

ECLI:NL:RBROT:2010:BN6301

Instantie	Rechtbank Rotterdam
Datum uitspraak	09-09-2010
Datum publicatie	09-09-2010
Zaaknummer	AWB 09-1977 TELEC-T1
Rechtsgebieden	Bestuursrecht
Bijzondere kenmerken	Eerste aanleg - meervoudig
Inhoudsindicatie	Verweerder heeft in het geschil tussen de gemeente en de aanbieders op grond van artikel 5.8, zevende lid van de Telecommunicatiewet geoordeeld dat de gemeente de kosten draagt die de aanbieders hebben gemaakt als gevolg van de verplaatsing van hun kabels, minus de kosten die de aanbieders zouden hebben gemaakt wanneer zij (alternatieve) maatregelen hadden getroffen om beschadiging van hun kabels als gevolg van de door of vanwege de gemeente uitgevoerde werkzaamheden op het oude kabeltrace te voorkomen. Uit artikel 5.7 van de Tw (oud) volgt dat het moment dat een gedoogplichtige een verzoek tot verlegging doet, is aan te merken als het peilmoment. Het bestreden besluit berust op een onjuiste wettelijke grondslag omdat verweerder het geschil heeft beoordeeld op basis van artikel 5.8 van de Tw (nieuw). Het bestreden besluit wordt om die reden vernietigd doch de rechtsgevolgen worden in stand gelaten. Verweerder heeft terecht geconcludeerd dat het voor de werken die door of vanwege de gemeente zijn uitgevoerd op het oude kabeltrace niet noodzakelijk was om de kabels van de aanbieders volledig te verplaatsen.
Vindplaatsen	Rechtspraak.nl

Uitspraak

RECHTBANK ROTTERDAM

Sector Bestuursrecht
Meervoudige kamer

Reg.nr.: AWB 09/1977 TELEC-T1

Uitspraak in het geding tussen

De gemeente Amstelveen (hierna: de gemeente), eiseres,
gemachtigde mr. drs. M.J. de Meij, advocaat te Amsterdam,

en

het college van de Onafhankelijke Post- en Telecommunicatie Autoriteit (OPTA), verweerder,
gemachtigde mr. S. van Heukelom-Verhage, advocaat te Den Haag.

Aan het geding hebben mede als partij deelgenomen:

KPN B.V., Eurofiber Nederland B.V., Colt Telecom B.V., Level3Communications, euNetworks B.V. en Verizon Nederland B.V. (hierna: de aanbieders),

gemachtigde mr. drs. F.J. Webbink, advocaat te Den Haag.

1 Ontstaan en loop van de procedure

Bij besluit van 12 mei 2009 heeft verweerder in het geschil tussen de gemeente en de aanbieders op grond van artikel 5.8, zevende lid, van de Telecommunicatiewet (hierna: Tw) geoordeeld dat de gemeente de kosten draagt die de aanbieders hebben gemaakt als gevolg van de verplaatsing van hun kabels in Bovenkerk-Zuid, minus de kosten die de aanbieders zouden hebben gemaakt wanneer zij (alternatieve) maatregelen hadden getroffen om beschadiging van hun kabels als gevolg van de door of vanwege de gemeente uitgevoerde werkzaamheden op het oude kabeltracé te voorkomen.

Tegen dit besluit (hierna: het bestreden besluit) heeft de gemeente bij brief van 18 juni 2009 beroep ingesteld. Bij brief van 17 augustus 2009 heeft de gemeente de beroepsgronden ingediend.

Verweerder heeft bij brief van 19 januari 2010 een verweerschrift ingediend.

Daartoe door de rechtbank in de gelegenheid gesteld hebben de aanbieders als partij aan het geding deelgenomen.

Verweerder heeft bij het inzenden van de op de zaak betrekking hebbende stukken ten aanzien van een stuk op grond van artikel 8:29, eerste lid, van de Algemene wet bestuursrecht (hierna: Awb) meegedeeld dat uitsluitend de rechtbank daarvan kennis zal mogen nemen.

Bij beslissing van 18 mei 2010 heeft de rechter-commissaris beperking van de kennisneming van dit door verweerder ingezonden stuk gerechtvaardigd geacht.

Partijen hebben toestemming als bedoeld in artikel 8:29, vijfde lid, van de Awb, verleend.

Het onderzoek ter zitting heeft plaatsgevonden op 2 juni 2010. Eiseres heeft zich laten vertegenwoordigen door haar gemachtigde, bijgestaan door mr. B.S. Webster en [naam] Namens verweerder is zijn gemachtigde verschenen, bijgestaan door

mr. R. Klein en [naam]. De aanbieders hebben zich laten vertegenwoordigen door hun gemachtigde, bijgestaan door [naam].

