten grondslag ligt. Daarbij maak ik tevens van de gelegenheid gebruik om, zoals door mij toegezegd in het eerdergenoemde debat, uw Kamer te informeren over mijn standpunt aangaande het onroerend dan wel roerend zijn van telecommunicatiekabels.

In deze brief komt achtereenvolgens aan de orde:

1. de huidige systematiek van hoofdstuk 5
2. de aanleiding voor de herziening
3. de hoofdlijnen van het herziene hoofdstuk 5
4. telecommunicatiekabels: onroerend of roerend?

1. De huidige systematiek van hoofdstuk 5

Hoofdstuk 5 van de Tw handelt over de gedoogplicht voor aanleg, instandhouding en opruiming van telecommunicatie- en omroepkabels. De huidige systematiek van hoofdstuk 5 kent de volgende hoofdlijnen:

1. Het gedoogregime ten aanzien van kabels «ten dienste van een openbaar telecommunicatie- of omroepnetwerk» vormt de kern van de huidige systematiek van hoofdstuk 5 Tw. De algemene plicht om de aanleg, instandhouding en opruiming van kabels te gedogen kan voor iedere grondeigenaar gelden en betreft een aanzienlijke inbreuk op diens eigendomsrecht.
2. De telecomaandbieder heeft de plicht zijn kabels op eigen kosten te verplaatsen wanneer dit noodzakelijk is voor bijvoorbeeld het oprichten van een gebouw of het uitvoeren van een werk door de gedoogplichtige («liggen om niet, verleggen om niet»). In alle andere gevallen waarin de gedoogplichtige verplaatsing van de kabels wenst, dient hij de kosten hiervan zelf te dragen.
3. Om recht te doen aan de belangen van de gedoogplichtige heeft de telecomaandbieder de plicht te streven naar overeenstemming met de gedoogplichtige over de plaats en wijze van uitvoering van de graafwerkzaamheden. Blijkt het niet mogelijk overeenstemming te bereiken dan staat voor de gedoogplichtige de weg naar OPTA open.
4. Voor de aanleg van kabels in openbare grond heeft de gemeente een coördinatietak. Bij het uitoefenen van deze taak moet de gemeente niet alleen andere werkzaamheden betrekken, maar ook andere (met name publieke) belangen. Voordat met de uitvoering van de werkzaamheden kan worden begonnen dient de telecomaandbieder eerst de instemming van de desbetreffende gemeente te hebben. In het instemmingsbesluit kan de gemeente, in afwijking van het door de aanbieder ingediende voorstel, voorwaarden stellen aan het tijdstip en de wijze van uitvoering van de graafwerkzaamheden. Daarnaast is elke gemeente verplicht voor dit doel een verordening op te stellen.

2. De aanleiding voor de herziening

In de afgelopen jaren hebben verschillende partijen (onder andere gemeenten, telecomaandbieders en OPTA) te kennen gegeven dat zij problemen ondervinden dan wel signaleren bij de aanleg, instandhouding en opruiming van kabels. Daarnaast bestaat er binnen het huidige hoofdstuk 5 onduidelijkheid over de toedeling van taken en verantwoordelijkheden. Belangrijke knelpunten zijn:

- Door de grote hoeveelheden aangelegde telecomkabels (wel of niet gebruikt) is een aanzienlijke inbreuk gepleegd op het eigendomsrecht van de gedoogplichtigen. In deze brief wordt in de paragraaf 3.a ingegaan op de gemaakte afweging inzake het al dan niet handhaven van de huidige gedoogplicht.
- Veelvuldig opgebroken straten veroorzaken overlast, zowel gemeenten als burgers kunnen hierdoor schade danwel hinder ondervinden. Bijvoorbeeld door de verslechterde kwaliteit van de openbare wegen na graafwerkzaamheden. Dit wordt onder andere aangegeven door de Vereniging van Nederlandse Gemeenten (VNG). In deze brief wordt in de paragrafen 3.b en 3.c ingegaan op de hiermee samenhangende problematiek.
- Nutsbedrijven geven aan last te hebben van de vele telecomkabels die vaak boven op elektriciteitskabels en gas- en waterleidingen liggen. Daarbij speelt ook dat een groot aantal telecomkabels en mantelbuizen zijn aangelegd die vooralsnog niet in gebruik zijn genomen, maar wel een aanzienlijk beslag doen op de ondergrondse ruimte en ook als hinderlijk worden ervaren door andere partijen die toegang wensen tot

deze zelfde ondergrond. In deze brief wordt in de paragrafen 3.b en 3.d ingegaan op de hiermee samenhangende problematiek.

