

**Beschikking inzake het geschil ex artikel 5.8, lid 7, Tw
KPN BV e.a. en Rijkswaterstaat
Versie: openbaar**

Ons kenmerk: OPTA/ACNB/2008/200418

Zaaknummer: 07.0082.20 t/m 07.0089.20

Datum: 5 maart 2008

Rijkswaterstaat:

07.0082.20 Crystal Conduct Infrabrokers B.V.

07.0083.20 Eurofiber Nederland B.V.

07.0084.20 KPN B.V.

07.0085.20 UPC Nederland B.V.

07.0086.20 Verizon Nederland B.V.

07.0087.20 Tele2 Nederland B.V.

07.0088.20 Viatel Global Communications

07.0089.20 Meijssen Telco Beheer B.V.

Beschikking van het college van de Onafhankelijke Post en Telecommunicatie Autoriteit (hierna: het college) ex artikel 5.8, zevende lid, jo. artikel 5.8, eerste lid, van de Telecommunicatiewet (hierna: Tw) in het geschil tussen:

KPN B.V., Tele2 Nederland B.V., Viatel Global Communications B.V., UPC Nederland B.V., Crystal Conduct Infrabrokers B.V., Eurofiber Nederland B.V., Verizon Nederland B.V. (voorheen: MCI Nederland B.V.) en Meijssen Telco Beheer B.V. allen vertegenwoordigd door de heer mr. J.R. van Angeren (advocaat te Amsterdam) en hierna tezamen 'verzoekers' genoemd

en

de Staat der Nederlanden (hierna: Rijkswaterstaat), vertegenwoordigd door mevrouw mr. S. van Heukelom – Verhage (advocaat te Den Haag).

1. Samenvatting

1. Rijkswaterstaat en acht aanbieders van openbare elektronische communicatienetwerken zijn verdeeld over de vraag wie de kosten dient te dragen van de verplaatsing van kabels. De verplaatsing was nodig in verband met werkzaamheden rond de verbreding van de A12 en de vernieuwde aansluitingen op de N209 en N219. Het college maakt in dit geschil voor de verdeling van de kosten onderscheid in twee tijdvakken. De kosten van verplaatsing in het tweede tijdvak dat begint met het verplaatsingsverzoek van Rijkswaterstaat, komen voor rekening van de aanbieders. In die situatie is voldaan aan de vereisten die de Tw stelt aan het nemen van maatregelen ten aanzien van kabels ten dienste van hun netwerken.

2. Voor het eerste tijdvak, dat aanvangt met een verplaatsingsverzoek van de gemeenten Lansingerland en Zevenhuizen (hierna: de gemeenten), geldt een andere juridische situatie die nader is gekwalificeerd in het geschilbesluit met het kenmerk OPTA/ACNB/2008/200398. Rijkswaterstaat heeft in dat eerste tijdvak geen juridisch relevante rol gespeeld in het kader van de verplaatsingsregeling in de Tw.

2. Verloop van de procedure

3. Bij brief van 4 mei 2007 (hierna: het verzoek) hebben verzoekers het college verzocht een beschikking te geven ingevolge artikel 5.8, zevende lid, van de Tw. Hierin geven zij aan dat de kosten van verplaatsing van de kabels voor rekening van Rijkswaterstaat komen, hierna ook 'verweerder' genoemd. Op 31 mei 2007 hebben verzoekers tevens een aanvraag tot geschilbeslechting bij het college ingediend, waarin zij betogen dat die kosten voor rekening van de gemeenten dienen te komen. Deze verzoeken zijn procedureel gevoegd behandeld. De beslissing op het verzoek van 31 mei 2007 is opgenomen in het geschilbesluit met het kenmerk OPTA/ACNB/2008/200398.
4. Op initiatief van het college heeft op 25 juli 2007 een informatieve bijeenkomst plaatsgevonden met partijen. Ook de gemeenten waren bij deze bijeenkomst aanwezig. Bij brieven van 20 september 2007 heeft het college van Rijkswaterstaat (en gemeenten) een verweerschrift ontvangen. Verzoekers hebben bij brieven van 24 augustus en 28 september 2007 nadere vragen van het college beantwoord. Verweerder en de gemeenten hebben bij brief van 6 december 2007 op deze antwoorden gereageerd.
5. Op 20 december 2007 heeft een bijeenkomst plaatsgevonden waarin het college heeft onderzocht over welke onderdelen partijen een geschil hebben. Bij brieven van 10 januari 2007 hebben partijen antwoord gegeven op nadere vragen van het college.
6. Tijdens de hoorzitting van 15 januari 2008 zijn verzoekers in de gelegenheid gesteld hun verzoek mondeling toe te lichten. Ook aan verweerder en de gemeenten is hierbij de gelegenheid geboden een nadere uiteenzetting van standpunten te geven.

3. De aan het geschil ten grondslag liggende feiten

7. Verzoekers hadden in gronden van de gemeenten kabels liggen. Deze gronden zijn gelegen langs de Rijksweg A12 tussen hectometerpaaltjes 18,7 en 22,7.

