

ECLI:NL:RBAMS:2016:10000

Instantie	Rechtbank Amsterdam
Datum uitspraak	01-06-2016
Datum publicatie	11-10-2022
Zaaknummer	C/13/357826 / HA ZA 06-3922
Rechtsgebieden	Civiel recht
Bijzondere kenmerken	Eerste aanleg - meervoudig
Inhoudsindicatie	Beleid gemeente op grond van Telecommunicatiewet oud inzake tarieven nutsbedrijven voor herbestrating. Rechtbank acht bewezen dat dit niet leidt tot hogere opbrengsten dan kosten. Beleid voldoet dus aan voorwaarde dat dit marktconform is.
Vindplaatsen	Rechtspraak.nl

Uitspraak

vonni s

RECHTBANK AMSTERDAM

Afdeling privaatrecht

zaaknummer / rolnummer: C/13/357826 / HA ZA 06-3922 Vonnis van 1 juni 2016
in de zaak van

de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid

TELE2 NEDERLAND B.V. (voorheen Versatel Nederland B.V.), gevestigd te Amsterdam,
eiseres,

advocaat mr. J.R. van Angeren te Amsterdam,

tegen

de publiekrechtelijke rechtspersoon

DE GEMEENTE AMSTERDAM,

zetelend te Amsterdam, gedaagde,

advocaat mr. H.P. Wiersema te Amsterdam.

Partijen zullen hierna Tele2 en de Gemeente genoemd worden.

1 De procedure

1.1. Het verloop van de procedure blijkt uit:

- het tussenvonnis van 11 november 2015
- de akte uitlaten enquête van de Gemeente met productie
- de antwoordakte van Tele2 met producties
- de akte uitlaten producties van de Gemeente.

1.2. Ten slotte is vonnis bepaald.

2 De verdere beoordeling

2.1. In het tussenvonnis van 30 januari 2008 is overwogen dat de vorderingen van Tele2 die zagen op vermeend onrechtmatig handelen van de Gemeente voor afwijzing gereed lagen. Ter beoordeling ligt nog voor of - kort gezegd - de Gemeente marktconforme tarieven hanteert in zijn algemeenheid (in r.o. 3.1 van dit tussenvonnis en hierna aangeduid als vordering 2) en of het bedrag dat de Gemeente Tele2 (toen: Versatel) bij factuur van 23 februari 2006 in rekening heeft gebracht daarom te hoog is (vordering 1).

2.2. Het geschilpunt tussen partijen spitst zich toe op de vraag of de door de Gemeente gehanteerde berekeningsmethode leidt tot marktconforme tarieven. Deze berekeningsmethode is neergelegd in het Handboek Ondergrondse Infrastructuur en Voorzieningen van de gemeente Amsterdam (hierna: het HOI) en in de Leidraad voor de gemeenten en nutsbedrijven inzake (her)bestratingswerkzaamheden, uitgegeven door de Vereniging Nederlandse Gemeenten (VNG) (hierna: de Leidraad). Tele2 stelt zich op het standpunt dat de methode neergelegd in de "Richtlijn Tarieven (graaf-)werkzaamheden telecom" van 12 maart 2004 van de VNG leidinggevend zou moeten zijn. Voor de verschillen in berekeningsmethode verwijst de rechtbank naar hetgeen hieromtrent reeds is overwogen in de tussenvonnissen (zie onder meer r.o. 2.3. van het tussenvonnis van 11 november 2015).

2.3. Zoals in het tussenvonnis van 11 november 2015 is overwogen, hebben de benoemde deskundigen van Arcadis en PRC slechts antwoord gegeven op de vraag of in hun optiek de door de Gemeente gehanteerde berekeningsmethode uit het HOI en de Leidraad voor het in rekening brengen van (her)bestratingswerkzaamheden redelijk is ten opzichte van de methode neergelegd in de Richtlijn. Op die vraag hebben de deskundigen bovendien een aan elkaar tegengesteld antwoord gegeven. De rechtbank heeft daarom de Gemeente alsnog opgedragen te bewijzen dat zij marktconforme tarieven hanteert.