2 Overwegingen

2.1 Feiten en omstandigheden

De aanbieders zijn allen aanbieders van een openbaar elektronisch communicatienetwerk. Zij hadden in het gebied Bovenkerk-Zuid van de gemeente kabels liggen.

Nadat het college van burgemeester en wethouders van de gemeente op 4 februari 2003 een Plan van Aanpak voor Bovenkerk heeft vastgesteld heeft de gemeente op 23 september 2003 een intentieovereenkomst inzake de herstructurering van Bovenkerk-Zuid gesloten met Woongroep Holland (hierna: Woongroep).

Op 25 februari 2004 is een Nota van Uitgangspunten vastgesteld. Hieruit blijkt het voornemen om Bovenkerk-Zuid in te richten voor woningbouw. Voorts is in december 2004 een stedenbouwkundig Programma van Eisen vastgesteld, waarna de gemeenteraad op

9 februari 2005 een besluit heeft genomen tot het ontwikkelen van Bovenkerk-Zuid. Daarbij is ingestemd met de grondexploitatie Bovenkerk. Dat besluit is het vertrekpunt geweest voor de gemeente om een aanvang te nemen met de uitvoering van het project, met inbegrip van de ondergrondse infrastructuur.

Nadat op 8 maart en 20 april 2005 tussen de gemeente en de aanbieders overleg heeft plaatsgevonden over de verplaatsing van de in de grond aanwezige kabels van de aanbieders in het gebied Bovenkerk-Zuid, heeft de gemeente bij brief van 4 mei 2005 de aanbieders verzocht hun kabels, voornamelijk gelegen in de gronden langs de Zetterij in Bovenkerk-Zuid, te verplaatsen. In dit verzoek is als noodzaak voor de verplaatsing van de kabels verwezen naar het stedenbouwkundig plan voor Bovenkerk-Zuid en de daarbij behorende grondexploitatie genoemd. De gemeente heeft de aanbieders daarbij drie alternatieve tracés aangeboden waar naar de aanbieders hun kabels konden verplaatsen. Daarbij heeft de gemeente aangegeven dat de kosten voor het leggen en verleggen van de kabels, voor zover noodzakelijk voor het realiseren van het nieuwbouwplan van de gemeente, niet door de gemeente zullen worden vergoed.

De aanbieders hebben een alternatief tracé gekozen en hun kabels in de periode van september 2005 tot februari 2006 verlegd. Daarbij hebben zij aangegeven van mening te zijn dat de kosten voor het verplaatsen van hun kabels door de gemeente dienen te worden gedragen.

Zowel door of vanwege de gemeente, als door of vanwege derden (Woongroep) zijn op het oude kabeltracé van de aanbieders werken uitgevoerd en gebouwen opgericht.

Bij afzonderlijk verzoeken in de periode van 15 juni 2005 tot en met 12 juli 2006 heeft de gemeente aan verweerder verzocht om een beschikking te nemen ten aanzien van de verdeling van de kosten voor het verleggen van de kabels van de respectievelijke aanbieders in Bovenkerk-Zuid.

Op 21 juli 2005 heeft verweerder de gemeente geadviseerd om de uitspraak van de rechtbank Rotterdam in het geschil tussen de gemeente Lelystad en KPN af te wachten en tot dit tijdstip de behandeling van het geschil uit te stellen, omdat deze zaak grote gelijkenis vertoont met het onderhavige geschil. Na de uitspraak van deze rechtbank van 25 januari 2006 in de zaak Lelystad - KPN, LJN AV6379, heeft de gemeente haar verzoek aangevuld en hebben aanbieders daarop gereageerd.

Op 24 juli 2006 is de behandeling van het geschil geschorst omdat partijen op basis van nieuwe informatie met elkaar tot overeenstemming meenden te kunnen komen. Op 9 maart 2007 heeft verweerder de behandeling van het geschil gestaakt en zich onbevoegd verklaard.

Vervolgens hebben de aanbieders op 11 februari 2008 aan verweerder verzocht om op grond van artikel 5.8, zevende lid, van de Tw een beschikking te nemen in het geschil met de gemeente. Onderling is tussen partijen afgesproken dat de gemeente haar eerdere verzoeken intrekt en dat verweerder op basis van het verzoekschrift van de aanbieders, dat dezelfde kwestie betreft, een beschikking zal geven. Daarna hebben partijen aanvullende standpunten uitgewisseld en aan verweerder aangegeven toch nog steeds met elkaar in onderhandeling te zijn, waardoor de beslechting van het geschil voorlopig is opgeschort.

