

# ECLI:NL:RBUTR:2011:BQ3837

Instantie	Rechtbank Utrecht
Datum uitspraak	19-04-2011
Datum publicatie	10-05-2011
Zaaknummer	SBR 10-2943
Formele relaties	Hoger beroep: ECLI:NL:RVS:2012:BX8278, (Gedeeltelijke) vernietiging en zelf afgedaan
Rechtsgebieden	Bestuursrecht
Bijzondere kenmerken	Eerste aanleg - meervoudig
Inhoudsindicatie	Bestuurlijke boete, overtreding Wion, onzorgvuldig graven wegens het niet doen van een graafmelding voorafgaand aan de graafwerkzaamheden. Motiveringsgebrek ten aanzien van evenredigheidstoets. Beroep gegrond, rechtsgevolgen blijven in stand. Alsnog toereikend gemotiveerd dat opgelegde boete in dit geval evenredig is.
Vindplaatsen	Rechtspraak.nl

## Uitspraak

RECHTBANK UTRECHT

Sector bestuursrecht

zaaknummer: SBR 10/2943

uitspraak van de meervoudige kamer in de zaak tussen

KWS Infra B.V., gevestigd te Vianen, eiseres,  
gemachtigde: mr. B.O. Deege, werkzaam bij KWS Infra B.V.

en

de Minister van Economische Zaken, thans de Minister van Economische Zaken, Landbouw en Innovatie,  
verweerder,  
gemachtigde: mr. E. Boxman, werkzaam bij het Agentschap Telecom.

### Inleiding

1.1 Bij besluit van 4 februari 2010 heeft verweerder met toepassing van artikel 26 van de Wet informatieverwisseling ondergrondse netten (hierna: Wion) eiseres een bestuurlijke boete opgelegd van 10.000,- wegens het op onzorgvuldige wijze verrichten van graafwerkzaamheden door het niet voor aanvang van de graafwerkzaamheden doen van een graafmelding bij de Dienst voor het kadaster en openbare registers in Nederland (hierna: de Dienst). Eiseres heeft hiertegen bezwaar gemaakt. Bij besluit van 8 juli 2010 heeft verweerder het bezwaar ongegrond verklaard. Eiseres heeft hiertegen beroep bij deze rechtbank ingesteld.

1.2 Het beroep is behandeld ter zitting van 29 november 2010, waar eiseres is vertegenwoordigd door haar directeur [directeur] en gemachtigde, voornoemd. Verweerder is verschenen bij gemachtigde, voornoemd, mr. L. Ensing en A. de Boer, beiden eveneens werkzaam bij het Agentschap Telecom. Eiseres en verweerder hebben ter zitting bij monde van hun gemachtigden hun standpunten toegelicht.

1.3 Na sluiting van het onderzoek ter zitting heeft de rechtbank met toepassing van artikel 8:68, eerste lid, van de Algemene wet bestuursrecht (Awb) het onderzoek heropend en de zaak verwezen naar een meervoudige kamer.

1.4 Nadat partijen desgevraagd toestemming hebben gegeven tot het achterwege laten van een nadere zitting, heeft de rechtbank het onderzoek gesloten.

## Overwegingen

2.1 Op 30 september 2009 heeft de toezichthouder van het Agentschap Telecom een onderzoek ingesteld ter controle op de naleving van de bepalingen van de Wion. Deze toezichthouder heeft geconstateerd dat bij het fietspad op de Harddraversdijk in de gemeente Dongeradeel een graafmachine stond en dat er werkzaamheden plaatsvonden aan het fietspad. Volgens zijn rapportage van bevindingen waren uit een gedeelte van het fietspad klinkers verwijderd en zaten er in de ondergrond enkele kleine ondiepe gaten van circa 20 centimeter en staken uit enkele gaten kapot getrokken boomwortels. Desgevraagd werd hem meegedeeld dat er geen graafmelding was gedaan en dat er geen kaartmateriaal op de locatie aanwezig was. Op grond van deze bevindingen heeft verweerder zijn voornemen bij brief van 24 december 2009 kenbaar gemaakt om eiseres een bestuurlijke boete op te leggen wegens het niet doen van een graafmelding vóór aanvang van de graafwerkzaamheden, hetgeen een overtreding is van artikel 2, tweede en derde lid, onder a, van de Wion. Dit voornemen heeft geleid tot de in de Inleiding genoemde besluitvorming.