2.4. De Gemeente heeft ter uitvoering van deze bewijsopdracht bij akte van 9 december 2015 een notitie "Marktconformiteit tarieven (her)straatwerk" ingediend (hierna: de notitie), opgesteld door Witteveen & Bos Raadgevende Ingenieurs B.V. te Deventer. In deze notitie wordt aan de hand van een (zeer beperkt) praktijkonderzoek antwoord gegeven op de volgende twee vragen:

1. Wordt het te herstraten oppervlak marktconform bepaald en doorberekend?
2. Is de gehanteerde eenheidsprijs voor het herstraten marktconform en wordt deze correct doorberekend?

In de notitie wordt vervolgens in antwoord op vraag 1 aan de hand van een bezoek aan drie verschillende projectlocaties verslag gedaan van de berekening van zowel de in de praktijk nagemeten herstrate verhardingsoppervlakte als de aan het nutsbedrijf in rekening gebrachte oppervlakte. Bij die drie locaties concludeert Witteveen & Bos dat het berekende tariefoppervlak gelijk was aan of kleiner was dan het daadwerkelijk opgegraven oppervlak. In het onderzoek naar de beantwoording van vraag 2 doet Witteveen & Bos verslag van een vergelijking van de door de aannemer aan de Gemeente in rekening gebrachte kosten met de door de Gemeente aan het nutsbedrijf uitgebrachte factuur bij één van de bezochte projectlocaties. Dit betrof een opgraving in het stadsdeel Centrum waarbij dus een

extra weegfactor (correctie) was aangebracht van 30%. Niettemin betrof het aan het nutsbedrijf in rekening gebrachte tarief een lager tarief dan de Gemeente aan de aannemer verschuldigd was voor de graafwerkzaamheden. Daarnaast heeft Witteveen & Bos in zijn algemeenheid de hoogte van de bedragen onderzocht die volgens de methode van het HOI in rekening zijn gebracht bij de nutsbedrijven over de jaren 2013, 2014 en 2015. Conclusie van dat onderzoek was dat de Gemeente over die jaren meer kosten heeft gemaakt dan opbrengsten heeft gehad voor verhardingen die op deze manier in rekening worden gebracht.

De conclusie die Witteveen & Bos in haar notitie heeft opgenomen, luidt als volgt: "Het praktijkonderzoek heeft als vanzelfsprekend in het heden plaatsgevonden. Dit onderzoek is geschikt voor de beoordeling van deze tien jaar oude zaak omdat de werkwijze met betrekking tot het samenstellen van de tarieven onveranderd is sindsdien.

VRAAG: is het tarief van (her)bestratingswerkzaamheden dat de gemeente in rekening brengt na het leggen van of bij onderhoud aan kabels en leidingen marktconform?

ANTWOORD 1: de verrekening van de verhardingsoppervlakte is marktconform omdat de daadwerkelijk herstrate vierkante meters in rekening worden gebracht(...). Dit gebeurt op basis van nacalculatie (dus achteraf) en alle betrokken partijen worden in de gelegenheid gesteld de oppervlakte te controleren, in te voeren en goed te keuren.

ANTWOORD 2: de verrekening van de eenheidsprijs is marktconform omdat de theoretische rekenwijze ($28,15 / m^2$) van de gemeente aansluit bij de door de markt bepaalde eenheidsprijs ($28,42 / m^2$). De door de gemeente in rekening gebrachte toeslagen voor onderhoud, degeneratie en beheer alsmede de weegfactor blijken conform de jaaroverzichten uit MOOR kostendekkend te zijn voor de interne gemeentelijke kosten. We wijzen erop dat feitelijk de gemeente over de afgelopen 3 jaren tekort komt op (...) tarieven. (...)."