Bij brief van 17 november 2008 hebben de aanbieders verweerder gemeld dat met de gemeente geen overeenstemming is bereikt over de verdeling van de verplaatsingskosten. Nadat op 16 februari 2009 de aanbieders de benodigde gegevens hebben verstrekt, de gemeente daarop heeft kunnen reageren en Grontmij desgevraagd op 29 april 2009 heeft geadviseerd, heeft verweerder het bestreden besluit genomen.

2.2 Wettelijk kader

Ingevolge artikel 17.1, derde lid, van de Tw blijft ten aanzien van besluiten die door het college zijn genomen op grond van hoofdstuk 5, 6, 6A, 6B, of 12, artikel 7:1 van de Algemene wet bestuursrecht buiten toepassing.

2.2.1 Wettelijk kader tot 1 februari 2007

Ingevolge artikel 5.1, eerste lid, van de Tw, is eenieder, behoudens artikel 5.2 en onverminderd het in dit hoofdstuk geregelde recht op schadevergoeding, verplicht de aanleg en instandhouding van kabels ten dienste van een openbaar elektronisch communicatienetwerk en de aanleg en instandhouding van niet gevulde mantelbuizen in en op openbare gronden, alsmede de opruiming daarvan, te gedogen.

Artikel 5.3, tweede en derde lid, van de Tw luidde als volgt:

[..]

2. Bij gebreke van overeenstemming geeft de aanbieder, bedoeld in het eerste lid, aan degene op wie een gedoogplicht als bedoeld in artikel 5.1, tweede lid, rust onverwijld een schriftelijke kennisgeving waarin een omschrijving van de voorgenomen plaats en de wijze van uitvoering van de werkzaamheden wordt gegeven. Indien degene op wie een gedoogplicht rust, tegen de kennisgeving bedenkingen heeft, kan hij na ontvangst daarvan het college verzoeken een beschikking te geven.

3. Het college geeft de beschikking binnen acht weken na ontvangst van het verzoek.

[..].

Artikel 5.7 van de Tw luidde als volgt:

1. De aanbieder van een openbaar elektronisch communicatienetwerk is verplicht op eigen kosten tot verplaatsing van kabels ten dienste van het netwerk over te gaan, indien de verplaatsing nodig is voor de oprichting van gebouwen of de uitvoering van werken door of vanwege degene op wie een gedoogplicht rust.

2. In andere gevallen dan bedoeld in het eerste lid, gaat de aanbieder, bedoeld in het eerste lid, slechts over tot verplaatsing van kabels, indien de verzoeker hem de kosten daarvan vergoedt.

3. Bij gebreke van overeenstemming over de kosten, bedoeld in het eerste of tweede lid, is artikel 5.3, tweede en derde lid, van overeenkomstige toepassing.

2.2.2 Wettelijk kader vanaf 1 februari 2007

Artikel 5.2, eerste lid, van de Tw luidt als volgt:

De rechthebbende op of de beheerder van openbare gronden is verplicht te gedogen dat ten dienste van een openbaar elektronisch communicatienetwerk kabels in en op deze gronden worden aangelegd, instandgehouden of opgeruimd.

Artikel 5.8 van de Tw luidt als volgt:

1. 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.

2. 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.

()

5. 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.

6. Ingeval een verzoek tot het nemen van maatregelen is gedaan, gaat de aanbieder zo snel mogelijk over tot de gevraagde maatregelen, doch niet later dan zestien weken na de datum van ontvangst van het verzoek. Indien het verzoek het verplaatsen van kabels betreft gaat de aanbieder zo snel mogelijk over tot de gevraagde verplaatsing, doch niet later dan twaalf weken nadat een plaats waar de kabels kunnen worden gelegd beschikbaar is gekomen. Het verzoek bevat een omschrijving van de op te richten gebouwen dan wel de uit te voeren werken en in geval het verzoek een verplaatsing van kabels betreft voor zover mogelijk een voorstel voor de plaats waar de kabels kunnen worden aangelegd.

7. Bij gebrek aan overeenstemming over de vraag wie de kosten van de te nemen maatregelen dient te dragen, kan degene op wie de gedoogplicht rust dan wel de aanbieder het college verzoeken een beschikking te geven.

8. Het college geeft de beschikking binnen acht weken na ontvangst van het verzoek.

Door middel van de Beleidsregels inzake de aanleg, instandhouding en opruiming van kabels van 9 juni 2008 (hierna: de Beleidsregels) heeft verweerder invulling gegeven aan zijn taken en bevoegdheden die verband houden met de aanleg, instandhouding en opruiming van kabels ten behoeve van openbare elektronische communicatienetwerken.