2.2 Eiseres heeft zich allereerst op het standpunt gesteld dat de Wion niet van toepassing kan zijn op door haar op 30 september 2009 verrichte werkzaamheden. Daarbij wijst zij erop dat voor deze werkzaamheden slechts klinkers en straatstenen zijn weggehaald die geen onderdeel uitmaken van de ondergrond, zodat niet gesproken kan worden van het roeren van de ondergrond. Enkel en alleen omdat de klinkers nogal vast lagen, is er een minigraver bijgehaald, maar dat maakt nog niet dat de werkzaamheden onder de reikwijdte van de Wion vallen, aldus eiseres. Daarbij wijst zij erop dat ook de boomwortels niet in de grond, maar juist op de grond lagen.

2.3 Ingevolge artikel 1, onder c, van de Wion wordt onder graafwerkzaamheden verstaan: het mechanisch verrichten van werkzaamheden in de ondergrond.

Ingevolge artikel 1, onder g, van de Wion wordt onder grondroerder verstaan: degene onder wiens verantwoordelijkheid of leiding graafwerkzaamheden worden verricht.

Ingevolge artikel 1, onder m, van de Wion wordt onder graafmelding verstaan: de melding aan de Dienst van voorgenomen graafwerkzaamheden als bedoeld in artikel 8, eerste lid.

Artikel 2, tweede en derde lid, van de Wion bepaalt dat de grondroerder de graafwerkzaamheden verricht op zorgvuldige wijze. Ter uitvoering daarvan zorgt hij tenminste dat (a) vóór aanvang van de graafwerkzaamheden een graafmelding is gedaan, (b) onderzoek is verricht naar de precieze ligging van onderdelen van netten op de graaflocatie, en (c) op de graaflocatie de van de Dienst ontvangen gebiedsinformatie aanwezig is.

Artikel 8, eerste lid, van de Wion bepaalt dat een grondroerder het voornemen tot het verrichten van graafwerkzaamheden meldt aan de Dienst ten hoogste twintig werkdagen voorafgaande aan de aanvang van die graafwerkzaamheden.

Artikel 24, eerste lid, van de Wion bepaalt dat met het toezicht op de naleving van onder meer de artikelen 2 en 8 zijn belast de bij besluit van de Minister van Economische Zaken (thans van Economische Zaken, Landbouw en Innovatie, verder: de Minister) aangewezen ambtenaren.

Het in artikel 24 bedoelde besluit is het Besluit mandaat, volmacht en machtiging EZ 2010.

In de daarbij behorende bijlage is onder XVI opgenomen dat het Agentschap Telecom voor zover hier van belang tot taak heeft het toezien op de naleving van het bij of krachtens de Wion bepaalde.

2.4 Gelet op de Memorie van Toelichting bij de Wion (TK, 30475, nr. 3, blz.28) wordt met ondergrond als bedoeld in de definitiebepaling van artikel 1 onder c van de Wion bedoeld het deel van de aarde vanaf het maaiveld tot circa 10 kilometer diepte. Het begrip maaiveld is niet nader gedefinieerd in de Wion. In de richtlijn van het Nationale kennisplatform voor infrastructuur, vervoer, verkeer en openbare ruimte (voorheen CROW) Graafschade voorkomen aan kabels en leidingen- Richtlijn zorgvuldig graafproces van 15 januari 2008 zijn de bevindingen van zowel netbeheerders, grondroerders als de overheid over zorgvuldig graven verwerkt. In deze richtlijn wordt onder maaiveld verstaan: het oppervlak van het terrein. Volgens verweerders interne beleidsregel Toezichtarrangement van Agentschap Telecom is deze CROW-richtlijn leidraad voor de beoordeling van de vraag of er zorgvuldig is gegraven. Gelet hierop en in lijn met de uitleg op andere terreinen waar het begrip maaiveld een rol speelt, zoals in het ruimtelijk bestuursrecht, is naar het oordeel van de rechtbank de door verweerder gehanteerde definitie van ondergrond juist.