- Telecomaanbieders geven aan dat de onduidelijke reikwijdte van de gemeentelijke coördinatietaak de uitrol van hun netwerken bemoeilijkt. In deze brief wordt in paragraaf 3.c hierop ingegaan.
- Aangaande geschillen tussen telecomaandbieder en de gedoogplichtige is – gezien vanuit de aard van de geschillen – de vraag naar voren gekomen of OPTA danwel de civiele rechter deze dient te beslechten. In deze brief wordt in paragraaf 3.e hierop ingegaan.

Bovengenoemde problemen vragen om een oplossing. Overigens constateer ik op basis van de ervaring van de afgelopen jaren dat het huidige wetgevend kader heeft geleid tot een aanzienlijk aantal nieuwe aanbieders op de telecommarkt en in die zin zeker succesvol te noemen is. Maar daar staat tegenover dat de inbreuk die de gedoogplicht maakt op het eigendomsrecht aanzienlijk is. Gedoogplichtigen (onder andere burgers) krijgen in de huidige praktijk onvoldoende bescherming. Ik hecht dan ook – naast het stimuleren van de uitrol van telecomnetwerken – veel waarde aan het bieden van rechtsbescherming aan burgers en het waarborgen van publieke belangen zoals het beperken van overlast en het handhaven van de openbare orde. Het herstellen van deze balans tussen publieke en private belangen die door de dynamiek in de markt enigszins is verstoord, vormt – naast het ophelderen van een aantal onduidelijkheden binnen de huidige wettekst – de aanleiding tot herziening van het huidige hoofdstuk 5 van de Tw. Ik ben van mening dat deze herziening op zo kort mogelijke termijn zijn beslag dient te krijgen.

3. De hoofdlijnen van het herziene hoofdstuk 5

Over de hoofdlijnen van de herziening van hoofdstuk 5 heeft in de afgelopen periode, onder andere binnen het Overlegplatform Post en Telecommunicatie (OPT), het nodige overleg met de betrokken belanghebbenden plaatsgevonden. Ook met OPTA is uitvoerig gesproken. Daarnaast heb ik een extern bureau een toets laten uitvoeren op de hoofdlijnen voor de herziening. Dit geheel aan informatie brengt mij tot de hoofdlijnen zoals hierna uiteengezet.

a. Handhaven gedoogplicht

De beschikbaarheid van kwalitatief hoogwaardige telecommunicatievoorzieningen en keuzevrijheid zijn van belang voor de Nederlandse burger en de economie. De uitrol van deze telecomnetten veroorzaakt echter een aanzienlijke inbreuk op het eigendomsrecht van gedoogplichtigen. Om deze inbreuk op het eigendomsrecht te beperken is overwogen om de systematiek van de Belemmeringenwetten ook voor kabels ten dienste van een openbaar elektronische communicatienetwerk van toepassing te verklaren. Dit zou echter betekenen dat net als bij de aanleg van overige ondergrondse werken de Minister van Verkeer en Waterstaat per aanleg van een werk (situationeel) dient te besluiten of de gedoogplicht moet worden opgelegd. Tot het opleggen van deze gedoogplicht kan alleen worden besloten als degene die het werk wil aanleggen met de rechthebbende(n) ten aanzien van de onroerende zaak niet tot overeenstemming is gekomen, de belangen van de rechthebbende(n) redelijkerwijs onteigening niet vorderen, en in het gebruik van de onroerende zaak niet meer belemmeringen worden aangebracht dan redelijkerwijs voor de aanleg en instandhouding van het werk nodig is.