8. Bij brieven van 21 april 2004 heeft de gemeente Lansingerland verzoekers verzocht kabels te verplaatsen gelegen in de gronden, kadastraal bekend Bleiswijk, sectie D, nummer 2652 (gedeeltelijk) en Bleiswijk, sectie B, nummer 1257 (geheel). Bij brieven van 28 september 2004 heeft de gemeente Zevenhuizen aan verzoekers verzocht om kabels te verplaatsen gelegen in de gronden, kadastraal bekend Zevenhuizen, sectie A, nummer 1323 (geheel) en nummer 1324 (deels) en Zevenhuizen, sectie F, nummer 438 en 444. De percelen waarop deze verplaatsingsverzoeken betrekking hebben worden hierna aangeduid als 'de percelen'.
9. In deze verzoeken zijn de werkzaamheden rond de verbreding van de Rijksweg A12 en de vernieuwde aansluitingen op de N209 en de N219 als noodzaak voor de verplaatsing genoemd. Deze reconstructie maakt onderdeel uit van de twee uitvoeringsovereenkomsten in het kader van "A12 vernieuwd onderweg", te weten "Nieuwe Hoefweg (N209)" en "Omleidingsweg N219", beide ondertekend in december 2003. In deze uitvoeringsovereenkomsten heeft verweerder met de Provincie Zuid-Holland, Prorail en de gemeenten Waddinxveen, Zoetermeer, Lansingerland en Zevenhuizen afspraken gemaakt over de uitvoering van de werkzaamheden in het kader van de reconstructie.
10. Op 13 september 2005 heeft Rijkswaterstaat een koopovereenkomst gesloten met betrekking tot percelen van de gemeente Lansingerland, waarna deze op 1 november 2005 zijn geleverd. Op 21 juni 2005 heeft Rijkswaterstaat percelen gekocht van de gemeente Zevenhuizen. Levering van deze percelen geschiedde op 28 oktober 2005.
11. Bij brieven van 2 november 2005 heeft Rijkswaterstaat verzoekers op de hoogte gesteld van de grondtransacties en de verplaatsingsverzoeken van gemeenten overgenomen of herhaald.

4. Juridisch kader

4.1 Telecommunicatiewet

12. Het vijfde hoofdstuk van de Tw¹ geeft regels omtrent de gedoogplicht voor de aanleg, het instandhouden en de opruiming van kabels ten dienste van een openbaar elektronisch communicatienetwerk. Met ingang van 1 februari 2007 is hoofdstuk 5 van de Tw herzien.² De bepalingen met betrekking tot de wet zoals deze voor die datum gold, worden hierna

¹ Wet van 19 oktober 1998, Stb. 1998, 610, houdende regels inzake telecommunicatie, gewijzigd op 19 mei 2004, Stb. 2004, 207.

² Wetswijziging van 6 december 2006, Stb. 2007, 16.

aangeduid als de Tw (oud). Bij deze wijziging van hoofdstuk 5 van de Tw heeft de wetgever geen overgangsregeling getroffen.

Overgangsrecht

13. Uit de Aanwijzingen voor de regelgeving blijkt: “Een nieuwe regeling zonder aparte bepaling met betrekking tot het overgangsrecht, is niet alleen van toepassing op hetgeen na haar inwerkingtreding voorvalt, maar ook op hetgeen reeds bij haar inwerkingtreding bestaat, zoals bestaande rechtsposities en verhoudingen. Zij verbindt rechtsgevolgen aan rechtsfeiten van vóór haar inwerkingtreding.”³ Onmiddellijke werking is de hoofdregel in het overgangsrecht. Dit wil zeggen dat, wanneer er geen overgangsregeling getroffen wordt, juridisch gezien sprake is van onmiddellijke werking.

4.2 *Relevante wetsbepalingen Tw*

14. Artikel 5.2, eerste lid, Tw luidt:

“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, in stand gehouden of opgeruimd”.

Artikel 5.8, eerste lid Tw, luidt:

“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”.

Artikel 5.8, tweede lid Tw, luidt:

“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”.

³ Zie § 4.14 aanwijzingen 165-171.

Artikel 5.8, vierde lid, Tw luidt:

“Indien binnen vijf jaar na een verzoek tot het nemen van maatregelen op grond van het eerste of tweede lid opnieuw een verzoek wordt gedaan door degene op wie de gedoogplicht rust, komen de daarmee verbonden kosten voor rekening van degene op wie de gedoogplicht rust”.

Artikel 5.8, zevende lid, Tw luidt:

“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”.

4.3 *Toelichting relevante wetsbepalingen*

15. In de memorie van toelichting bij de wetswijziging⁴ heeft de minister in verband met artikel 5.8 Tw het volgende uiteengezet.

16. *Gedoogplichtige*

“Het gaat om de belangen van degenen die de aanleg in «hun» grond dienen toe te staan (de gedoogplichtige) en de publieke belangen zoals het tegengaan van overlast, het waarborgen van bereikbaarheid, het verzekeren van de veiligheid van de openbare ruimte en de doorstroming van het verkeer.”⁵

Gedoogplichtige is “degene die eigendomsrechten of daarvan afgeleide rechten op de grond heeft en degene die een beheerstaak heeft ten aanzien van de grond waarin de kabels worden aangelegd.”⁶

“Op grond van het eerste lid (van artikel 5.2 Tw) is de rechthebbende op en de beheerder van openbare gronden gedoogplichtig. In de huidige Telecommunicatiewet is de gedoogplicht zodanig geformuleerd dat deze voor een ieder geldt. Aangezien een gedoogplicht alleen dan betekenis heeft indien de gedoogplichtige een recht heeft waarop een inbreuk wordt gemaakt door de aanleg, instandhouding en opruiming van kabels dan wel dat zijn medewerking hiervoor vereist is, is ervoor gekozen de gedoogplichtige zodanig te omschrijven dat duidelijk wordt gesteld dat het hier een rechthebbende op of een beheerder van de gronden betreft waarin of waarop de kabels zijn of worden aangelegd. Onder rechthebbende wordt verstaan degene die een recht heeft in de zin van het burgerlijk recht op de gronden waarin de kabels worden aangelegd. Hierbij kan gedacht worden aan de eigenaar, bezitter of

⁴ TK 2004-2005, 29 834, nr. 3.