2.5 De primair aangevoerde stelling van eiseres dat de Wion in dit geval niet van toepassing kan zijn, omdat slechts stenen zijn verwijderd die op de ondergrond lagen, waardoor niet in de ondergrond is gegraven, volgt de rechtbank niet.

2.6 De rechtbank leidt uit de stukken, waaronder de rapportage van de op 30 september 2009 aanwezige toezichthouder, af dat de schepbak van de minigraver is gebruikt om de straatstenen uit het fietspad te scheppen en dat er dientengevolge in de ondergrond enkele kleine ondiepe gaten van circa twintig centimeter zaten. Uit deze rapportage blijkt verder dat de uitvoerder van eiseres, de heer [uitvoerder], op genoemde dag contact heeft opgenomen met de betreffende toezichthouder en onder meer heeft verklaard dat sprake was van een spoedopdracht en dat de werkzaamheden op een diepte van niet meer dan tien centimeter hadden plaatsgevonden. Deze uitvoerder heeft in een bij de reactie van eiseres op het voornemen van verweerder gevoegde schriftelijk rapport gemeld dat de werkzaamheden bestonden uit het machinaal verwijderen van betonstraatstenen tot een diepte van tien tot twintig centimeter en het verwijderen van een boomwortel. Gelet op dit alles is de rechtbank van oordeel dat verweerder terecht de werkzaamheden heeft aangemerkt als mechanische werkzaamheden die in de ondergrond zijn verricht.

De rechtbank passeert hier het algemene, niet nader gespecificeerde bewijsaanbod van eiseres om al haar stellingen te bewijzen als zijnde onvoldoende concreet en niet onderbouwd.

2.7 Eiseres heeft aangevoerd dat, al zou de Wion wel van toepassing zijn, dat nog niet wil zeggen dat onzorgvuldig zou zijn gegraven. Zij wijst er daarbij op dat een risico op beschadiging van kabels of leidingen niet aannemelijk was, aangezien die normaal niet worden gelegd tussen boomwortels in en verder ook een minimale gronddekking nodig hebben om diep genoeg te liggen. Ook waren er voorafgaand aan de werkzaamheden door eiseres proefsleuven gemaakt en is daarbij gebruik gemaakt van kabeldetectie om de eventuele aanwezigheid van kabels vast te stellen.

2.8 Gelet op het overwogene in 2.6 is verweerder terecht ervan uitgegaan dat sprake is geweest van het mechanisch graven in de ondergrond. Van het op zorgvuldige wijze verrichten van graafwerkzaamheden is ingevolge artikel 2, tweede en derde lid, van de Wion sprake indien voldaan is aan het onder a tot en met c bepaalde in dat artikel. Vaststaat dat eiseres geen graafmelding heeft gedaan en geen gebiedsinformatie aanwezig had op de graaflocatie. Reeds daardoor is niet voldaan aan de in artikel 2 van de Wion gestelde

zorgvuldigheidseisen en heeft verweerder zich terecht op het standpunt gesteld dat eiseres onzorgvuldig heeft gegraven. Dat eiseres naast het fietspad proefgleuven heeft gegraven en kabeldetectieapparatuur heeft gebruikt, doet daar niet aan af. Evenmin doet daaraan af dat de kans op schade zeer klein zou zijn, te minder nu verweerder heeft toegelicht dat er vlak onder de bestrating verdwaalde kabels kunnen liggen of kabels die door boomwortels zijn verschoven, terwijl ook sprake kan zijn van een kabelnetwerk van een netwerkbeheerder die het niet nauw heeft genomen met de voorschriften voor het leggen van kabels en leidingen.

Gelet op het voorgaande is de rechtbank dan ook van oordeel dat verweerder bevoegd was om tot oplegging van een bestuurlijke boete over te gaan.