2.3 Standpunten van partijen

2.3.1 Verweerder

Om de (hoofd)vraag, wie de kosten die de aanbieders hebben gemaakt voor het verplaatsen van hun kabels in verband met de herinrichting van Bovenkerk-Zuid dient te dragen, te beantwoorden zijn naar de mening van verweerder twee deelvragen van belang.

1) Komt de gemeente een beroep toe op artikel 5.8, tweede lid, van de Tw ten aanzien van de verplaatsing van kabels als gevolg van de oprichting van de gebouwen door of vanwege de Woongroep?

2) Noodzakten de werken, die in Bovenkerk-Zuid door of vanwege de gemeente zijn uitgevoerd, de aanbieders om hun kabels te verplaatsen of kon worden volstaan met het nemen van minder vergaande maatregelen?

Ten aanzien van de eerste deelvraag heeft verweerder geconcludeerd dat de gemeente geen beroep toekomt op artikel 5.8, tweede lid, van de Tw, omdat zij niet aan de voorwaarden voldoet. De gemeente was op het peilmoment, te weten 4 mei 2005, niet gehouden om de grond zodanig te leveren dat de Woongroep bij de oprichting van de gebouwen niet door de in de grond aanwezige kabels zou worden gehinderd. Bovendien waren de door de Woongroep opgerichte gebouwen op dat moment nog niet voldoende bepaalbaar.

Wat betreft de tweede deelvraag heeft verweerder geconcludeerd dat als gevolg van de werkzaamheden door of vanwege de gemeente op het oude kabeltracé, er geen noodzaak bestond dat de aanbieders volledig hun kabels dienden te verplaatsen, maar had in alle gevallen, ook bij elkaar opgeteld, kunnen worden volstaan met alternatieve (lokale) maatregelen. Volledige verlegging van de kabels was ten gevolge van de werken die door of vanwege de gemeente hebben plaatsgevonden dan ook niet noodzakelijk. Volgens verweerder dienen deze kosten niet volledig door de aanbieders gedragen te worden, doch slechts de kosten die gemoeid zouden zijn geweest met het nemen van minder vergaande alternatieve maatregelen. De exacte hoogte van deze kosten dienen partijen, aldus verweerder, onderling of op grond van artikel 5.13, eerste lid, van de Tw door de kantonrechter te (laten) bepalen.

2.3.2 De gemeente

2.3.2.1 De gemeente stelt zich op het standpunt dat verweerder terecht stelt dat in het kader van de ontwikkeling van Bovenkerk-Zuid verschillende werken door dan wel vanwege de gemeente uitgevoerd dienen te worden en dat deze werken aangemerkt dienen te worden als de uitvoering van werkzaamheden als bedoeld in artikel 5.8, eerste lid, van de Tw. Ter zake van de opmerking van verweerder, in navolging van de rechtbankuitspraak van 25 januari 2006, dat de kostendraagplicht van de aanbieder in dat geval niet verder gaat dan de kosten die gemoeid zijn met de goedkopere oplossing en daarbij vervolgens de conclusie trekt dat ten aanzien van een drietal punten in het kabeltracé had kunnen worden volstaan met alternatieve (lokale) maatregelen, acht de gemeente om meerdere redenen niet juist, althans onvoldoende gemotiveerd.

De gemeente merkt in dit kader op dat de rechtbank in haar uitspraak van 25 januari 2006 het begrip noodzaak op een praktische wijze nader heeft gedefinieerd. Kernvraag daarbij is of er (lokale) alternatieven zijn voor verplaatsing, zoals optillen of verdiepen, zodat de kabels uiteindelijk kunnen blijven liggen. Dergelijke oplossingen waren volgens de gemeente in dit geval feitelijk niet aanwezig.

De lokale maatregelen die de aanbieders achteraf hebben aangegeven zouden, zoals zij zelf erkennen, destijds slechts op papier een alternatief kunnen zijn geweest. Immers, indien slechts enkele lokale maatregelen zouden zijn getroffen, hadden de aanbieders binnen zeer korte tijd opnieuw maatregelen moeten nemen in verband met de woningbouw. De gedetailleerde plannen voor deze woningbouw waren bij de aanbieders namelijk genoegzaam (en tijdig) bekend.

Dat er voor de aanbieders geen reële alternatieve maatregelen voor verplaatsing van de kabels waren, is tijdens de hoorzitting door de aanbieders bevestigd; zij wisten dat de kabels uiteindelijk toch verplaatst moeten worden. Dit is wellicht ook de reden geweest dat de aanbieders nimmer alternatieve maatregelen hebben voorgesteld. Gelet op dit alles acht de gemeente het onbegrijpelijk dat verweerder in het besluit vaststelt dat er alternatieve maatregelen mogelijk waren.