De aanleg van telecomkabels onderscheidt zich echter van de aanleg van bijvoorbeeld elektriciteitskabels, gas- en waterleidingen doordat het een (op infrastructuurniveau) concurrerende markt betreft en elke aanbieder gelijke rechten behoort te hebben. Dit verhoudt zich – nog afgezien van de praktische uitvoerbaarheid – niet met de systematiek van de

Belemmeringenwetten waarbij elk verzoek om aan te mogen leggen afzonderlijk door de Minister van Verkeer en Waterstaat beoordeeld moet worden. Om ook in de toekomst de uitrol van openbare elektronische communicatienetwerken te kunnen garanderen, wordt de gedoogplicht zoals momenteel vastgelegd in het huidige hoofdstuk 5 van de Tw gehandhaafd, evenals het principe «liggen om niet, verleggen om niet».

b. Omgang met niet-gebruikte telecomkabels en lege mantelbuizen

De gedoogplicht zal behalve voor telecomaanhouders (de huidige situatie) ook voor aanleggers van telecomkabels gaan gelden. Hiermee wordt ingespeeld op de huidige praktijk waarin steeds vaker niet de telecomaanhouders zelf, maar gespecialiseerde bedrijven de telecomkabels aanleggen, op eigen kosten en voor eigen risico. Ook de aanleg van kabels of lege mantelbuizen die pas op termijn onderdeel gaan uitmaken van een netwerk dient – conform het amendement Blok (Tweede Kamer, vergaderjaar 2003–2004, 28 851, nr. 41) dat in oktober 2003 door uw Kamer is aangenomen – gedoogd te worden.

Ik merk hierbij wel het volgende op. Het brengen van niet-gebruikte kabels en lege mantelbuizen onder de gedoogplicht, voor zover deze niet (direct) nodig zijn voor een openbaar elektronisch communicatienetwerk, betekent (ten opzichte van de situatie waarin enkel gebruikte kabels en mantelbuizen moeten worden gedoogd) een nog verdere inbreuk op het eigendomsrecht. Dit acht ik dan ook uitsluitend te rechtvaardigen onder de conditie dat deze infrastructuur binnen een zekere termijn ook daadwerkelijk zal worden gebruikt. Het is immers het faciliteren van de aanleg van openbare elektronische communicatienetwerken die de rechtvaardiging is voor de inbreuk op het eigendomsrecht. Aan de aanleg van kabels of buizen die – blijvend – niet ten dienste van een openbaar elektronisch communicatienetwerk staan kan toch moeilijk een zodanig algemeen belang worden toegekend dat een inbreuk op het eigendomsrecht is gerechtvaardigd. Daarom zal de gedoogplicht alleen gelden als de voorzieningen uiterlijk binnen een bepaalde termijn na aanleg ook daadwerkelijk in gebruik worden genomen als onderdeel van een openbaar elektronisch communicatienetwerk. Is dit – naar het oordeel van de gemeente, die de kabelbeheerder vraagt dit op overtuigende wijze aan te tonen – niet het geval, dan valt de betreffende infrastructuur vanaf dat moment niet meer onder de gedoogplicht. Het stellen van een dergelijke termijn bevordert bovendien dat al aanwezige voorzieningen ook daadwerkelijk in gebruik worden genomen, waardoor onnodig graven kan worden voorkomen. Voor niet-gebruikte telecomkabels en lege mantelbuizen die in de afgelopen tijd al zijn aangelegd, gaat deze termijn overigens pas in op het moment dat het herziene hoofdstuk 5 in werking treedt. Ik ben voornemens om deze termijn vast te stellen op vier jaar. Ik besef daarbij dat de telecomsector liefst kijkt naar de afschrijvingstermijn en dan een termijn noemt van bijvoorbeeld vijftien jaar. Deze zienswijze deel ik niet. Het aanleggen van voorzieningen die gedurende de gehele afschrijvingstermijn of een groot deel daarvan ongebruikt blijven, is vanuit het algemeen maatschappelijk belang niet nodig, en kan evenmin een inbreuk op het eigendomsrecht rechtvaardigen. Gemeenten daarentegen willen de mogelijkheid om al op korte termijn te kunnen optreden tegen de in sommige gevallen excessieve hoeveelheden lege buizen en vragen om een termijn van één maximaal twee jaar. Een periode van vier jaar zie ik in deze context als een termijn die enerzijds redelijk tegemoet komt aan de vraag van gemeenten en anderzijds telecompartijen ruim de gelegenheid geeft om de aangelegde voorzieningen zelf te gebruiken of ze door anderen te laten gebruiken.