2.9 Subsidiar heeft eiseres zich op het standpunt gesteld dat bij het besluit om een boete op te leggen niet is voldaan aan de algemene beginselen van behoorlijk bestuur. Niet is gekeken naar de aard en ernst van de overtreding. Volgens eiseres had verweerder dienen te volstaan met een waarschuwing. In het geval al een boete had moeten worden opgelegd, zou voor de hoogte daarvan niet uitsluitend de omvang van het bedrijf van doorslaggevende betekenis mogen zijn, omdat die handelwijze leidt tot oneerlijke concurrentie. Die categorie-indeling heeft volgens eiseres ook niets met proportionaliteit te maken, aangezien daarmee geen rekening wordt gehouden met de omstandigheden van het geval. Er waren verschillende omstandigheden aanwezig om de boete te matigen. Zo had verweerder volgens eiseres er mee rekening moeten houden dat met de werkzaamheden slechts een bedrag van 300,- was gemoeid. De opgelegde boete staat daarmee niet in verhouding. Ook is er in het geheel geen graafschade ontstaan en was de kans daarop, gelet op het gebruik van detectieapparatuur en de plaatsing van proefgleuven, zeer klein.

2.10 Artikel 26, eerste lid, van de Wion bepaalt dat ingeval een overtreding van artikel 2 en 13, derde lid, de Minister een bestuurlijke boete kan opleggen van ten hoogste 450.000,-.

Het tweede lid bepaalt dat de Minister bevoegd is tot oplegging van een bestuurlijke boete van ten hoogste 100.000,- ter handhaving van onder meer de in artikel 8 gestelde verplichting.

2.11 Het Agentschap Telecom heeft de wijze waarop uitvoering wordt gegeven aan de toezichtstaak beschreven in het Toezichtarrangement Wion. Dit is geen gepubliceerd beleid maar een interne gedragsregel. Daarin is onder meer per artikel van de Wion verklaard of handhaving van de nakoming van dat artikel prioriteit heeft of niet en of overtreding ervan ernstig wordt bevonden. Boeteoplegging vindt plaats als er sprake is van een ernstige overtreding en/of een hoge mate van verwijtbaarheid. Welk middel wordt ingezet, hangt af van de situatie waarbij het hanteren van een bestendige gedragslijn door het Agentschap Telecom uitgangspunt is. Welke boete voor welke overtreding wordt opgelegd is niet opgenomen in het Toezichtarrangement.

2.12 Ter zitting heeft verweerder toegelicht dat er een interne richtlijn is waarin richtbedragen zijn genoemd. Dit is het Sanctiebeleid Wet informatie-uitwisseling ondergrondse netten, een interne beleidsregel van verweerder met betrekking tot het toezicht op de Wion (hierna: de interne Beleidsregel). Daarbij is een tarieflijst boetennormbedragen Wion (hierna: de Tarieflijst) opgenomen.

Artikel 3, eerste lid, van deze interne Beleidsregel vermeldt dat bij het bepalen van de hoogte van de boete rekening wordt gehouden met de ernst, aard en omvang van de overtreding alsmede de mate waarin deze aan overtreder kan worden verweten. Het tweede lid vermeldt dat er vier categorieën grondroerders te onderscheiden zijn, waarbij bepalend is het aantal werknemers. Gelet op deze categorie-indeling behoort de vestiging van eiseres met 120 werknemers tot de derde categorie.

De Tarieflijst vermeldt dat overtreding van artikel 2, derde lid, onder a, in combinatie met artikel 8 van de Wion door een bedrijf uit de derde categorie een boetenormbedrag van 10.000,- oplevert.

2.13 Indien is voldaan aan de in artikel 26 van de Wion gestelde voorwaarden voor het opleggen van een boete, dan moet verweerder, zoals ook is vastgelegd in artikel 5:46, tweede lid, van de Awb, bij de aanwending van deze bevoegdheid het bepalen van de hoogte van de boete afstemmen op de aard en de ernst van de overtreding en de mate waarin deze aan de overtreder kan worden verweten. Daarbij moet zo nodig rekening worden gehouden met de omstandigheden waaronder de overtreding is gepleegd. Daarbij staat het verweerder naar het oordeel van de rechtbank vrij om omwille van de rechtseenheid en rechtszekerheid beleid vast te stellen en toe te passen inzake het al dan niet opleggen van een boete en het bepalen van de hoogte daarvan. Verweerder dient bij de toepassing van zijn beleid evenwel, gelet op artikel 5:46, tweede lid, van de Awb, in elk voorkomend geval te beoordelen of die toepassing strookt met de hierin neergelegde eisen die aan de aanwending van de bevoegdheid tot het opleggen van een boete moeten worden gesteld. Indien dat niet het geval is, dient verweerder de boete in aanvulling op of in afwijking van het beleid vast te stellen op een bedrag dat passend en geboden is. De rechtbank verwijst voor het beoordelingskader van boetes als deze naar de uitspraak van de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State van 26 mei 2010, LJN: BM5583.