De gemeente acht verder het bestreden besluit onzorgvuldig ten aanzien van de beoordeling van de door de aanbieders genoemde alternatieve maatregelen, omdat het op onjuiste gegevens is gebaseerd. Uit het rapport van Grontmij van 24 april 2009, die door verweerder als deskundige is ingeschakeld, zou namelijk blijken dat het mogelijk is om telecomducts bovenlangs met een WRK-leiding te laten kruisen met een tussenruimte van 35 cm. Deze conclusie is, aldus de gemeente, slechts gebaseerd op een (technische) literatuurstudie. De beheerder en belangrijkste betrokkenen van de WRK-leiding (Waternet) zijn niet geraadpleegd. Bij de conclusie in het rapport is voorbijgegaan aan het feit dat Waternet een zakelijk recht heeft op de grond boven en onder de leidingen, en medewerking moet verlenen, althans toestemming moet geven, voor het kruisen van een leiding. Waternet hanteert daarbij als norm dat de tussenruimte minimaal 50 cm moet zijn en heeft in haar brief van 14 juli 2009 geconcludeerd dat het advies van Grontmij in de onderhavige zaak niet van toepassing is. Hieruit volgt volgens de gemeente dat verweerder het advies niet ten grondslag aan zijn besluit heeft kunnen leggen.

2.3.2.2 De gemeente stelt zich daarnaast op het standpunt dat verweerder artikel 5.8, tweede lid, van de Tw onjuist heeft uitgelegd, althans het besluit ter zake onvoldoende heeft gemotiveerd. Verweeders conclusie, in de lijn met de Beleidsregels, dat de concrete bouwplannen van de Woongroep niet voldoende bepaalbaar waren omdat op de peildatum nog geen bouwvergunning was aangevraagd, acht de gemeente een te strikte interpretatie, waarbij een onjuiste uitleg is gegeven van het betreffende wetsartikel. Kort gezegd stelt de gemeente in dit kader dat een bouwvergunning een manier is om de bepaalbaarheid van concrete bouwplannen te kunnen toetsen, doch dat ook langs andere wegen kan worden vastgesteld dat geplande woningbouw voldoende bepaalbaar is. Het gaat er immers om dat voldoende duidelijk is waar welke gebouwen zullen komen zodat aangegeven kan worden voor welke kabels het noodzakelijk is dat er maatregelen worden genomen voor de oprichting van gebouwen. Volgens de gemeente was op het moment van de peildatum de oprichting van gebouwen ex artikel 5.8, tweede lid, van de Tw, voldoende bepaalbaar en zij wijst daartoe op het opnemen van de woningbouw in het streekplan, de Nota van

Uitgangspunten, het (stedelijk) Programma van Eisen en de vastgestelde grondexploitatie.

2.3.3 De aanbieders

De aanbieders onderschrijven het standpunt van verweerder in deze procedure.

2.4 Beoordeling

2.4.1 Op grond van artikel 5.8, zevende lid, van de Tw, zoals deze bepaling sedert 1 februari 2007 luidt, was verweerder bevoegd om kennis te nemen van het geschil tussen de aanbieders en de gemeente. Het geschil is immers op 11 februari 2008 door de aanbieders aanhangig gemaakt.

De rechtbank stelt vast dat de hier relevante wetswijzigingen van de Tw per 1 februari 2007 geen overgangsrecht bevatten. Zij hebben derhalve onmiddellijke werking. Dit neemt echter niet weg dat de rechten en verplichtingen tussen partijen dienen te worden beoordeeld naar de wetgeving ten tijde van het bestaan van die rechten en verplichtingen. De rechtbank verwijst in dit verband naar haar uitspraak van 1 april 2009, LJN BI2852.

2.4.2. De rechtbank is - in lijn met haar uitspraak van 23 november 2005, LJN AV2656 - van oordeel dat uit artikel 5.7 van de Tw (oud) volgt dat het moment dat een gedoogplichtige een verzoek tot verlegging doet, is aan te merken als het peilmoment.

Nu de gemeente op 4 mei 2005 de aanbieders heeft verzocht hun kabels te verplaatsen, dient naar het oordeel van de rechtbank het door de aanbieders aan verweerder voorgelegde geschil beoordeeld te worden aan de hand van de wetgeving, zoals deze gold voor 1 februari 2007.

Aangezien verweerder het geschil heeft beoordeeld op basis van artikel 5.8, eerste en tweede lid, van de Tw, zoals deze na 1 februari 2007 luidt, betekent dit dat het bestreden besluit op een onjuiste wettelijke grondslag berust. De rechtbank ziet hierin aanleiding om het bestreden besluit wegens strijd met de wet te vernietigen.