2.5. Tele2 heeft bij antwoordakte betoogd dat de Gemeente met het rapport van Witteveen & Bos het haar opgedragen bewijs niet heeft geleverd. Zij voert daartoe samengevat aan dat:

1. het rapport ten onrechte niet ingaat op de facturen zoals die aan Tele2 in rekening zijn gebracht;
2. het rapport ten onrechte veronderstelt dat de uitgangspunten gelijk waren. Dat is niet het geval omdat de Gemeente sinds 1 oktober 2009 uitgaat van een andere berekeningsmethodiek, neergelegd in de zogeheten Nadere Regels Werken in de Openbare Ruimte (WIOR) ingevolge de Verordening Werken in de openbare ruimte in plaats van het HOI;
3. het rapport niet ingaat op de kern van de zaak, namelijk: is het marktconform om naast een tarief inclusief het forfaitaire percentage van 20% voor gatvergroting het werkelijk opgebroken straatwerk in rekening te brengen. Het forfaitaire percentage houdt al rekening met het verschil tussen de sleufbreedte en het daadwerkelijk opgebroken straatwerk;
4. het onderzoek niet representatief is omdat het onderzoek ziet op een beperkte periode en een beperkt soort werkzaamheden en bovendien veertien locaties zijn onderzocht, maar de conclusies slechts op basis van vijf locaties zijn getrokken.

Tele2 verzoekt om toegelaten te worden tot tegenbewijs indien de rechtbank tot het oordeel zou komen dat de Gemeente wel voldaan zou hebben aan haar bewijsopdracht.

2.6. De rechtbank overweegt als volgt.

Zoals reeds is overwogen in het tussenvonnis van 30 januari 2008 wordt de achtergrond van dit geschil gevormd door de wettelijke regeling van de Telecommunicatiewet zoals die gold ten tijde van de dagvaarding, hierna aan te duiden als Tw (oud). Ingevolge hoofdstuk 5 van Tw (oud) heeft de Gemeente te gedogen dat in openbare gronden werkzaamheden worden verricht ten behoeve van het ondergrondse telecommunicatienetwerk. Het college van burgemeester en wethouders (B&W) is belast met de coördinatie van dit soort werkzaamheden binnen het grondgebied van de Gemeente. In artikel 5.2, lid 4, Tw (oud) is bepaald dat de gemeenteraad bij verordening regels daaromtrent vaststelt. In artikel 5.4 Tw (oud) is bepaald dat het recht op schadevergoeding dat eigenaren en beheerders van

openbare gronden hebben, verband houdend met de gedoogplicht, beperkt is tot vergoeding van de marktconforme kosten van de voorzieningen en van de meerdere marktconforme kosten van onderhoud.

