

OPTA/IBT/2004/200144/G.17.03

Beschikking van het college van de Onafhankelijke Post en Telecommunicatie Autoriteit (hierna: het college) op grond van artikel 5.7, eerste lid, jo. artikel 5.7, derde lid, jo. artikel 5.3, tweede lid, van de Telecommunicatiewet (hierna: de Tw) in het geschil tussen:

de gemeente Best (hierna: de gemeente), vertegenwoordigd door de heer mr. M. Walta

en

de besloten vennootschap Essent Kabelcom B.V. (hierna: Essent), vertegenwoordigd door de heer mr. E.D.M. Ubbink.

#### **A. De aanleiding van het geschil**

1. Bij brief van 28 oktober 2003 heeft de gemeente het college verzocht een beschikking te geven ex artikel 5.7, derde lid, jo. artikel 5.3, tweede lid, Tw (hierna: het verzoek).
2. Uit het verzoek blijkt dat de gemeente geen overeenstemming heeft kunnen bereiken met Essent over de kosten van de verplaatsing van de kabels van Essent gelegen langs de Oirschotseweg in de gemeente (hierna: de weg).
3. Meer in het bijzonder stelt de gemeente dat de kosten van het verplaatsen van de kabels van Essent geheel voor rekening van Essent dienen te komen, omdat de verplaatsing noodzakelijk was voor de uitvoering van werken door of vanwege degene op wie de gedoogplicht rust, in casu de gemeente.
4. De gemeente en Essent (hierna ook: partijen) hebben wel overeenstemming bereikt over de verplaatsing van de kabels zelf, die in het voorjaar van 2003 heeft plaatsgevonden.

#### **B. Verloop van de procedure**

5. Het college heeft op 29 oktober 2003 het verzoek van de gemeente ontvangen. Het college heeft de gemeente bij brief van 31 oktober 2003 verzocht het verzoek nader aan te vullen. Bij brief van 1 december 2003 heeft de gemeente haar verzoek aangevuld. Bij brief van 5 december 2003 heeft het college partijen bericht het verzoek in behandeling te nemen. Het college heeft Essent bij dezelfde brief om een reactie gevraagd. Op 15 december 2003 heeft

het college de schriftelijke reactie van Essent ontvangen. Op 17 december 2003 zijn partijen in de gelegenheid gesteld hun standpunten tijdens een hoorzitting mondeling toe te lichten. Naar aanleiding van de hoorzitting heeft het college desgevraagd op 23 december 2003 nadere schriftelijke informatie van Essent ontvangen.

### C. De aan het geschil ten grondslag liggende feiten

6. De gemeente heeft in 2003 de weg<sup>1</sup> geherstructureerd. Uit het besluit van de gemeente om de weg te renoveren, vloeiden diverse werkzaamheden voort. Het wegoppervlak is vernieuwd en verbreed, de in slechte staat verkerende, oude bomen zijn geroid, nieuwe bomen zijn geplant en het fietspad is vernieuwd.
7. De situatie vóór de reconstructie van de weg zag er als volgt uit. Ter weerszijde van de weg lag eerst een groenstrook met oude bomen, hiernaast lag een fietspad en daarnaast lag een diffuse groenstrook, waarop door omwonenden, deels over de kadastrale afscheiding heen en derhalve op of in gemeentelijke grond, omheiningen waren neergezet of geplant.
8. In de oude situatie bevonden zich kabels en leidingen van vier partijen onder de grond, in twee verschillende tracé's. Drie partijen, te weten KPN Telecom B.V., Essent (Nutsbedrijven) en Brabant Water (hierna: de derden) lagen met hun kabels in het eerste en oudste tracé: in de nabijheid van de oude bomen aan de noordzijde van de weg. De kabels van Essent lagen in het tweede, nieuwste tracé: in de noordelijke, diffuse groenstrook.
9. In de nieuwe situatie (na de reconstructie van de weg) heeft de gemeente de groenstroken ter weerszijde van de weg (noord en zuid) aangewezen als kabel- en leidingentracé. Dit laatste bracht werkzaamheden met zich mee in de vorm van het verwijderen van hekwerken en heggen, voor zover deze over kadastrale grenzen heen waren aangelegd door omwonenden.
10. Ten einde de oude bomen te kunnen rooien<sup>2</sup> heeft de gemeente de derden gesommeerd hun kabels en leidingen te verplaatsen. De gemeente heeft aan de derden twee alternatieven aangeboden: de kabel- en leidingentracées ten zuiden en ten noorden van de weg. De derden hebben, met instemming van de gemeente, gekozen voor de noordzijde. In deze strook ten noorden van de weg bevonden zich reeds de kabels van Essent.
11. De derden hebben een aannemer in dienst genomen, Hurkmans B.V., die in opdracht de werkzaamheden vanwege de derden heeft uitgevoerd. Deze werkzaamheden hebben bestaan

---

<sup>1</sup> De Oirschotse-weg loopt ongeveer in een westelijke richting naar de gemeente Oirschot. Om deze reden zal in deze beschikking gesproken worden over trace's en of werkzaamheden ten noorden en ten zuiden van de weg.

<sup>2</sup> Naar zeggen van de gemeente waren de kabels zodanig vergroeid met de wortelstructuur van de bomen, dat verplaatsing noodzakelijk werd om de bomen te kunnen rooien.

uit het graven van een sleuf en het plaatsen van de werken, zijnde de kabels en leidingen van de derden in de sleuf en het dichten ervan.

12. Daar de kabels van Essent, in ieder geval op vier plaatsen in het tracé, de aanleg van de nieuwe kabels en leidingen van de derden hinderde, heeft de gemeente Essent gesommeerd zijn kabels te verplaatsen. Essent heeft hieraan voldaan door aan Hurkmans B.V. opdracht te geven zorg te dragen voor het in de gegraven sleuf verplaatsen van de kabels van Essent, waar deze de aanleg van de nieuw aan te leggen kabels en leidingen van de derden zou bemoeilijken of onmogelijk zou maken.
13. Essent heeft voorts aangegeven dat in het tracé langs de weg één kabelbundel van Essent ligt, die in zijn geheel is opgepakt en verplaatst. Essent identificeert drie delen in het tracé waar de samenstelling van de kabelbundel verschillend is:
  - a) Ringweg – St. Antoniusstraat 1 lege buis, 1 volle buis;
  - b) St. Antoniusstraat – St. Franciscusstraat 2 lege buizen, 2 volle buizen;
  - c) St. Franciscusstraat – vervolg tracé 1 lege buis, 3 volle buizen.

#### D. Het toepasselijk juridisch kader

14. Artikel 5.7, eerste lid, Tw luidt:

*De aanbieder van een openbaar telecommunicatienetwerk of van een omroepnetwerk is verplicht op eigen kosten tot verplaatsing 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.*

15. Artikel 5.7, tweede lid, Tw luidt:

*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.*

16. Artikel 5.7, derde lid, Tw luidt:

*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.*

17. Op grond van artikel 5.3, tweede en derde lid, Tw kan het college bij gebreke van overeenstemming worden verzocht een beschikking te geven. Het college geeft de beschikking binnen acht weken na ontvangst van het verzoek.

18. In de Beleidsregels inzake de gedoogplicht voor de aanleg, instandhouding en opruiming van kabels<sup>3</sup> heeft het college aangegeven op welke wijze de geschilprocedure gevoerd dient te worden en op welke wijze hij uitlegt geeft aan de diverse begrippen als bedoeld in artikel 5.7, eerste lid, Tw.
19. Voorts is van belang dat het college reeds eerder in een ander geschil heeft geoordeeld dat lege buizen niet kunnen worden gezien als een kabel in de zin van artikel 1.1, aanhef en onder r, Tw<sup>4</sup>.

## E. De standpunten van partijen

### *Het standpunt van de gemeente*

20. De gemeente stelt dat de functie van de grond een verkeersfunctie is, zijnde de verbindingsweg tussen de gemeente Best en Oirschot, zowel in de oude als de nieuwe situatie. De gemeente geeft aan gedoogplichtig te zijn en stelt dat de verplaatsing van zowel de kabels- en leidingen van de derden als die van Essent noodzakelijk is geweest. Zij voert hiervoor twee redenen aan. Ten eerste het creëren van een duurzaam veilige weg. Ten tweede het creëren van een duurzame, obstakelvrije kabel- en leidingenstrook.
21. Voorts geeft de gemeente aan dat de kabels- en leidingen van de derden deel uitmaakten van de wortelstructuur onder de oude bomen(rij) langs de weg. Slechts de verwijdering van de kabels- en leidingen van de derden maakt volgens de gemeente een veilige verwijdering van de oude bomen mogelijk. Tevens is het handhaven van de kabels- en leidingen van de derden op de toenmalige plaats onmogelijk gebleken.
22. De gemeente geeft verder aan dat de weg om "rationele" redenen is gereconstrueerd en bijvoorbeeld "esthetische" aspecten niet aan de orde zijn. De gemeente heeft twee "nieuwe" kabel- en leidingstroken gereserveerd langs de weg. De gemeente stelt dat de verplaatsing van zowel de kabels- en leidingen van de derden als die van Essent een direct gevolg is van de door de gemeente uitgevoerde werkzaamheden aan de weg. Zonder de reconstructie van de weg had Essent immers zijn kabels nooit hoeven te verplaatsen.
23. De gemeente geeft aan dat de kabels van Essent reeds in de nieuw aangewezen kabel- en leidingenstrook lagen. Om de verplaatsing van de kabels van de derden mogelijk te maken, was het noodzakelijk om delen van het tracé voor Essent "op te regelen", dan wel aan te passen. De oorzaak hiervan ligt in het verleden. De feitelijke erfafscheidingsgrens tussen

---

<sup>3</sup> Besluit van het college van 23 juli 2003 (OPTA/IBT/2003/202555).

<sup>4</sup> Beschikking van het college van 23 juli 2001 (OPTA/IBT/2001/202119) inzake het geschil tussen de heer J.M.J. Best vs. Crystal Conduct Infra Broker B.V. c.s.

privé percelen die aan de weg liggen, is gevolgd bij de aanleg van de kabels door de gemeente in 1998<sup>5</sup> en niet de juridische grens.

24. De gemeente stelt zich tenslotte op het standpunt dat Essent de kosten van de verplaatsing van haar kabels op grond van artikel 5.7, eerste lid, Tw zelf dient te dragen, omdat de verplaatsing noodzakelijk was voor de uitvoering van werken door of vanwege degene op wie de gedoogplicht rust, in casu de gemeente.

#### *Het standpunt van Essent*

25. Essent stelt vast dat de gemeente het gewenst heeft geacht dat de kabels van Essent plaats moesten maken voor de kabels en leidingen van de derden en voorts dat Essent die verplaatsing op eigen kosten diende uit te voeren.
26. Essent stelt dat in dit verband niet aan het noodzakelijkheidsvereiste ex artikel 5.7, eerste lid, Tw is voldaan. De kabels van Essent bevonden zich niet in de buurt van de gerooide, oude bomen(rij) en hebben het rooien nimmer in de weg gestaan. De keuze van de gemeente lijkt ingegeven te zijn door wenselijkheid van een dwarsprofiel, terwijl de kabels van de derden nog in een alternatief tracé neergelegd konden worden. Essent had haar kabels dan kunnen laten liggen. Hierbij heeft de gemeente volgens Essent onvoldoende rekening gehouden met de belangen van Essent.
27. Essent stelt dat, voorzover er al enig causaal verband aanwezig geacht moet worden tussen de reconstructiewerkzaamheden van de weg en de verplaatsing van de kabels van Essent, dit verband maximaal indirect van aard is.
28. De overige kabels bevonden zich wel nabij de oude bomenrij. De gemeente heeft (naar Essent aanneemt) in overleg met de derden een nieuw tracé aangewezen, zijnde het tracé waar Essent's kabels zich reeds bevonden.
29. Essent stelt dat de kabels niet zijn verplaatst wegens werken van de gedoogplichtige, zijnde de gemeente, maar van de derde partijen.
30. Essent geeft aan dat haar kabels, onder zijstraten van en onder de weg zelf, niet zijn verplaatst in het kader van de reconstructiewerkzaamheden.
31. Essent concludeert dat artikel 5.7, tweede lid, Tw van toepassing is, daar het verplaatsverzoek van de gemeente niet voldoet aan de criteria van het eerste lid van artikel 5.7 Tw. Hieruit volgt dat de kosten van verplaatsing door de gemeente gedragen moeten worden.

---

<sup>5</sup> De onderhavige kabels van Essent zijn in 1998 door de gemeente aangelegd in het huidige tracé ten behoeve van het toenmalig gemeentelijk CAI-bedrijf. Het CAI-bedrijf van de gemeente Best (en daarmee het eigendom van de kabels) is vervolgens in 2001 overgenomen door Essent.

32. In nadere informatie naar aanleiding van de hoorzitting deelt Essent het college mede dat de verplaatsing van de kabels over het gehele tracé is geschied en niet slechts op die plaatsen waar het volgens de kaart nodig zou zijn.

#### F. Overwegingen van het college

33. Op grond van hetgeen partijen hebben aangevoerd, overweegt het college het volgende.

##### *Formeel: ten aanzien van de bevoegdheid van het college*

34. Het college stelt vast dat er in deze zaak sprake is van werken, als bedoeld in artikel 5.7, eerste lid, Tw en dat deze vaststelling niet door partijen wordt betwist. Deels zijn deze werken uitgevoerd door of vanwege de gedoogplichtige, in casu de gemeente en deels door of vanwege bedrijven of particulieren die in dit geschil geen partij zijn.
35. Het college stelt vast, hetgeen door partijen niet wordt betwist, dat de kabels van Essent niet verplaatst hoefden te worden om de werken aan en rond de weg of ten behoeve van het leegmaken van de diffuse groenstrook te kunnen uitvoeren.
36. Het college stelt op grond van het bovenstaande vast dat de verplaatsing van de kabels van Essent is veroorzaakt door werkzaamheden in de noordelijke kabel- en leidingenstrook, zijnde het tracé waarin de kabel van Essent al lagen.
37. Daar de kabels van Essent, in ieder geval op vier plaatsen in het tracé, de aanleg van de nieuwe kabels en leidingen van de derden hinderden, heeft de gemeente, als gedoogplichtige, Essent op grond van artikel 5.7, eerste lid, Tw gesommeerd zijn kabels te verplaatsen. Essent heeft hieraan voldaan, onder het uitdrukkelijk voorbehoud dat hier sprake is van een "ander geval" als bedoeld in artikel 5.7, tweede, lid Tw.
38. Het college stelt op grond van het voorgaande vast dat het hier een geschil ex artikel 5.7, eerste of tweede lid, Tw betreft en acht zich derhalve op grond van artikel 5.7, derde lid, jo. artikel 5.3, tweede lid, Tw bevoegd<sup>6</sup>.
39. Het college overweegt ten overvloede dat hij slechts bevoegd is een beschikking te geven met betrekking tot kabels als bedoeld in artikel 1.1, aanhef en onder r, Tw.

##### *Materieel: ten aanzien van de vereisten gesteld door art. 5.7, eerste lid, Tw*

---

<sup>6</sup> Zie ook de beschikking van het college van 9 mei 2001 inzake de gemeente Lelystad en KPN Telecom B.V. (G.25.00/OPTA/IBT/2001/200692).

40. Het college is van oordeel dat er sprake is van de uitvoering van werken als bedoeld in artikel 5.7, eerste lid, Tw. In dit concrete geval bestaan de werken uit de verplaatsing (het aanleggen) van (nieuwe) kabels en leidingen van de derden.
41. Het college stelt enerzijds vast dat de werken rondom de aanleg van de nieuwe kabels en leidingen, die geleid hebben tot verplaatsing van de kabels van Essent, zijn uitgevoerd door of vanwege de derden. Zij hebben opdracht gegeven aan Hurkmans om hun nieuwe kabels- en leidingen aan te leggen in één van de twee door de gemeente aangewezen kabel- en leidingentracés, in dit geval het tracé waarin de kabels van Essent reeds lagen. Het college oordeelt dat, voorzover er al enig causaal verband aanwezig geacht moet worden tussen de reconstructiewerkzaamheden aan en rondom de weg en de verplaatsing van de kabels van Essent, dit verband te ver verwijderd en maximaal indirect van aard is. Dat de gemeente opdracht heeft gegeven tot de verplaatsing van de kabels van Essent doet hier niet aan af.
42. Anderzijds heeft het college geconcludeerd dat de werken in dit concrete geval bestaan uit het aanleggen c.q. het verplaatsen van kabels en leidingen. Deze werken zijn, zoals door de gemeente is bevestigd, in beheer van de derden uitgevoerd en niet door de gemeente. Hieruit volgt dat de iure het verzoek tot verplaatsing van de kabels niet door de gemeente aan Essent is gedaan, maar door de derden. De verplaatskosten die Essent maakt, zijn derhalve een onderdeel van de kosten van de aanleg van de nieuwe kabels en leidingen van de derden.
43. Het college legt het begrip “vanwege” in beginsel eng uit. De wetsgeschiedenis staat naar zijn mening geen andere interpretatie toe. Naar het oordeel van het college dient een direct causaal verband aanwezig te zijn tussen de opdracht van de gedoogplichtige kabels te verplaatsen en de uit te voeren werken<sup>7</sup>. In het onderhavige geval is daar, zoals het college reeds heeft overwogen, niet aan voldaan. Hierbij dient tevens mee te wegen dat de derden zelf weloverwogen hebben gekozen voor het noordelijke tracé (waarin de kabels van Essent reeds lagen), met alle eventuele complicaties van dien.
44. Het college oordeelt dat een ruime interpretatie van het begrip “vanwege” niet strookt met de zwaarte van de gedoogplicht. Deze is bedoeld als een uitzonderlijk zwaar en eeuwigdurend regime, waarop, voor de gedoogplichtige, slechts één uitzondering bestaat: artikel 5.7 Tw. Het eerste lid van dit artikel legt bovendien stringente voorwaarden op waaraan (het verzoek van) de gedoogplichtige moet voldoen. Het adagium “liggen om niet, verplaatsen om niet” kan derhalve misleidend zijn, want in ernstige mate geclausuleerd door de regels gesteld bij of krachtens de Telecommunicatiewet.
45. Het college oordeelt op grond van vorenstaande dat de gemeente geen beroep kan doen op het bepaalde in artikel 5.7, eerste lid, Tw. De gemeente moet in casu als een verzoeker als bedoeld in artikel 5.7, tweede lid, Tw worden beschouwd. Hieruit volgt dat Essent op grond

---

<sup>7</sup>Dit geldt overeenkomstig ook voor de oprichting van gebouwen.

van artikel 5.7, tweede lid, Tw de kosten voor de verplaatsing van haar kabels niet hoeft te dragen<sup>8</sup>.

46. Aan de beoordeling van overig ingebrachte punten komt het college niet toe.

## G. Dictum

47. Het college besluit op grond van artikel 5.7, derde lid, juncto artikel 5.3, tweede lid, Tw en op grond van vorenstaande overwegingen als volgt.

- a. Het college oordeelt dat de gemeente Best in het onderhavige geschil een verzoeker is als bedoeld in artikel 5.7, tweede lid, Tw.
- b. Het college oordeelt dat Essent Kabelcom B.V. op grond van artikel 5.7, tweede lid, Tw derhalve niet de kosten dient te dragen voor het verplaatsen van haar kabels, als bedoeld in artikel 1.1, onder r, Tw, gelegen in de Oirschotseweg te Best.
- c. Het college wijst af hetgeen door partijen meer of anders is gevorderd.

Aldus besloten te Den Haag op 20 januari 2004:

HET COLLEGE VAN DE ONAFHANKELIJKE POST EN TELECOMMUNICATIE AUTORITEIT,  
Namens het college,

Mr. L.Y. Gonçaves – Ho Kang You

---

<sup>8</sup> Ten overvloede wijst het college er op dat zij niet bevoegd is uitspraken te doen over de mogelijkheid de reeds aan Essent vergoede kosten voor de verplaatsing te verhalen op de derden.

## **Beschikking inzake het geschil G.17.03 Gemeente Best en Essent Kabelcom B.V.**

### **Versie openbaar**

Belanghebbenden die zich met dit besluit niet kunnen verenigen, kunnen binnen zes weken, aanvangende met ingang van de dag na die waarop dit besluit is bekendgemaakt, daartegen een bezwaarschrift indienen bij de Onafhankelijke Post en Telecommunicatie Autoriteit. Het bezwaarschrift moet worden gericht aan:

Het college van de Onafhankelijke Post en Telecommunicatie Autoriteit  
Postbus 90240  
2509 LK Den Haag

onder vermelding van "Bezwaarschrift".

Het bezwaarschrift dient te zijn ondertekend en dient in ieder geval de naam en het adres van de indiener, de dagtekening, een omschrijving van het besluit waartegen het bezwaar is gericht, alsmede de gronden van het bezwaar te bevatten. Zo mogelijk dient een afschrift van het besluit en de overige op het bezwaar betrekking hebbende stukken te worden meegezonden.