2.14 Artikel 6 van het Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden, dat op het opleggen van een boete als waar het hier om gaat van toepassing is, brengt met zich dat de rechter zonder terughoudendheid dient te toetsen of de door verweerder in het concrete geval opgelegde boete in overeenstemming is met het evenredigheidsbeginsel.

2.15 De rechtbank stelt vast dat uit de wetsgeschiedenis van de Wion naar voren komt dat het doel van deze wetgeving is om het aantal graafincidenten met kabels en leidingen te verminderen. Om dit doel te bereiken moet de zorgvuldigheid bij graafwerkzaamheden worden vergroot. Zorgvuldig graven moet de standaard worden. Bij de artikelgewijze toelichting vermeldt de Memorie van Toelichting dat voorgesteld wordt om een differentiatie in de hoogte van de boetes op te nemen. Binnen die categorieën wordt het dan aan verweerder overgelaten om de hoogte van de boete te bepalen, rekening houdend met onder meer de aard, ernst, duur en verwijtbaarheid van de overtreding. Op die wijze wordt aan verweerder de mogelijkheid gegeven de hoogte van de boete in alle gevallen goed af te stemmen op de aard en de ernst van de overtreding (TK, 30475, nr. 3, blz. 41).

2.16 Uit de ter zitting overgelegde interne beleidsregel met de bijbehorende Tarieflijst en verweerdere toelichting daarop volgt dat verweerder voor bedrijven in de derde categorie die artikel 2 overtreden, uitgaat van een boetebedrag van 10.000,-. Daarbij gaat verweerder er van uit dat de hoogte van de boete effectief moet zijn om te zorgen dat naleving van de wet wordt bereikt. Grotere ondernemingen hebben volgens verweerder meer financiële middelen, zodat de boete voor grote ondernemingen hoog moet zijn om hen te bewegen daadwerkelijk een graafmelding te doen. De beleidsregel is geen in de zin van de Awb gepubliceerd beleid, maar een bestendige gedragslijn, zodat verweerder niet het motiveringsvoordeel van artikel 4:82 van de Awb toekomt. Hij zal dus per geval geheel moeten kunnen motiveren waarom deze boete is opgelegd. Met het hanteren van een vast bedrag alleen gebaseerd op de omvang van het overtredende bedrijf, zonder daarop te verfijnen, wordt daaraan niet voldaan. De aard, ernst en duur van de overtreding en de mate waaraan deze aan de overtreder kan worden verweten, is immers niet gegeven met of door de aard en de omvang van het bedrijf. De rechtbank is dan ook van oordeel dat de evenredigheid van de aan eiseres opgelegde boete onvoldoende kenbaar is gemotiveerd door de enkele toepassing van de categorie-indeling van de Tarieflijst en derhalve in strijd is met artikel 7:12, eerste lid, van de Awb.

2.17 Het voorgaande betekent dat het bestreden besluit een motiveringsgebrek kent ten aanzien van de evenredigheidstoets. Het beroep is gegrond en reeds daarom ziet de rechtbank aanleiding het besluit te vernietigen. De rechtbank dient te onderzoeken of er aanleiding bestaat met toepassing van artikel 8:72, derde lid, van de Awb de rechtsgevolgen van het te vernietigen besluit in stand te laten.

2.18 Met de door verweerder in het verweerschrift en de en ter zitting verstrekte toelichting heeft hij naar het oordeel van de rechtbank alsnog toereikend gemotiveerd dat de opgelegde boete in dit geval evenredig is. De rechtbank ziet dan ook aanleiding de rechtsgevolgen van het besluit in stand te laten en

overweegt daartoe het volgende.

2.19 In lijn met hetgeen de rechtbank onder 2.13 heeft overwogen, is zij van oordeel dat het hanteren van een categorie-indeling als uitgangspunt op zich niet ongeoorloofd is. Het toepassen daarvan kan echter onevenredig zijn indien uitsluitend de grootte van het bedrijf een rol speelt zonder rekening te houden met de concrete situatie. Er dient ruimte te zijn om in die concrete gevallen de boete te verlagen wanneer de draagkracht bij vasthouden van de categorie-indeling evident tot ongerechtvaardigde uitkomsten leidt. Eiseres heeft niet gesteld dat zij de opgelegde boete niet kan dragen.