- 2.7. De Gemeente heeft op grond van deze wettelijke regeling de Telecommunicatieverordening van de gemeente Amsterdam (hierna: de Verordening) vastgesteld. In de artikelen 5 en 6 van deze Verordening, in combinatie met de toelichting daarop, is voorzien in de standaardpraktijk zoals die in Amsterdam kennelijk wordt gehanteerd. Deze bestaat eruit - naar de rechtbank begrijpt - dat de opgraafwerkzaamheden en het werk aan de leidingen in opdracht van de telecomaanbieder gebeuren, maar dat de Gemeente als eigenaar/beheerder van de grond en dus als gedoogplichtige in de zin van de Tw (oud) op grond van de Verordening als voorwaarde stelt dat zijzelf de herbestringswerkzaamheden ter hand neemt en deze bij de telecomaanbieder in rekening brengt als schadevergoeding in de zin van artikel 5.4 Tw (oud).
- 2.8. Zowel de Leidraad en het HOI enerzijds als de Richtlijn anderzijds nemen tot uitgangspunt dat gemeenten die zelf herbestraten na graafwerkzaamheden een standaardberekening maken aan de hand van een aantal variabelen. De Gemeente voert gelet hierop dus beleid dat is gebaseerd op de bepalingen van de Verordening. Een rechter toetst slechts terughoudend of een door een bestuursorgaan gevoerd beleid al dan niet redelijk is. De vraag die in het onderhavige geval slechts voorligt, is of het beleid dat de Gemeente voert, namelijk het doorberekenen van de tarieven uit de Leidraad en het HOI, in strijd komt met de wet, namelijk de in artikel 5.4 Tw (oud) opgenomen verplichting dat de in rekening gebrachte schadevergoeding marktconform moet zijn.
- 2.9. Voor zover Tele2 in haar antwoordakte opnieuw ter discussie stelt of de in het HOI neergelegde rekenmethode voor het vaststellen van het tariefoppervlak redelijk is, kan dit gelet op hetgeen hiervoor onder 2.8 is overwogen in het midden blijven. De vraag is nog steeds of het door de Gemeente gehanteerde beleid leidt tot in rekening gebrachte bedragen aan schadevergoeding die als marktconform zijn te beschouwen. De rechtbank merkt ook nog op dat het door Tele2 geuite bezwaar tegen de wegingsfactoren per stadsdeel alleen al afstuit op r.o. 4.1.6 uit het tussenvonnis van 30 januari 2008. Daarin is immers reeds overwogen dat het hanteren van deze wegingsfactor voldoet aan de eis van marktconformiteit. De Gemeente had immers onbetwist aangevoerd dat in verschillende stadsdelen sprake is van gemiddeld hogere loonkosten die 90% vormen van de kosten van herstelwerkzaamheden voor straatwerk. Het door Tele2 in r.o. 2.5 van dit vonnis onder 3 geformuleerde bezwaar tegen de notitie, stuit op deze overwegingen af.
- 2.10. Ten aanzien van het door Tele2 in r.o. 2.5 onder 2 geformuleerde bezwaar tegen de notitie overweegt de rechtbank als volgt. Tele2 voert ter toelichting op dit bezwaar aan dat de Gemeente met ingang van 2009 niet langer het HOI hanteert, maar een nieuwe berekeningsmethode die is ontleend aan de WIOR. Omdat deze methode voor het tarief voor herbestrating volgens Tele2 ook uitgaat van de oppervlakte van de sleuf in plaats van de oppervlakte van het opengebroken straatwerk, concludeert Tele2 daaruit dat de Gemeente zelf erkent dat een dergelijke methode de juiste is. De Gemeente heeft hiertegen in haar akte uitlating producties terecht aangevoerd dat de WIOR buiten het bestek van deze procedure valt. Ook Tele2 stelt zich immers op het standpunt dat in haar geval nog altijd de berekeningsmethode wordt gehanteerd die voortvloeit uit de Leidraad en het HOI.
- 2.11. Op basis van de conclusies in de notitie van Witteveen & Bos concludeert de rechtbank dat het beleid dat de Gemeente voert, niet leidt tot het in rekening brengen van te hoge tarieven voor herbestrating aan de nutsbedrijven. Deze conclusie baseert de rechtbank met name op het in de notitie opgenomen overzicht van de resultaten over de jaren 2013, 2014 en 2015. Daaruit blijkt dat zelfs indien rekening wordt gehouden met de aan de uitvoeringskosten toegevoegde kosten voor onderhoud, degeneratie en beheer alsmede de weegfactor, de kosten van herstrating voor de Gemeente (aanzienlijk) hoger liggen dan de daarmee gegenereerde opbrengsten. Tele2 merkt op zich terecht op dat de resultaten uit het rapport zien op een situatie van ver na de aanvang van deze procedure. Zij voert echter niet aan dat de Gemeente in eerdere jaren wel op de herstratingswerkzaamheden zou hebben verdiend. Zij stelt in