In tegenstelling tot het huidige hoofdstuk 5 bevat het herziene hoofdstuk 5, tegenover de aanzienlijke inbreuk op het eigendomsrecht, een afdoende

bescherming van de belangen van gedoogplichtigen en van de gemeenschap. Daarom wordt gestimuleerd (bijvoorbeeld door de hierboven genoemde vier jaar termijn) dat telecomaandbieders, wanneer die mogelijkheid bestaat, gebruik maken van reeds in de grond aanwezige telecomkabels en/of mantelbuizen. Dit zowel ter voorkoming van het onnodig inbreuk maken op het eigendomsrecht als ter voorkoming van onnodige graafovername. Afdoende bescherming (met name voor burgers als grondeigenaar) betekent ook dat aanleg zoveel mogelijk in openbare gronden moet plaatsvinden, dat overlast door werkzaamheden tot een minimum beperkt moet blijven en dat in dit verband redelijke eisen van de gedoogplichtige gehonoreerd moeten worden. In aanvulling op het huidige hoofdstuk 5, zal er daarom door een telecomaandbieder gestreefd moeten worden naar overeenstemming met de gedoogplichtige over het tijdstip van aanleg en niet alleen over de plaats en de wijze van uitvoering. Nieuw is ook dat voor aanleg in tuinen, erven en in gebouwen naar overeenstemming met de gedoogplichtige dient te worden gestreefd. De gedoogplichtige krijgt tevens het recht zelf te bepalen welke partij (op kosten van de aanbieder of aanlegger) zijn grond terugbrengt in de oorspronkelijke staat.

c. Rol gemeente

Publieke belangen die, ondanks de gedoogplicht, gewaarborgd dienen te blijven, worden in tegenstelling tot de huidige wetstekst, expliciet benoemd in het herziene hoofdstuk 5.

Zo moet een aanbieder voldoen aan gerechtvaardigde eisen die een gemeente stelt ter bescherming van de publieke belangen. Deze publieke belangen betreffen: het voorkomen of beperken van overlast, het handhaven van de openbare orde, veiligheid, bereikbaarheid en ondergrondse ordening. In de gemeentelijke instemmingsprocedure dienen, in relatie tot het verzoek om te graven, deze belangen goed te worden gewogen (waarbij de gedoogplicht blijft gelden).

Daarnaast blijft de gemeente verplicht om een verordening op te stellen. Zaken die hier in elk geval onderdeel van dienen uit te maken, worden (in tegenstelling tot de huidige situatie) afzonderlijk genoemd in het herziene hoofdstuk 5.

De gedoogplicht doet overigens op geen enkele wijze afbreuk aan de noodzaak om door andere wet- of regelgeving voorgeschreven vergunningen te krijgen voor het gebruik van bepaalde gronden. Momenteel bestaat hierover onduidelijkheid. Wanneer voor de aanleg van telecomkabels zowel een instemmingsbesluit van de gemeente als een vergunning van een ander bestuursorgaan nodig is, heeft de gemeente hierin een coördinerende taak gericht op het voorkomen danwel oplossen van eventuele tegenstrijdigheden in de betreffende procedures. Zowel de reikwijdte van de gedoogplicht als deze coördinerende taak van de gemeente wordt in het herziene hoofdstuk 5 duidelijker uiteengezet.

Diverse telecompacties hebben – aangezien het huidige hoofdstuk 5 hierover geen enkele bepaling bevat – gevraagd te bewerkstelligen dat oneerlijke concurrentie door gemeenten bij de aanleg van telecomkabels wordt voorkomen. Zij doelen daarbij bijvoorbeeld op het door een gemeente zelf (laten) aanleggen van een breedband glasvezelnetwerk binnen de eigen gemeentegrens. Ik ben met telecompacties van mening dat gemeenten niet marktversturend mogen optreden. Aan de vraag van telecompacties wordt tegemoet gekomen door in het wetsontwerp de rol van de gemeente als bestuursorgaan (coördinerende rol en het nemen van instemmingsbesluiten bij de aanleg van kabels in de openbare grond) beter in te kaderen. Een algehele regeling voor marktactiviteiten van de gemeente acht ik in het herziene hoofdstuk 5 niet op zijn plaats. Indien zulke regelgeving noodzakelijk is, dan zal deze moeten gelden voor de

gehele overheid. Wel zal ik bezien of in hoofdstuk 5 – in lijn met de Europese Richtlijn 2002/21/EG (Kaderrichtlijn) – een artikel moet worden opgenomen dat voorschrijft dat als een lokale of andere overheid de eigendom of zeggenschap heeft over ondernemingen die elektronische communicatienetwerken en/of -diensten exploiteren, er een daadwerkelijke structurele scheiding dient te bestaan tussen de verantwoordelijkheid voor het verlenen van een instemmingsbesluit en de activiteiten die verband houden met de eigendom of zeggenschap.