2.20 Verweerder heeft bevestigd ter zitting dat de grootte van de onderneming niet doorslaggevend is voor de bepaling van de hoogte van de boete. De hoogte van de boete wordt bepaald aan de hand van de omstandigheden van het geval. Bepalend zijn, zoals ook volgt uit artikel 5:46, eerste lid, van de Awb de aard en de ernst van de overtreding.

2.21 Verweerder heeft voldoende gemotiveerd dat de overtreding van eiseres in dit geval niet zo is dat kan worden volstaan met een waarschuwing. Daarbij komt, zoals verweerder heeft toegelicht ter zitting, dat een waarschuwing uitsluitend het eerste half jaar na inwerkingtreding van de Wion werd gegeven en nadien niet meer, mede gelet op het doel van de Wion.

2.22 Dat er proefsleuven zijn gemaakt en dat detectieapparatuur is gebruikt om te onderbouwen dat wel zorgvuldig zou zijn gehandeld, heeft verweerder afdoende weerlegd, zodat daar niet de door eiseres gewenste waarde aan kan worden gehecht om de boete te verlagen. Het maken van proefsleuven en het hanteren van detectieapparatuur geven niet in alle gevallen definitief uitsluitel over de precieze ligging van kabels en leidingen, mede gelet op hetgeen onder 2.8 is overwogen. Verder heeft dit eiseres niet kunnen ontslaan van de verplichting tot het doen van een graafmelding en de verplichting tot het aanwezig hebben van gebiedsinformatie.

2.23 Verweerder heeft eveneens afdoende gemotiveerd om welke reden in de hoogte van de aanneemsom geen aanleiding kan worden gezien de boete te verlagen. Bij de ernst van de overtreding speelt het ontstaan van risico op schade een grote rol. De hoogte van de aanneemsom is daarbij niet van betekenis.

2.24 Gelet op wat over en weer is aangevoerd en gelet op het wettelijke systeem van de Wion en het algemene beoordelingskader zoals verweerder dat hanteert, acht de rechtbank de opgelegde boete passend en geboden. De rechtbank ziet dan ook aanleiding om gebruik te maken van de haar in artikel 8:72, derde lid, van de Awb gegeven bevoegdheid om te bepalen dat de rechtsgevolgen in stand blijven.

2.25 Niet gebleken is van proceskosten als bedoeld in artikel 1 van het Besluit proceskosten bestuursrecht die voor vergoeding in aanmerking komen. Verweerder zal wel het door eiseres betaalde griffierecht aan haar dienen te vergoeden.

Beslissing

De rechtbank:

3.1 verklaart het beroep gegrond;

3.2 vernietigt het bestreden besluit van 8 juli 2010;

3.3 bepaalt dat de rechtsgevolgen van het vernietigde besluit geheel in stand blijven;

3.4 bepaalt dat verweerder aan eiseres het door haar betaalde griffierecht van 298,- vergoedt.

Aldus vastgesteld door mr. J.M. Willems, als voorzitter, en mr. D.A. Verburg en mr. K.J. Veenstra, als leden, en in het openbaar uitgesproken op 19 april 2011.

De griffier: De voorzitter:

mr. M.S.D. de Weerd mr. J.M. Willems

afschrift verzonden op:

#### Rechtsmiddel

Tegen deze uitspraak kunnen partijen binnen zes weken na verzending van deze uitspraak hoger beroep instellen bij de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State, Postbus 20019, 2500 EA Den Haag.

De uitspraak van de rechtbank is bindend tussen partijen. Die binding heeft ook betekenis bij een eventueel vervolg van deze procedure, bijvoorbeeld indien het beroep gegrond wordt verklaard en verweerder een nieuw besluit moet nemen. Als een partij niet met hoger beroep opkomt tegen een oordeel van de rechtbank waarbij uitdrukkelijk en zonder voorbehoud een standpunt van die partij is verworpen, staat de bestuursrechter die partij in beginsel niet toe dat standpunt in een latere fase van de procedure opnieuw in te nemen.