⁵ TK 2004-2005, 29 834, nr. 3, p. 1.

⁶ TK 2004-2005, 29 834, nr. 3, p. 10.

degene die een recht van erfpacht, opstal, vruchtgebruik, gebruik, huur of pacht heeft ten aanzien van dat deel van de grond waarin de kabels worden aangelegd".⁷

17. *Door of vanwege*

"Op grond van het eerste lid kan de gedoogplichtige om maatregelen vragen indien deze zelf een gebouw opricht of een werk uitvoert in of op zijn grond dan wel dit door iemand anders laat doen vanwege de gedoogplichtige zelf. Als kan worden aangenomen dat de gedoogplichtige heeft ingestemd met de uitvoering van een werk door een derde en dit tevens ten behoeve van gedoogplichtige geschiedt, betekent dit dat het werk vanwege hem wordt uitgevoerd. De aanbieder dient in deze gevallen de kosten te dragen. Hierbij geldt als uitgangspunt dat verplaatsing nodig is indien de gedoogplichtige het werk redelijkerwijs niet kan uitvoeren zoals deze dit zelf wenst, ook al zou bij andere uitvoering van het werk de verplaatsing niet nodig zijn"⁸.

5. **Samenvatting van de standpunten van partijen**

5.1 *Bevoegdheid OPTA tot geschilbeslechting*

18. Verweerder stelt voorop dat het college niet bevoegd is om op het verzoek te beslissen. Verweerder baseert dit op de grond dat het geschil bij dagvaardingen van juni 2006 in overeenstemming met verzoekers aan de civiele rechter is voorgelegd. Hierbij wordt opgemerkt dat zij met verzoekers is overeengekomen om ieder 50% van de kosten van de verplaatsingskosten te dragen in afwachting van een juridische procedure. Dit impliceert naar het oordeel van verweerder dat verzoekers zich hebben geconformeerd aan (de uitkomsten) van de civiele rechtsgang.

19. Verzoekers geven aan dat zij de voorkeur geven aan een oordeel van het college, maar dat zij hier voor de wijziging van de Tw nog niet de mogelijkheid toe hadden.

5.2 *Standpunten partijen – beoogde uitkomst*

20. Verzoekers zijn van mening dat de verplaatsingskosten voor rekening van verweerder komen.

21. Verweerder voert aan dat verzoekers deze zelf dienen te dragen.

5.3 *Peilmoment "gedoogplichtige"*

22. Verzoekers stellen zich op het standpunt dat de gemeenten gedoogplichtig zijn in de zin van de Tw. Voor het moment waarop moet worden beoordeeld of een partij die om verplaatsing

⁷ TK 2004–2005, 29 834, nr. 3, p. 47.

⁸ TK 2004–2005, 29 834, nr. 3, p. 57.

verzoekt, gedoogplichtige is, verwijzen verzoekers naar het document “veel gestelde vragen met betrekking tot het gedogen van kabels”⁹ en randnummer 113 van het consultatiedocument van 16 november 2007¹⁰, waarin voorgenomen beleidsregels zijn verwoord. Hierin staat dat de peildatum waarop de merites van een verzoek worden beoordeeld, de datum is waarop het verzoek tot maatregelen aan de aanbieder wordt gericht.

23. Verweerder is van oordeel dat het moment waarnaar beoordeeld dient te worden of er sprake is van een gedoogplicht als bedoeld in artikel 5.8, eerste lid, van de Tw, het moment is waarop de betreffende kabels daadwerkelijk zijn verlegd. Volgens verweerdere vereisen deze artikelen slechts dat de verplaatsing van kabels nodig is voor het oprichten van gebouwen of uitvoeren van werken door of vanwege de gedoogplichtige. De wet knoopt derhalve aan bij de feitelijke situatie en verbindt geen consequenties aan formaliteiten binnen het verplaatsingsproces, waaronder de aanschrijving tot verplaatsing. De juistheid van dit standpunt is door de rechtbank Den Haag bevestigd in een vonnis van 29 november 2000, zo voert verweerder aan.

5.4 “Door of vanwege”

24. Verzoekers stellen zich op het standpunt dat de werkzaamheden volledig zijn uitgevoerd vanwege verweerder en niet vanwege gemeenten. Verzoekers verwijzen daartoe naar beleidsregels van het college¹¹, waarin wordt bepaald dat ‘door of vanwege’ ziet op werkzaamheden die door of in opdracht van de gedoogplichtige worden uitgevoerd. Tot slot zien verzoekers geen relevant verschil tussen de door de betrokken gemeenten verleende toestemming in de procedure die heeft geleid tot het arrest van de Hoge Raad van 3 december 2004 en de onderhavige procedure.
25. Daarbij zijn verzoekers van mening dat de verbreding van de A12 niet voortkomt uit de uitvoeringsovereenkomsten. Deze zien slechts op de reconstructie van de twee provinciale wegen, welke moeten aansluiten op de werkzaamheden op de A12. Er is in de ogen van verzoekers geen “gezamenlijk” werk van verweerder en gemeenten. Voorts is er geen sprake van een zodanige bijdrage van gemeenten in de kosten, dat een positie van “opdrachtgever” wordt gerechtvaardigd.
26. Verweerder stelt zich op het standpunt dat de verplaatsing van de kabels is uitgevoerd in opdracht van zowel gemeenten als zichzelf. De werken zijn immers uitgevoerd op grond van

⁹ Te vinden op www.opta.nl, versie augustus 2006.

¹⁰ Consultatiedocument inzake de gedoogplicht voor de aanleg, instandhouding en opruiming van kabels, d.d. 16 november 2007, nr. 113, blz. 29.

¹¹ Beleidsregel inzake gedoogplicht voor aanleg, instandhouding en opruiming van kabels, d.d. 23 juli 2003 OPTA.

uitvoeringsovereenkomsten die zijn gesloten tussen onder meer gemeenten en verweerder. In deze overeenkomst is bepaald dat verweerder, gemeenten, en andere contractspartijen zich verplichten tot het in samenwerking uitvoeren van de aldaar omschreven projecten. De reconstructiewerkzaamheden worden, dus mede “door of vanwege” gemeenten uitgevoerd.

27. Ten tijde van de verplaatsing, volgens Rijkswaterstaat het relevante peilmoment, was Rijkswaterstaat zelf eigenaar van de percelen. Verweerder was derhalve gedoogplichtig ten aanzien van de kabels die in de percelen waren gelegen. Nu de werken waarvoor de kabels van verzoekers verplaatst dienden te worden mede in opdracht van Rijkswaterstaat werden uitgevoerd, dienen de kosten van verplaatsing van die kabels dan ook reeds op grond hiervan voor rekening van verzoekers te komen.

5.5 *Betekenis van de brieven van verweerder van 2 november 2005*

28. In de brieven van 2 november 2005 heeft verweerder, zo voeren verzoekers aan, nogmaals gewezen op het feit dat de aanbieders nog steeds gehouden waren te voldoen aan verzoeken van gemeenten. Hierin staat namelijk dat verzoeken van gemeenten in stand blijven.

29. Verzoekers zijn van mening dat de brieven van 2 november 2005 geen nieuw verzoek vormen in de zin van artikel 5.8 Tw. Volgens verzoekers heeft de overname van de gemeentelijke verzoeken door verweerder geen enkel juridisch effect. Bovendien zou een dergelijke constructie in strijd zijn met artikel 5.8 Tw, zo betogen zij. Aanbieders van openbare telecommunicatienetwerken weten dan immers niet meer wanneer en aan welk verzoek zij moeten voldoen.

30. Verweerder stelt zich op het standpunt dat gemeenten slechts gedoogplichtig waren tot het moment van overdracht van de gronden. Zowel verweerder als gemeenten hebben door middel van verplaatsingsverzoeken om verplaatsing van de kabels verzocht. Aangezien de werken zowel in opdracht van verweerder, als van gemeenten werden uitgevoerd, is in beide verzoeken voldaan aan alle voorwaarden van artikel 5.8 Tw om de verplaatsingskosten voor rekening van verzoekers te laten komen.

5.6 *Oneigenlijk gebruik*

31. Voorts kan volgens verzoekers het toelaten van een tweede verzoek na gewijzigde eigendomsverhoudingen strategisch gedrag van de gedoogplichtigen in de hand werken. Volgens verzoekers wordt in randnummer 123 van het consultatiedocument hier een voorbeeld van gegeven:

“De grond gaat tijdelijk, al dan niet om niet, in eigendom over. Degene die “door of vanwege” werken uitvoert of gebouwen opricht, wordt op deze wijze tijdelijk gedoogplichtige, terwijl de grond eigenlijk niet aan hem toekomt. Na afloop gaat de grond terug naar de oorspronkelijke eigenaar. Zo voorkomt de bouwer dat hij de verplaatsingskosten moet betalen aan de aanbieder. De minister heeft bepaald dat deze handelswijze oneigenlijk gebruik van artikel 5.8 Tw kan zijn”.

32. In dit verband wordt door verzoekers tevens gewezen op een discussie tijdens de mondelinge behandeling van het nieuwe hoofdstuk 5 van de Tw.¹²

“De vraag is natuurlijk wanneer een beroep op de verleggingsregeling oneigenlijk is. Een gemeente zou inderdaad grond in eigendom kunnen overdragen aan een andere overheid. Als die overheid een weg wil aanleggen, kan zij als eigenaar een beroep doen op de verplaatsingsregeling. Dat zie ik op zichzelf niet als oneigenlijk gebruik van de verplaatsingsregeling. (.....) Maar ik erken wel dat denkbaar is dat na aanleg van een weg de grond wordt teruggekocht aan gemeente”.

Hieruit blijkt volgens verzoekers dat de minister van oordeel is dat het na de aanleg van een weg terugkopen van de grond oneigenlijk gebruik van de graafrechtenregeling in de hand werkt.

33. Verweerder laat weten dat het vast beleid is om van alle gronden waarop werkzaamheden worden uitgevoerd ten behoeve van werken of wegen die door haar worden beheerd, de eigendom te verwerven – zo nodig door onteigening – teneinde beheer en eigendom in één hand te houden. Uit de door verzoeker aangehaalde passage blijkt dat dit op zich niet als oneigenlijk gebruik van de verplaatsingsregeling kan worden gezien.

5.7 *Gebruiksrechten*

34. Overigens kan volgens verweerder het feit dat de “eerste” verplaatsingsverzoeken in eerste instantie niet door haarzelf zijn gedaan, er niet toe leiden dat verweerder of gemeenten gehouden zouden zijn om de kosten van die verplaatsingen te dragen, voorzover die zou hebben plaatsgevonden vóór de levering van gronden aan Rijkswaterstaat. Volgens verweerder had zij al vóór de levering van de gronden (overeenkomstig artikel 2 van de uitvoeringsovereenkomsten) gebruiksrechten. Als rechthebbende op de gronden was verweerder net als gemeenten gedoogplichtige. In dit verband wordt door verweerder

¹² Handelingen I, 4 december 2006, nr. 11, p. 478.

**Beschikking inzake het geschil ex artikel 5.8, lid 7, Tw
KPN BV e.a. en Rijkswaterstaat
Versie: openbaar**

verwezen naar de memorie van toelichting¹³, waarin op grond van het burgerlijk recht onder rechthebbende tevens een gebruiker van de grond wordt verstaan.

5.8 Artikel 5.8, tweede lid, van de Tw

35. Voorts zou, volgens verweerder, naar analogie van het tweede lid van artikel 5.8 Tw in dit geval moeten gelden dat een gedoogplichtige die zijn gronden op korte termijn gaat overdragen, reeds een verzoek kan doen tot het kosteloos verplaatsen van kabels en leidingen ten behoeve van een derde. Ter onderbouwing hiervan verwijst hij naar de Memorie van Toelichting bij de Tw¹⁴.

5.9 Strijd met algemene beginselen van behoorlijk bestuur

36. Verzoekers stellen dat in de gegeven omstandigheden sprake is van strijd met de algemene beginselen van behoorlijk bestuur. Zij voeren daartoe aan dat voor een aantal kabels het verplaatsingsverzoek werd gedaan binnen de termijn van vijf jaar na het leggen van deze kabels na instemming van de gemeenten (art. 5.2, derde lid, Tw (oud)). Het zou onredelijk zijn dat verzoekers binnen zo'n kort tijdsbestek de kosten moeten dragen van zowel het leggen als verleggen van kabels. Verzoekers wijzen ter onderbouwing van hun standpunt op de toelichting bij de herziening van hoofdstuk 5 van de Tw: "Dit amendement voorkomt dat verzoeken kort op elkaar volgen en zo onredelijke kosten veroorzaken. Het dwingt de gedoogplichtige rekening te houden met de belangen van derden voor een goede planning voor een wat langere termijn. "

37. Verweerder heeft aangegeven dat verzoekers niet hebben kunnen aantonen dat er tussen Rijkswaterstaat en gemeenten enerzijds en verzoekers anderzijds bij het leggen van kabels afspraken zijn gemaakt over de duur van de ligging van die kabels of lege buizen. Verweerder wijst op de verdeling van kosten die de wetgever voor ogen heeft gehad.

38. Er is volgens verweerder geen sprake van opeenvolgende verplaatsingsverzoeken, zoals bepaald in artikel 5.8, vierde lid, van de Tw. Verzoekers hebben het risico aanvaard dat er in de toekomst een verplaatsingsverzoek zou kunnen worden gedaan. Pas met het sluiten van de uitvoeringsovereenkomst in 2003 waren de exacte locatie en omvang van de werkzaamheden bekend.

¹³ TK 2004–2005, 29 834, nr. 3, p. 47-48.

¹⁴ TK 2004–2005, 29 834, nr. 3, p. 57-59.

6. Overwegingen

6.1 *Bevoegdheid*

39. Omdat de wetgever bij inwerkingtreding van het nieuwe hoofdstuk 5 van de Tw niet in een overgangsregeling heeft voorzien, heeft deze wet onmiddellijke werking. Dit betekent dat het college in het onderhavige geschil gebruik dient te maken van zijn bevoegdheid op grond van artikel 5.8, zevende lid, van de Tw, ook ten aanzien van feiten die voor de inwerkingtreding van deze wet hebben plaatsgevonden.
40. Een van de voorwaarden om van de in die bepaling opgenomen bevoegdheid gebruik te kunnen maken, is een gebrek aan overeenstemming tussen partijen over de verdeling van de verplaatsingskosten. Tussen Rijkswaterstaat en verzoekers bestaat de afspraak om, in afwachting van de uitkomst van juridische procedures, ieder de helft van de verplaatsingskosten te dragen. Deze tijdelijke regeling ziet het college niet als blijvende oplossing van het geschil. Op bijeenkomsten die op initiatief van het college hebben plaatsgevonden, heeft het college vastgesteld dat tussen partijen over de verdeling van de verplaatsingskosten geen overeenstemming bestaat. Aan deze voorwaarde om tot beslechting van het onderhavige geschil over te gaan, is naar het oordeel van het college voldaan.
41. Naar vaste jurisprudentie bestaat in gedooggeschillen de mogelijkheid van een civiele procedure naast de mogelijkheid om een aanvraag tot geschilbeslechting in te dienen bij het college. Dit wordt bevestigd door de toelichting bij het nieuwe hoofdstuk 5 van de Tw¹⁵. Het feit dat Rijkswaterstaat de zaak aan de civiele rechter heeft voorgelegd, doet naar het oordeel van het college niet af aan zijn bevoegdheid op de geschil aanvraag te beslissen.

6.2 *Kern van het geschil*

42. De hoofdvraag die ter beantwoording voorligt, is: komen de kosten van de door verzoekers genomen maatregelen in verband met de reconstructie van de A12 voor rekening van verweerder?
43. Tijdens de bijeenkomst van 20 december 2007 en de hoorzitting van 15 januari 2008 heeft het college vastgesteld welke onderdelen partijen niet verdeeld houden. Niet in geschil is dat: de gemeenten eigenaren waren van de desbetreffende percelen op het moment dat zij hun verzoek tot verplaatsing tot verzoekers richtten; de verweerder na eigendomsoverdracht van

¹⁵ TK, vergaderjaar 2004–2005, 29 834, nr. 3, p. 18.

de desbetreffende percelen gedoogplichtige is geworden; dat de feitelijke maatregelen ten aanzien van de kabels na de eigendomsoverdracht hebben plaatsgevonden; de werken (in ieder geval) vanwege verweerder hebben plaatsgevonden; de gemeenten een verzoek hebben gericht tot de verzoekers; de maatregelen ten aanzien van de kabels noodzakelijk waren voor de uitvoering van werken; deze werken niet door de gemeenten zelf zijn uitgevoerd; de omschrijving van de percelen.

44. Het geschil spitst zich toe op de volgende rechtsvragen om de hoofdvraag te kunnen Beantwoorden.

- A. Welke betekenis komt in dit geschil toe aan de brieven die Rijkswaterstaat na de eigendomsoverdracht aan verzoekers heeft gericht?
- B. Voor wiens rekening komen de kosten van verplaatsing vanaf het verzoek van Rijkswaterstaat?
- C. Welke betekenis komt in dit geschil toe aan het feit dat het verzoek van de gemeenten namens verweerder is gedaan?
- D. Is Rijkswaterstaat voor de eigendomsoverdracht ook aan te merken als gedoogplichtige?
- E. Is er sprake van oneigenlijk gebruik van de verplaatsingsregeling van artikel 5.8, eerste lid, van de Tw?
- F. Is het verplaatsingsverzoek van verweerder onrechtmatig omdat het te snel volgt op de aanleg van enkele van de kabels?

6.3 *Beantwoording deelvragen*

A. Welke betekenis komt in dit geschil toe aan de brieven die Rijkswaterstaat na de eigendomsoverdracht aan verzoekers heeft gericht?

45. In het geschilbesluit met het kenmerk OPTA/ACNB/2008/200398 heeft het college geconcludeerd dat de gemeenten geen beroep toekomt op artikel 5.8, eerste lid, van de Tw. Na de overdracht van de percelen is Rijkswaterstaat in ieder geval vanaf dat moment gedoogplichtige ten aanzien van de percelen. Dat verweerder vóór dat moment naast de gemeenten niet tevens als gedoogplichtige is aan te merken, wordt hierna bij de beantwoording van vraag D verder uitgewerkt. In de brieven die Rijkswaterstaat op 2 november 2005 aan verzoekers heeft verzonden, gebruikt hij de formulering: “De aanschrijvingen blijven derhalve in stand en worden door Rijkswaterstaat - als gedoogplichtige - overgenomen en - voor zover - nodig herhaald”.

46. Het college begrijpt deze brieven als volgt. Inhoudelijk gaat het om dezelfde percelen, kabels, aanbieders en ook om dezelfde werken, ten behoeve waarvan door de gemeenten om verplaatsing is verzocht. In het verzoek herhaalt Rijkswaterstaat zelfs het tijdschema voor de verplaatsing dat eerder door de gemeenten was opgesteld en op 2 november 2005 al was verstreken. Het college concludeert derhalve, dat omdat er inmiddels sprake is van een nieuwe gedoogplichtige, er geen sprake is van een volledige herhaling van het eerdere verplaatsingsverzoek van de gemeenten.
47. Indien verzoekers gehoor hadden gegeven aan het verzoek van de gemeenten en binnen de daarin gestelde termijn feitelijke maatregelen hadden genomen, had Rijkswaterstaat dit verzoek niet hoeven doen. Met de verwerving van de eigendom van de percelen door Rijkswaterstaat, ontstaan voor deze nieuwe gedoogplichtige rechten en plichten ex artikel 5.8, eerste lid, van de Tw. Het college oordeelt daarom, dat het verzoek van Rijkswaterstaat, hoewel inhoudelijk gelijk aan het verzoek van de gemeenten, moet worden gezien als een zelfstandig verzoek tot verplaatsing.
48. De onderbouwing van het oordeel dat het verzoek van Rijkswaterstaat voldoet aan de vereisten in artikel 5.8, eerste lid, van de Tw, vindt plaats bij de beantwoording van rechtsvraag B.
49. Verzoekers zien het verzoek van Rijkswaterstaat niet als een zelfstandig verzoek en menen dat daaraan geen juridische betekenis moet worden toegekend. Zij betogen dat voor het beantwoorden van de hoofdvraag in dit geschil uitsluitend het verplaatsingsverzoek van de gemeenten relevant is. Naar het oordeel van het college mag het feit dat verzoekers aan een eerder verplaatsingsverzoek niet tijdig uitvoering hebben gegeven, niet leiden tot een beperking van de mogelijkheden voor de nieuwe gedoogplichtige om kabels te laten verplaatsen op kosten van de aanbieder. Een nieuwe gedoogplichtige moet zelf een verplaatsingsverzoek kunnen doen. Het niet toekennen van een zelfstandig (rechts)gevolg aan het verzoek van Rijkswaterstaat zou naar het oordeel van het college voorbijgaan aan veranderende omstandigheden die van invloed zijn op de rechtsposities van partijen en rechten van Rijkswaterstaat als nieuwe gedoogplichtige.
50. Het verplaatsingsverzoek van Rijkswaterstaat heeft, nu dit als een zelfstandig verzoek moet worden beschouwd in de zin van artikel 5.8, eerste lid, van de Tw, effect op de verdeling van kosten die zijn gemaakt vanaf de datum van dat verzoek. Dit betekent dat het college voor de beoordeling van de vraag voor wiens rekening de kosten van de verplaatsing van de kabels komen, in dit geval, onderscheid maakt in twee tijdvakken. Het eerste tijdvak begint met het

verplaatsingsverzoek van de gemeenten tot aan het verplaatsingsverzoek van Rijkswaterstaat.
Het tweede tijdvak begint met het verplaatsingsverzoek van Rijkswaterstaat.

B. Voor wiens rekening komen de kosten van verplaatsing vanaf het verzoek van Rijkswaterstaat?

51. Bij de beantwoording van de rechtsvraag onder A is vastgesteld dat sprake is van een zelfstandig verzoek tot verplaatsing. Om op de vraag naar de verdeling van kosten antwoord te geven, moet worden nagegaan of daarbij voldaan is aan de voorwaarden van artikel 5.8, eerste lid, van de Tw.
52. Het verplaatsingsverzoek is gericht tot aanbieders van openbare elektronische communicatienetwerken en is gericht op het nemen van maatregelen ten aanzien van kabels. De verplaatsing van de kabels is noodzakelijk voor de uitvoering van werken vanwege Rijkswaterstaat als de gedoogplichtige.
53. Het college concludeert dat bij het verplaatsingsverzoek van Rijkswaterstaat van 2 november 2005 is voldaan aan de wettelijke vereisten om de kosten van de maatregelen voor rekening van de verzoekers te laten komen. Dit geldt dus in ieder geval voor de kosten van verplaatsing die zijn gemaakt na het verplaatsingsverzoek van Rijkswaterstaat. Of ook vóór dat moment aanleiding bestaat om van een dergelijke kostenverdeling uit te gaan is mede afhankelijk van de beantwoording van de hierna onder C en D weergegeven rechtsvragen. Het college heeft in het geschilbesluit met het kenmerk OPTA/ACNB/2008/200398 de vraag of het verplaatsingsverzoek van de gemeenten er op zichzelf toe leidt dat de aanbieders kabels op hun kosten moeten verplaatsen, ontkennend beantwoord.
- C. Welke betekenis komt in dit geschil toe aan het feit dat het verzoek van de gemeenten namens verweerder is gedaan?*
54. Verweerder heeft aangevoerd dat het feit dat de “eerste” verplaatsingsverzoeken in eerste instantie niet door Rijkswaterstaat zelf zijn gedaan er niet toe mag leiden dat Rijkswaterstaat of de gemeenten gehouden zouden zijn om de kosten van die verplaatsingen te dragen. Verweerder betoogt dat de verplaatsingsverzoeken, ook als de gemeenten deze (alvast) namens Rijkswaterstaat hebben gedaan, op artikel 5.8, eerste lid, van de Tw zijn te baseren.
55. In deze benadering zou het eerste lid van artikel 5.8 van de Tw de grondslag vormen van een constructie voor de uitvoering van *werken* die vergelijkbaar is met de bijzondere regeling voor de oprichting van *gebouwen*. Deze regeling is sinds 1 februari 2007 in het tweede lid van

artikel 5.8 van de Tw opgenomen. Het college gaat er van uit dat een analoge regeling maar dan voor de oprichting van werken niet in het eerste lid van diezelfde bepaling mag worden gelezen. De wetgever heeft immers in het tweede lid een expliciete wettelijke regeling in het leven geroepen met een beperktere reikwijdte. Een beroep op de analoge toepassing van het tweede lid van artikel 5.8 van de Tw, voor zover het de uitvoering van werken betreft, acht het college om dezelfde reden in strijd met het systeem van de wet.

56. Hieruit concludeert het college dat aan het feit dat het verzoek van de gemeenten mede namens Rijkswaterstaat is gedaan, geen betekenis kan worden toegekend in de zin van artikel 5.8, eerste lid of tweede lid, van de Tw.

D. Is Rijkswaterstaat vóór de eigendomsoverdracht ook aan te merken als gedoogplichtige?

57. Hierboven is vastgesteld dat de gemeenten gedoogplichtigen waren ten aanzien van de percelen op het moment dat zij hun verplaatsingsverzoek tot verzoekers richtten. Vervolgens was verweerder in ieder geval na de eigendomsoverdracht van de percelen aan hen gedoogplichtig.
58. Op grond van artikel 5.2, eerste lid, van de Tw kan de gedoogplicht tevens op een andere partij rusten dan de eigenaar van de openbare grond, namelijk indien er tevens een andere rechthebbende op of een beheerder van de desbetreffende gronden is aan te wijzen. Indien verweerder voor de eigendomsoverdracht was aan te merken als rechthebbende op of beheerder van de percelen, is verweerder ook voor de eigendomsoverdracht aan te merken als gedoogplichtige.
59. Op basis van de wetsgeschiedenis is de hoedanigheid van een rechthebbende afhankelijk van diens positie in de zin van het burgerlijk recht. Uit de uitvoeringsovereenkomst kan het college niet afleiden dat de gemeenten daarmee aan Rijkswaterstaat specifieke rechten hebben toegekend met betrekking tot de percelen. Ook overigens is het college niet gebleken dat dergelijke rechten naar de daarvoor in het burgerlijk recht geldende regels (gebruiksrechten) gevestigd zijn. De door verweerder aangehaalde artikelen 2 van de uitvoeringsovereenkomsten bevatten slechts bepalingen over de uitvoeringstermijn en de planning van de uitvoering van de werken.
60. Ook voor de stelling dat Rijkswaterstaat moet worden aangemerkt als beheerder van de percelen acht het college in dit geval onvoldoende aanwijzingen aanwezig. De uitvoeringsovereenkomsten bieden geen aanknopingspunten voor een dergelijke constructie.

Ook uit andere feiten of omstandigheden heeft het college niet kunnen afleiden dat Rijkswaterstaat feitelijk een beheerstaak heeft uitgevoerd over de percelen in de periode voorafgaand aan de eigendomsoverdracht.

61. Het college komt tot de conclusie dat Rijkswaterstaat vóór de eigendomsoverdracht van de percelen niet is aan te merken als gedoogplichtige naast de gemeenten.

E. Is er sprake van oneigenlijk gebruik van de verplaatsingsregeling van artikel 5.8, eerste lid van de Tw?

62. Het college leidt uit de parlementaire geschiedenis af dat het na de aanleg van een weg terugverkopen van de grond aan de oorspronkelijke eigenaar zou kunnen duiden op oneigenlijk gebruik van de verplaatsingsregeling. Van deze situatie is in onderhavig geen sprake, aangezien de percelen waarin de kabels van verzoekers lagen door verweerder niet terugverkocht zijn, noch worden, aan de gemeenten. Het college komt derhalve niet toe aan een beoordeling hiervan.

F. Is het verzoek van verweerder onrechtmatig omdat het te snel volgt op de aanleg van enkele van de kabels?

63. Door verzoekers is aangevoerd dat de toepassing van algemene beginselen van behoorlijk bestuur ertoe moet leiden dat de kosten voor de verplaatsing van enkele van de kabels niet voor rekening van verzoekers komen. De reden hiervoor is dat het verzoek te snel volgt op de aanleg van de kabels.

64. Het college neemt bij de beoordeling van dit punt in overweging dat de wetgever de belangen van verzoekers heeft willen beschermen tegen de lasten van al te frequente verplaatsingsverzoeken. Verzoekers beroepen zich niet op het vierde lid van artikel 5.8 van de Tw, wellicht omdat daarin een bescherming wordt geboden gedurende vijf jaar na een verzoek tot het nemen van maatregelen door dezelfde gedoogplichtige. In de door verzoekers aangehaalde passage uit de wetsgeschiedenis kan worden gelezen dat deze bescherming ook geldt volgend op de aanleg van kabels.

65. Het college stelt echter vast, dat artikel 5.8, vierde lid, Tw voor deze toevoeging geen enkele ruimte biedt¹⁶.

¹⁶ Dit geldt overigens eveneens voor de artikelen die zien op de aanleg van kabels.

Hij is ondubbelzinnig en duidelijk¹⁷. De uitbreiding die de MvT hiervan lijkt te willen geven, vindt geen steun in de wettekst, dus geldt niet. Het college ziet dan ook geen aanwijzing dat het de bedoeling van de wetgever is geweest dat deze bescherming zich ook uitstrekt tot een eerste verplaatsingsverzoek binnen een bepaalde periode na de aanleg van de desbetreffende kabels.

66. Het college deelt derhalve niet de overtuiging van verzoekers dat het op kosten van verzoekers laten verplaatsen van enkele van de kabels in strijd met de algemene beginselen van behoorlijk bestuur c.q. onrechtmatig zou zijn.

6.4 *Eindconclusie*

67. Het college oordeelt op basis van het vorenstaande dat verzoekers de kosten dienen te dragen voor de verplaatsing die zijn gemaakt in het tweede tijdvak, namelijk beginnende met het verplaatsingsverzoek van Rijkswaterstaat. In die situatie is namelijk voldaan aan de wettelijke vereisten om een verplaatsingsverzoek voor rekening van de aanbidders te laten komen.

7. **Dictum**

68. Het college besluit op grond van artikel 5.8, eerste en zevende lid Tw en op grond van vorenstaande overwegingen als volgt.
- a. Het college oordeelt dat verzoekers de kosten van de verplaatsing van de kabels dienen te dragen, welke kosten zijn gemaakt met ingang van het verplaatsingsverzoek van Rijkswaterstaat.
 - b. Het college wijst af hetgeen door partijen meer of anders is gevorderd.

Aldus besloten te Den Haag op 5 maart 2008.

HET COLLEGE VAN DE ONAFHANKELIJKE POST EN TELECOMMUNICATIE AUTORITEIT,
namens het college,
Plv. hoofd afdeling Consument, Nummers en Bestuur

mr. D. Molenaar

¹⁷ Aanwijzing 214. "De toelichting wordt niet gebruikt voor het stellen van nadere regels".

**Beschikking inzake het geschil ex artikel 5.8, lid 7, Tw
KPN BV e.a. en Rijkswaterstaat
Versie: openbaar**

Belanghebbenden die zich met dit besluit niet kunnen verenigen, kunnen binnen zes weken na de dag waarop dit besluit is bekendgemaakt beroep instellen bij de Rechtbank Rotterdam.

Het postadres is: Rechtbank Rotterdam, sector Bestuursrecht, Postbus 50951, 3007 BM Rotterdam.

Het beroepschrift moet zijn ondertekend en moet ten minste de naam en het adres van de indiener, de dagtekening en een omschrijving van het besluit waartegen het beroep is gericht bevatten. Voorts moet het beroepschrift de gronden van het beroep bevatten en dient een afschrift van het bestreden besluit te worden meegezonden.

Voor het instellen van beroep is griffierecht verschuldigd. Informatie hierover kan worden ingewonnen bij de griffie van de Rechtbank, telefonisch bereikbaar op (010) 297 12 34.