In het navolgende zal de rechtbank beoordelen of er aanleiding bestaat om met toepassing van artikel 8:72, derde lid, van de Awb de rechtsgevolgen van het bestreden besluit in stand te laten.

2.4.3 De rechtbank stelt vast dat verweerder in de eerste plaats heeft geoordeeld dat de gemeente geen beroep toekomt op het tweede lid van artikel 5.8 van de Tw (nieuw). Hieraan ligt het standpunt ten grondslag dat de gemeente ten tijde van de verleggingsverzoeken van 4 mei 2005 nog niet contractueel verplicht was jegens de Woongroep de aan de orde zijnde gronden bouwrijp op te leveren en daarnaast dat de oprichting van de gebouwen ten tijde van de verleggingsverzoeken onvoldoende bepaalbaar was.

De rechtbank stelt vast dat in de toepasselijke bepalingen van de Tw zoals die luiden voor 1 februari 2007 niet een dergelijke (vergelijkbare) bepaling valt aan te wijzen. Met het huidige tweede lid van artikel 5.8 van de Tw (nieuw) is een uitbreiding gegeven aan de voordien geldende regeling, zoals opgenomen in het eerste lid van artikel 5.7 van de Tw (oud). Dit heeft tot gevolg dat verweerders oordeel dienaangaande en al hetgeen de gemeente in dit kader in beroep heeft aangevoerd, niet door de rechtbank beoordeeld zullen worden.

2.4.4 De vraag of de werken, die in Bovenkerk-Zuid door of vanwege de gemeente zijn uitgevoerd, de aanbieders noodzaakten om hun kabels te verplaatsen, heeft verweerder beantwoord op basis van artikel 5.8, eerste lid, van de Tw (nieuw). Nu het bepaalde in artikel 5.8, eerste lid, van de Tw (nieuw) materieel

gezien overeenkomt met het van toepassing zijnde artikel 5.7 van de Tw (oud), ziet de rechtbank aanleiding verweerders beslissing hieromtrent verder inhoudelijk te beoordelen.

Uitgangspunt van artikel 5.7, eerste lid, van de Tw (oud) is dat de eigenaar van openbare gronden (de gedoogplichtige) niet belemmerd mag worden in het gebruik van de gronden door daarin aanwezige kabels en leidingen. Als de aanbieders maatregelen moeten nemen is het antwoord op de vraag voor wiens rekening de kosten komen afhankelijk van de vraag of de maatregelen noodzakelijk waren voor het uitvoeren van werken die door of vanwege de gedoogplichtige zijn verricht.

Zoals hiervoor onder 2.4.2 reeds is aangegeven, dient de vraag wie de kosten moet dragen naar aanleiding van de verzoeken van de gemeente, in dit geval beantwoord te worden naar de situatie op 4 mei 2005.

In het verleggingsverzoek van 4 mei 2005 heeft de gemeente de aanbieders er op gewezen dat het noodzakelijk is om hun kabels te verleggen voor dit nieuwbouw plan. Verder wordt in dit verzoek opgemerkt dat de werkzaamheden van de gemeente bestaan uit het bouwrijp maken van de grond en dat deze werkzaamheden op 1 juni 2005 zullen starten.

De rechtbank heeft in haar uitspraak van 28 oktober 2005, reg.nr. TELEC 03/3252, bepaald dat het bouwrijp maken van gronden op zichzelf niet is aan te merken als de uitvoering van werken in de zin van artikel 5.7 van de Tw (oud). Daarnaast heeft zij geoordeeld dat in beginsel wel de in het kader van het bouwrijp maken van gronden uit te voeren werkzaamheden als werken in de zin van artikel 5.7 van de Tw (oud) kunnen worden aangemerkt.

In dit verband stelt de rechtbank vast dat de aanbieders niet hebben betwist dat de op bijlage 4 bij de brief van de gemeente van 16 maart 2005 aangegeven werkzaamheden dienen te worden beschouwd als de uitvoering van een werk in de zin van artikel 5.7, eerste lid, van de Tw (oud).

Onder verwijzing naar haar uitspraak van 25 januari 2006, LJN AV6379, merkt de rechtbank verder op dat de noodzaak tot het verplaatsen van kabels niet louter wordt bepaald door de vaststelling dat de aanwezigheid van kabels de door de gedoogplichtige uit te voeren werken belemmert, in die zin dat de gedoogplichtige niet zonder extra kosten werken kan uitvoeren, maar dat er tevens een afweging gemaakt dient te worden tussen de kosten die met verplaatsing zijn gemoeid en de kosten van andere oplossingen, zoals het op een andere hoogte leggen van de kabel. De kostendraagplicht van de aanbieder gaat in dat geval niet verder dan de kosten die gemoeid zijn met de goedkopere oplossing.