d. Hinder door telecomkabels op overige ondergrondse infrastructuren

Het belang van telecominfrastructuur – en daarmee samenhangend de gedoogplicht – rechtvaardigen niet dat telecomkabels de instandhouding van andere reeds in de ondergrond aanwezige infrastructuren in gevaar brengen of aanzienlijk bemoeilijken (bijvoorbeeld het niet kunnen geven van onderhoud aan een waterleiding vanwege de daar bovenop aangelegde telecomkabels). De huidige wet schiet tekort door de relatie tussen telecomkabels en overige ondergrondse infrastructuur niet te adresseren. Een telecomaandbieder dient dan ook bij de aanleg, instandhouding en opruiming van kabels de instandhouding van andere reeds in de grond aanwezige werken niet in gevaar te brengen of aanzienlijk te bemoeilijken. Indien een telecomaandbieder zich hier niet aan houdt, dan dient hij op eigen kosten maatregelen te nemen ten aanzien van de kabels ten dienste van zijn netwerk, waaronder zonodig het verplaatsen van de kabels, om aan de strijdigheid een einde te maken. In tegenstelling tot het huidige hoofdstuk 5 dat hierover geen bepaling bevat, wijst de formulering in het herziene hoofdstuk 5 telecomaandbieders op deze verantwoordelijkheid bij het uitoefenen van de gedoogplicht en verbind daaraan de genoemde consequenties.

e. Rol OPTA

Voordat uitvoering kan worden gegeven aan de werkzaamheden moet naar overeenstemming worden gestreefd door de aanbieder van een openbaar elektronisch communicatienetwerk met de gedoogplichtige. Dit geldt voor werkzaamheden met betrekking tot de aanleg, instandhouding en opruiming van de kabels. Het gaat daarbij om de plaats van de uit te voeren werkzaamheden, het tijdstip en de werkwijze. Indien er geen overeenstemming wordt bereikt kan gedoogplichtige op grond van de huidige Telecommunicatiewet een geschil aanhangig maken bij OPTA. Een dergelijke geschillenbeslechtende bevoegdheid bestaat ook indien er geen overeenstemming kan worden bereikt over de kosten van verplaatsing. Deze geschillen zijn bij uitstek civielrechtelijk van aard. Het gaat om twee civiele partijen die een geschil hebben dat betrekking heeft op een (bij wet toegestane) inbreuk op het eigendomsrecht. Onderwerp van geschil kan dan de vraag zijn hoe, wanneer en waar gegraven mag worden en wie de kosten van verplaatsing dient te dragen. De vragen die hierbij aan de orde zijn betreffen de redelijkheid en zorgvuldigheid die partijen jegens elkaar moeten betrachten, vragen die niet anders zouden zijn, als het zou gaan om de aanleg van andere kabels of andere ondergrondse voorzieningen die niet ten dienste staan van openbare elektronische communicatienetwerken. Marktordening of de concurrentieverhouding tussen aanbieders, speelt bij de geschilbeslechting zoals hier aan de orde geen rol, evenmin als de marktpositie van de betrokken telecomaandbieder. Evenmin is er bij deze geschilbeslechting sprake van het handhaven van een publiek belang door de geschilbeslechter. Het publieke belang is weliswaar tot uitdrukking gebracht door de gedoogplicht in de wet op te nemen, maar speelt bij de beslechting van een geschil daaromtrent geen rol; de gedoogplicht staat als zodanig namelijk niet ter discussie in het geschil. Tegen deze achtergrond ligt het in de rede te concluderen dat

deze geschilbeslechtende taak in beginsel behoort tot het domein van de civiele rechter.

Hierbij speelt een rol dat OPTA mogelijk op termijn deel gaat uitmaken van de NMa, een organisatie die gespecialiseerd is op het terrein van marktordening en vragen van mededingingsrechtelijke aard. Het opdragen van taken, die niets te maken hebben met marktordening of mededinging aan de NMa acht ik ongewenst.