dit verband slechts dat de Gemeente sinds 2009 is overgegaan op de WIOR als berekeningsmethode. Daarnaast voert zij echter aan dat in haar geval nog altijd de tarieven op grond van het HOI en de Leidraad worden gehanteerd. Daarbij licht zij niet nader toe dat of op welke schaal zij daarin wordt benadeeld ten opzichte van andere telecomaانبieders of nutsbedrijven. Tegen deze achtergrond oordeelt de rechtbank dat Tele2 onvoldoende gemotiveerd de bevindingen van Witteveen & Bos heeft betwist dat de berekeningsmethode uit het HOI en de Leidraad leidt tot niet kostendekkende resultaten. Aan het door Tele2 aangeboden tegenbewijs wordt dan ook niet toegekomen. Vastgesteld wordt dat de in rekening gebrachte tarieven in ieder geval niet te hoog zijn en daarmee voldoen aan (de ratio van) de voorwaarde van marktconformiteit. De rechtbank acht dan ook bewezen dat het door de Gemeente gehanteerde beleid niet in strijd komt met artikel 5.4 Tw (oud). De vorderingen tot een verklaring voor recht dat sprake is van strijd met dat artikel liggen daarmee voor afwijzing gereed.

- 2.12. De rechtbank baseert deze bewezenverklaring op de in de notitie vermelde resultaten van alle herstraatwerkzaamheden over een periode van drie jaar. Hoewel Tele2 met haar in r.o. 2.5 onder 4 geformuleerde bezwaar tegen het rapport terecht aanvoert dat Witteveen & Bos een zeer beperkt praktijkonderzoek heeft verricht, doet dit bezwaar daarom niet af aan het in 2.11 gegeven oordeel van de rechtbank.
- 2.13. Ter beoordeling ligt dan nog slechts voor of de Gemeente bij de factuur aan Tele2 van 3 januari 2006 een marktconform tarief heeft gehanteerd. De rechtbank is van oordeel dat deze vraag geen aparte beantwoording behoeft. Niet in geschil is immers dat de berekening van deze factuur is gebaseerd op het beleid van de Gemeente waarover is geoordeeld dat dit niet in strijd komt met de Tw (oud). Nu de bezwaren van Tele2 tegen de individuele factuur zich slechts richten op toepassing van dit beleid, behoeven deze geen nadere bespreking. Ook het hiervoor onder 2.5 onder 1 geformuleerde bezwaar van Tele2 tegen het rapport van Witteveen & Bos kan daarmee onbesproken blijven.
- 2.14. De rechtbank heeft de beslissing over het toelaten van de akte uitlaten producties van de Gemeente aangehouden tot dit vonnis. Deze akte bevat slechts een samenvatting van de procedure tot nog toe en een daadwerkelijke reactie op de door Tele2 bij haar antwoordakte in het geding gebrachte producties, namelijk afschriften van de Verordening en van de Nadere Regels WIOR. Om die reden heeft de rechtbank deze aan het dossier toegevoegd zonder Tele2 in de gelegenheid te stellen daarop nader te reageren.
- 2.15. Tele2 zal als de in het ongelijk gestelde partij in de proceskosten worden veroordeeld. De kosten aan de zijde van de Gemeente worden begroot op:

- explootkosten	0,00
- griffierecht	248,00
- deskundigen	27.367,95
- salaris advocaat	2.712,00 (6,0 punten x tarief 452,00)
Totaal	30.327,95

3 De beslissing

De rechtbank

3.1. wijst de vorderingen af,

3.2. veroordeelt Tele2 in de proceskosten, aan de zijde van de Gemeente tot op heden begroot op 30.327,95,

3.3. verklaart dit vonnis wat betreft de kostenveroordeling uitvoerbaar bij voorraad.

Dit vonnis is gewezen door mr. C.H. Rombouts, mr. W.M. de Vries en mr. C. Bakker en in het openbaar uitgesproken op 1 juni 2016.