Nu in onderhavige zaak de kabels moesten worden verlegd voor de realisering van het project Bovenkerk-Zuid omdat de gemeente de grond aan de Woongroep bouwrijp wilde aanleveren, heeft verweerder gelet op het bovenstaande terecht onderzocht of voor het uitvoeren van de gemeentelijke werken het verleggen van kabels noodzakelijk was dan wel dat ten aanzien van die werken had kunnen worden volstaan met het treffen van alternatieve maatregelen.

2.4.5 Bij brief van 3 oktober 2008 hebben de aanbieders aan verweerder aangegeven dat zij op basis van bestektekeningen de kabels niet hadden behoeven te verplaatsen.

Niet kan worden betwist dat de kabels en leidingen hoe dan ook verplaatst hadden moeten worden, indien de Woongroep zou zijn overgegaan tot de oprichting van gebouwen. Echter in dit geval is het de gemeente geweest die als gedoogplichtige de verzoeken aan de aanbieders heeft gedaan en die verzoeken hadden dus betrekking op het bouwrijp maken van gronden en de uitvoering van werken. Hoewel op zich de door de aanbieders (achteraf) voorgestelde alternatieven in de praktijk niet realistisch waren, is het desondanks met het oog op de vraag wie de kosten dient te dragen relevant om vast te stellen of voor de werken die door of vanwege de gemeente zijn uitgevoerd de volledige verplaatsing van de kabels noodzakelijk was of dat met het nemen van alternatieve maatregelen had kunnen worden volstaan. In het laatste geval komen de kosten voor verdergaande maatregelen (i.c. verlegging) op grond van het eerste lid van artikel 5.7 van de Tw (oud) niet voor rekening van de aanbieders omdat deze dan niet noodzakelijk zijn.

Naar het oordeel van de rechtbank heeft verweerder bij het bestreden besluit terecht geconcludeerd dat het voor de werken die door of vanwege de gemeente zijn uitgevoerd op het oude kabeltracé niet noodzakelijk was om de kabels van de aanbieders volledig te verplaatsen, maar dat in alle gevallen, ook bij elkaar opgeteld, had kunnen worden volstaan met alternatieve (lokale) maatregelen. Dat de aanbieders ten tijde van het verleggingsverzoek zelf geen alternatieven hebben aangedragen maakt dat niet anders. Bovendien hebben de aanbieders zich van meet af aan op het standpunt gesteld dat het verleggingsverzoek van de gemeente was ingegeven door de wens het plangebied bouwrijp op te leveren en dat de kosten in dat geval voor rekening van de gemeente zouden komen. Gelet op de intentie om in het projectgebied woningen op te richten was er voor de aanbieders destijds geen reden alternatieve oplossingen aan te dragen.

Ter zake van de (achteraf) voorgestelde alternatieve maatregelen, stelt de rechtbank vast dat de gemeente haar gronden van beroep heeft beperkt tot de alternatieve maatregel die verband houdt met de aanwezige WRK-leiding. De gemeente heeft in dit verband gesteld dat de bovenkant van de WRK-leiding op 95 cm onder het maaiveld ligt zodat de afstand tussen de telecomkabels, die gewoonlijk 60 cm onder het maaiveld liggen, daarmee uitkomt op 35 cm. Dit is volgens de gemeente minder dan de door beheerder van de WRK-leiding (Waternet) wenselijk geachte afstand van 50 cm. Volledige verplaatsing van de telecomkabels was, aldus de gemeente, dan ook onvermijdelijk.

Verweerder heeft, teneinde de juistheid van de stelling van de gemeente omtrent de benodigde tussenruimte tussen de telecomducts en de WRK-leiding te beoordelen, Grontmij als deskundige ingeschakeld. In haar rapport van 24 april 2009 concludeert Grontmij op basis van literatuuronderzoek, de gangbare praktijknormen en de praktijk - kort samengevat - dat het alleszins mogelijk is om telecomducts bovenlangs met een WRK-leiding te laten kruisen met 35 centimeter tussenruimte.

Daarnaast heeft verweerder aangegeven, dat hij op basis van de aan hem door de gemeente verstrekte verschillende kaarten niet heeft kunnen opmaken dat de bovenkant van de WRK-leiding op bepaalde punten daadwerkelijk op 95 cm onder het maaiveld ligt. Uit kaart W780-08 heeft verweerder bijvoorbeeld vastgesteld dat de WRK-leiding 120 cm onder het maaiveld ligt. Op deze locatie was het voor de aanbieders in ieder geval mogelijk geweest om de WRK te kruisen op een afstand van 50 cm. Voor zover de WRK-leiding op bepaalde plaatsen slechts 95 cm onder het maaiveld ligt heeft verweerder zich geconformeerd aan het advies van Grontmij. Indien Waternet overigens bezwaren zou hebben ten aanzien van het kruisen van zijn leiding met een tussenruimte van 35 cm zijn er volgens Grontmij voldoende beschermingsmogelijkheden aanwezig die in de praktijk ook worden toegepast op andere plaatsen in Nederland.