Daar staat echter tegenover dat in de afgelopen maanden uit reacties uit de reacties van leden van het Overlegplatform Post en Telecommunicatie (OPT) en ook uit de rapportage van de door eerdergenoemde externe instantie uitgevoerde toets, is gebleken dat partijen op dit punt hechten aan behoud van de rol van OPTA (EnergieNed, de Intergemeentelijke Werkgroep Kabels & Leidingen en de geconsulteerde telecompartijen met uitzondering van KPN) danwel hieromtrent een neutrale mening hebben (Vereniging voor Nederlandse Gemeenten en de Vereniging van Waterbedrijven in Nederland). De argumentatie pro-OPTA is vooral gebaseerd op het hebben van één centrale instantie die laagdrempelig, transparant en deskundig is aangaande graafrechten, hetgeen bijdraagt (bijvoorbeeld door informatieverstrekking) aan het voorkomen danwel het uniform behandelen van geschillen. Daarnaast betreft het de huidige praktijk waarover partijen tevreden zijn.

Ik heb begrip voor de opvattingen van de partijen. Dat neemt niet weg dat ik van oordeel ben dat – op enig moment – bezien moet worden in hoeverre de genoemde taken logisch zijn binnen het overige takenpakket van OPTA, en in overeenstemming zijn met hetgeen is opgenomen in de aanwijzingen voor de regelgeving aangaande de taken van zelfstandige bestuursorganen. Ik sta daarom de volgende gedragslijn voor: Gelet op de wensen van diverse partijen blijven de geschilbeslechtende taken vooralsnog bij OPTA. Zodra er zich een logisch moment voordoet, zal principieel worden bezien in hoeverre deze taak bij OPTA thuishoort. Ik denk bij dit moment in het bijzonder aan de mogelijke samenvoeging van OPTA en NMa, of aan de periodieke evaluatie van OPTA.

f. Planning

Op dit moment dan wel in de komende periode wordt, zoals de zorgvuldigheid vereist, van diverse instanties (onder andere OPT, VNG, OPTA, ACTAL en Justitie) advies ingewonnen met betrekking tot het conceptwetsvoorstel. Zodra deze adviezen verwerkt zijn, wordt het wetsvoorstel via de Ministerraad (naar verwachting in maart 2004) voorgelegd aan de Raad van State. Na verwerking van het advies van de Raad van State wordt het wetsvoorstel voor het herziene hoofdstuk 5 van de Telecommunicatiewet ingediend bij uw Kamer. Ik ga er vooralsnog vanuit dat dit zal plaatsvinden in de zomer 2004.

g. Relatie met verplichte informatie-uitwisseling

Overigens heb ik, samen met de minister van VROM, uw Kamer middels een separate brief recentelijk geïnformeerd over de aanpak en voortgang aangaande de door het Kabinet toegezegde integrale regeling voor verplichte informatie-uitwisseling over de ligging van kabels en leidingen bij graafwerkzaamheden (grondroerdersregeling). Alhoewel deze grondroerdersregeling en de herziening van hoofdstuk 5 van de Telecommunicatiewet enige relatie met elkaar hebben, verdienen de actuele problemen (veelal rond telecommunicatie) een snelle oplossing. Een spoedige herziening van hoofdstuk 5 van de Telecommunicatiewet, voorafgaand aan de besluitvorming omtrent de grondroerdersregeling, is daarvoor de enige mogelijkheid.

4. Telecommunicatiekabels: onroerend of roerend?

a. Inleiding

De Hoge Raad heeft in twee arresten van 6 juni 2003 op het terrein van de overdrachtsbelasting geoordeeld dat een in de grond aangelegde centrale antenne inrichting (een omroepnetwerk) beschouwd moet worden als een onroerende zaak. Hiermee maakte de Hoge Raad een einde aan een reeds jarenlang bestaande onduidelijkheid over de goederenrechtelijke status van (omroep)netwerken.

Tijdens de behandeling van wetsvoorstel 28 851, betreffende de implementatie van nieuwe Europese richtlijnen op het terrein van de elektronische communicatie, is naar aanleiding van deze arresten door de heer Blok een amendement ingediend (Tweede Kamer, vergaderjaar 2003–2004, 28 851, nr. 30). Het amendement voorzag in een bepaling waarbij telecommunicatiekabels (kabelnetwerken) roerend werden verklaard. Op mijn verzoek heeft de Kamer het betreffende amendement niet in stemming gebracht. Mijn verzoek was, zoals bekend, ingegeven door de complexiteit van het onderwerp en de daardoor moeilijk te overziene gevolgen van een dergelijk amendement. Daarbij heb ik toegezegd in het kader van de herziening van hoofdstuk 5 van de Telecommunicatiewet op de kwestie terug te komen.

b. Reacties uit de telecomsector

Het hiervoor genoemde amendement is ingegeven door de beroering die de arresten in de telecommunicatiesector hebben veroorzaakt. Deze reactie laat zich, zo geeft de sector aan, verklaren door het feit dat er in de rechtspraak, bij gebrek aan een hoogste juridisch oordeel, reeds lange tijd is gehandeld vanuit de veronderstelling dat omroep- en telecommunicatienetwerken roerende zaken zijn. Hierdoor zijn kabelnetwerken in de meeste gevallen niet overgedragen volgens de formaliteiten die gelden voor onroerende zaken, zoals het opstellen van een notariële leveringsakte en het inschrijven van deze akte in de daarvoor bestemde openbare registers. Het gevolg hiervan is dat de juridische eigendom van de desbetreffende netwerken, ondanks de bedoelingen van partijen, niet is overgegaan en dat feitelijk alleen de economische eigendom (het exploitatierecht) is overgegaan. Ook voor in het verleden gevestigde zekerheidsrechten hebben de arresten van de Hoge Raad gevolgen. Zo zijn, aldus de sector, uitgaande van het roerende karakter, in de praktijk vaak pandrechten in plaats van hypotheekrechten gevestigd op netwerken. Dit heeft tot gevolg dat het beoogde zekerheidsrecht niet tot stand is gekomen.

De arresten van de Hoge Raad hebben mogelijk ook gevolgen voor niet-openbare netwerken, zoals bijvoorbeeld netwerken van surfnet en de diverse bedrijfsnetwerken. Uitgangspunt in de arresten is immers dat kabelnetwerken (vertikaal) worden nagehouden, waardoor de eigenaar van de grond in beginsel de eigenaar van het kabelnetwerk wordt. Deze natrekking wordt echter voor openbare netwerken doorbroken, zo oordeelt de Hoge Raad, aangezien de Telecommunicatiewet bepaalt dat de aanleg van kabels ten behoeve van een openbaar telecommunicatienetwerk geen verandering brengt in de eigendom van hetgeen is aangelegd. Bedoelde bepaling in de Telecommunicatiewet heeft echter alleen betrekking op openbare netwerken. Voor de niet-openbare telecommunicatienetwerken lijkt derhalve te gelden dat deze (vertikaal) worden nagehouden. Anders gezegd: bij niet-openbare netwerken geldt, met uitzondering van het geval dat de kabels door horizontale natrekking eigendom zouden zijn geworden van de eigenaar van een (andere) onroerende zaak waar de kabels mee zijn verbonden, dat zodra de kabels in de grond zijn aangebracht deze eigendom worden van de grondeigenaar. Dit kan alleen

voorkomen worden indien voor de aanleg een recht van opstal wordt gevestigd. Dit betekent dat daar waar dit in het verleden niet is gebeurd – en dat is gezien de veronderstelling dat het om een roerende zaak ging veelal het geval – de eigendom van het niet-openbare netwerk niet ligt bij degene die het ten eigen dienste heeft aangelegd, maar bij de eigenaar van de grond waarin het netwerk is aangelegd. Naast de gevolgen voor het verleden hebben, aldus de telecommunicatiesector, de arresten van de Hoge Raad ook nadelige gevolgen voor de toekomst. Zo wordt onder andere aangevoerd dat het systeem van openbare registers met inbegrip van de kadastrale registratie, zoals dat functioneert bij onroerende zaken, niet voldoende is toegesneden op de problemen die zich voordoen bij telecommunicatienetwerken.

Voorts zijn uiteraard ook de fiscale gevolgen aanleiding voor de reacties uit de telecommunicatiesector. Immers door de kwalificatie van netwerken als onroerend kan over de verwerving van de eigendom, hieronder mede begrepen de economische eigendom, van een kabelnetwerk (alsnog) overdrachtsbelasting worden geheven. Daarbij dient bedacht te worden dat in het verleden hoge bedragen zijn betaald voor de verwerving van kabelnetwerken. Voorts geeft het onroerende karakter gemeenten mogelijk aanleiding tot het aanslaan van eigenaren en gebruikers van netwerken voor onroerendezaakbelasting.

c. Vervolg met betrekking tot de telecomsector

Het voorgaande maakt duidelijk dat de arresten van de Hoge Raad aanzienlijke gevolgen hebben voor de praktijk. Er moet echter voor worden gehoeid de gevolgen over de spreekwoordelijke zelfde kam te scheren. Van belang is onderscheid te maken tussen de gevolgen van beide arresten naar het verleden en de gevolgen naar de toekomst. Bovendien is het van groot belang de civielrechtelijke gevolgen los te bezien van de fiscale gevolgen.

Een zeer complex vraagstuk is hoe om te gaan met de civielrechtelijke gevolgen met betrekking tot het verleden. Zou bijvoorbeeld in lijn met het hiervoor genoemde amendement van de heer Blok worden bepaald dat kabels roerende zaken zijn, dan doet dit niets af aan het feit dat de kabels in het verleden onroerend waren. De hiervoor genoemde gevolgen van de arresten van de Hoge Raad blijven in dat geval voor wat betreft het verleden dus ongewijzigd. Immers nog steeds is in het verleden op een verkeerde manier de eigendom overgedragen, nog steeds is daar waar een hypotheekrecht had moeten worden gevestigd een pandrecht gevestigd. Het verlenen van terugwerkende kracht lijkt hier op het eerste gezicht een oplossing te bieden. Dit is waarschijnlijk echter niet het geval. Het verlenen van terugwerkende kracht heeft namelijk in bepaalde gevallen hetzelfde effect als onteigening. Door terugwerkende kracht te verlenen aan een wettelijke bepaling die kabels als roerend bestempelt, verliest de oorspronkelijke eigenaar, die doordat hij op een verkeerde wijze heeft overgedragen nog steeds eigenaar is van het netwerk, op het moment van inwerkingtreding van een wettelijke bepaling met terugwerkende kracht alsnog de eigendom van het netwerk.

Voor wat betreft de civielrechtelijke gevolgen van de arresten naar de toekomst is nader onderzoek nodig. Mocht inderdaad blijken dat er, zoals vanuit de telecomsector wordt aangegeven, problemen zijn bij de overdracht van telecommunicatienetwerken of bij het vestigen van zekerheidsrechten, dan zal voor deze problemen uiteraard een passende oplossing moeten worden gevonden.

Met betrekking tot de fiscale gevolgen merk ik het volgende op: Hoewel het begrijpelijk is dat de telecomsector haar fiscale lasten zo laag mogelijk

wenst te houden zie ik voor wat betreft de toekomst geen reden om voor de telecomsector een uitzondering te maken. Ten aanzien van het verleden wordt momenteel door de Financiën/Belastingdienst bekeken hoever de Belastingdienst terug zal gaan met het opleggen van naheffingen. Overigens leidt niet iedere overdracht van een kabelnetwerk tot heffing van overdrachtsbelasting. Overdrachtsbelasting is verschuldigd wanneer de overdracht heeft plaatsgevonden via een zogenoemde aktiva/passiva transactie. Wordt echter het kabelbedrijf, met inbegrip van het netwerk, overgedragen door overdracht van de aandelen van de vennootschap waarin het bedrijf is ondergebracht, dan kan geen overdrachtsbelasting worden geheven.

d. Vervolg met betrekking tot de energiesector

Naast de beschreven gevolgen voor de telecommunicatie hebben de arresten van de Hoge Raad mogelijk ook gevolgen voor de energienetten. Thans bestudeer ik deze mogelijke gevolgen van de uitspraken voor Energie. Ik betrek daarbij ook de reactie die ik van EnergieNed heb ontvangen. Indien dit noodzakelijk en wenselijk is, zal ik ook daar adequate maatregelen nemen. Het spreekt voor zich dat ik zal streven naar een zoveel mogelijke uniforme aanpak voor telecommunicatie en energie.

e. Hoe nu verder?

Ik hoop dat uit het voorgaande duidelijk is geworden dat de besluitvorming aangaande het onroerend laten danwel roerend verklaren uiterst zorgvuldig dient te geschieden. Dit neemt niet weg dat ook snelheid is geboden, zeker nu het bedrijfsleven wacht op een definitief standpunt van de wetgever. Ik streef er dan ook naar om dit voorjaar een inhoudelijk standpunt inzake voornoemd vraagstuk aan uw Kamer kenbaar te maken.

De Minister van Economische Zaken,
L. J. Brinkhorst