De rechtbank is van oordeel dat verweerder zich met betrekking tot het geschilpunt over de WRK-leiding op het advies van Grontmij heeft kunnen baseren. Niet is gebleken dat het advies op onzorgvuldige wijze tot stand is gekomen en inhoudelijk niet concludend zou zijn. De reactie van Waternet, niet zijnde een onafhankelijke deskundige, geeft de rechtbank geen aanleiding te oordelen dat verweerder zich niet zou hebben mogen aansluiten bij de bevindingen van Grontmij. De standpunten van Waternet, dat er minimaal ruimteverschil moet zijn van 50 cm is niet onderbouwd en strookt niet met de door Grontmij geraadpleegde bronnen, zoals het NEN 7171-1. Voorts houdt de brancheorganisatie van Waterbedrijven VEWIN (waar Waternet ook lid van is) een minimale afstand van 20 cm aan en gaat Waternet er aan voorbij gegaan dat eventueel beschermingsmaatregelen kunnen worden getroffen om de bereikbaarheid en veiligheid te waarborgen.

Het zakelijk recht van Waternet, wat daar verder ook van zij, doet naar het oordeel van de rechtbank aan het vorenstaande niets af. De gemeente is zelf eigenaar van de gronden en heeft daarmee de bevoegdheid om te besluiten welke kabels en leidingen op welke locaties worden aangelegd en gedoogd. Waternet hoeft daar geen toestemming voor te geven en is eveneens gedoogplichtig als bedoeld in artikel 5.1 van de Tw (oud).

Hieruit volgt dat verweerder terecht heeft vastgesteld dat de verplaatsing van kabels en leidingen ten behoeve van de uitvoering van de werken genoemd in bijlage 4 van de brief van 16 maart 2005 niet noodzakelijk was.

2.4.6 Naar het oordeel van de rechtbank heeft verweerder bij het bestreden besluit dan ook terecht besloten dat de gemeente de kosten draagt die de aanbieders hebben gemaakt als gevolg van de verplaatsing van hun kabels in Bovenkerk-Zuid, minus de kosten die de aanbieders zouden hebben gemaakt wanneer zij (alternatieve) maatregelen hadden getroffen om beschadiging van hun kabels als gevolg van de door of vanwege de gemeente uitgevoerde werkzaamheden op het oude kabeltracé te voorkomen.

Gelet hierop ziet de rechtbank aanleiding de rechtsgevolgen van het bestreden besluit in stand te laten.

De rechtbank ziet aanleiding verweerder te veroordelen in de kosten die eiseres in verband met de behandeling van het beroep tot aan deze uitspraak redelijkerwijs heeft moeten maken. De rechtbank bepaalt de proceskosten, uitgaande van het gewicht zeer zwaar, op 1.288,- aan kosten van door een derde beroepsmatig verleende rechtsbijstand. De rechtbank neemt hierbij in aanmerking dat het beroep is ingesteld voor 1 oktober 2009 (Stb. 2009, 375).

3 Beslissing

De rechtbank,

recht doende:

verklaart het beroep gegrond,

vernietigt het bestreden besluit en bepaalt dat de rechtsgevolgen van het bestreden besluit in stand blijven,

bepaalt dat verweerder aan eiseres het betaalde griffierecht van 297,- vergoedt,

veroordeelt verweerder in de proceskosten tot een bedrag van 1.288,-, te betalen aan eiseres.

Aldus gedaan door mr. A.I. van Strien, voorzitter, en mr. M. Schoneveld en mr. M.K. Bulterman, leden, in tegenwoordigheid van mr. A. Vermaat, griffier.

De griffier: De voorzitter:

de griffier is buiten staat

deze uitspraak mede te ondertekenen

Uitgesproken in het openbaar op: 9 september 2010.

Een belanghebbende - onder wie in elk geval eiseres wordt begrepen - en verweerder kunnen tegen deze uitspraak hoger beroep instellen bij het College van Beroep voor het bedrijfsleven, Postbus 20021, 2500 EA 's-Gravenhage. De termijn voor het indienen van het beroepschrift is zes weken en vangt aan met ingang van de dag na die waarop het afschrift van deze uitspraak is verzonden.

Afschrift verzonden op: