

Hoge Raad 16 december 2011

Arrest in de zaak van De Staat der Nederlanden, eiser tot cassatie, advocaat: mr. M.W. Scheltema,

tegen

1. KPN BV, voorheen KPN Telecom BV,
 2. Tele2 Nederland BV, voorheen Versatel Nederland BV,
 3. Viatel Global Communications BV,
 4. UPC Nederland BV,
 5. Eurofiber Nederland BV,
 6. Verizon Nederland BV, voorheen MCI Nederland BV,
- Verweersters in cassatie, advocaat: K.G.W. van Oven.

Partijen zullen hierna ook worden aangeduid als de Staat en de Telecomoperators.

[...]

3. Beoordeling van het middel

3.1 In cassatie kan van het volgende worden uitgegaan.

(i) Eind 2003 is een begin gemaakt met reconstructiewerkzaamheden aan de Rijksweg A12 tussen Gouda en 's-Gravenhage en de provinciale wegen N209 en N219. De reconstructie werd uitgevoerd in drie deelprojecten, namelijk 'Aansluiting Bleiswijk', 'Zevenhuizen/Waddinxveen' en 'Plusstroken'.

(ii) In het kader van deze reconstructiewerken hebben de Staat (Rijkswaterstaat), de provincie Zuid-Holland (hierna: de Provincie), de gemeente Bleiswijk, de gemeente Zoetermeer en Railinfrabeheer BV (hierna: ProRail) in de maand december 2003 een uitvoeringsovereenkomst gesloten. Op 24 september 2004 hebben de Staat (Rijkswaterstaat), de Provincie, de gemeente Zevenhuizen-Moerkapelle, de gemeente Waddinxveen en ProRail een soortgelijke uitvoeringsovereenkomst gesloten.

(iii) De Telecomoperators hadden glasvezel- en telecomkabels, lege (mantel)buisen en/of leidingen (hierna kortweg: 'de kabels') liggen in zes percelen grond, kadastraal bekend onder Bleiswijk en Zevenhuizen. Deze percelen grond waren eigendom van de gemeente Bleiswijk onderscheidenlijk van de gemeente Zevenhuizen-Moerkapelle (hierna ook: de gemeenten).

(iv) Met het oog op de voorgenomen werkzaamheden heeft de gemeente Bleiswijk bij brief van 21 april 2004 en heeft de gemeente Zevenhuizen-Moerkapelle bij brief van 28 september 2004 aan de Telecomoperators verzocht de in deze percelen gelegen kabels te verplaatsen.

(v) De gemeenten hebben de desbetreffende percelen verkocht aan de Staat. De levering daarvan geschiedde op 1 november 2005 (Bleiswijk), respectievelijk op 28 oktober 2005 (Zevenhuizen-Moerkapelle). De kabels waren toen nog niet verplaatst.

(vi) Bij brieven van 2 november 2005 heeft Rijkswaterstaat de Telecomoperators op de hoogte gesteld van de eigendomsoverdrachten en de data genoemd waarop de verplaatsingen van de kabels gereed moesten zijn. In die brieven is meegedeeld dat de eigendomsoverdracht geen gevolgen heeft voor de aanschrijvingen van de gemeenten van 21 april en 28 september 2004 en:

De aanschrijvingen blijven derhalve in stand en worden door Rijkswaterstaat – als gedoogplichtige – overgenomen en – voor zover nodig – herhaald. Uw kabels dienen dientengevolge volgens bovenstaand overzicht uit de desbetreffende percelen verwijderd te zijn.

(vii) De Telecomoperators hebben aan het verzoek tot verplaatsing voldaan. In juli 2005 zijn partijen overeengekomen dat de Telecomoperators en Rijkswaterstaat ieder 50% van de kosten van de verplaatsing dragen in afwachting van de uitkomst van de onderhavige procedure.

3.2 In de onderhavige procedure, die is ingeleid bij dagvaarding van 20 juni 2006, vordert de Staat een verklaring voor recht dat de kosten van verplaatsing van de kabels voor rekening van de Telecomoperators komen. De Staat baseert die vordering op art. 5.8 lid 1 (voorheen, tot inwerkingtreding op 1 februari 2007 van de Wet van 6 december 2006, Stb. 2007, 16: art. 5.7 lid 1) Telecommunicatiewet (hierna: Tw),

dat 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.'

[...]

3.5 De rechtbank achtte de situatie ten tijde van de verzoeken van de gemeenten maatgevend en wees de vordering van de Staat op de subsidiaire grondslag toe omdat de gemeenten toentertijd naar haar oordeel zowel gedoogplichtigen waren als degenen door of vanwege wie de reconstructiewerkzaamheden zouden worden uitgevoerd.

Het hof hanteerde hetzelfde 'peilmoment'. Anders dan de rechtbank achtte het hof evenwel de vordering van de Staat op de subsidiaire grondslag niet toewijsbaar, omdat de reconstructiewerkzaamheden voor de uitvoering waarvan de verplaatsing van de kabels noodzakelijk was, niet door of vanwege de gemeenten zouden worden uitgevoerd. Het hof wees de reconventionele vordering van de Telecomoperators toe.

Het cassatiemiddel klaagt in de onderdelen 1 en 2 over de afwijzing van de vordering van de Staat op de subsidiaire grondslag en in onderdeel 3 over de afwijzing van de vordering van de Staat op de primaire grondslag.

3.6 Onderdeel 1 richt rechts- en motiveringsklachten tegen het oordeel van het hof (rov. 3.3-3.10) dat het niet ging om werken die, zoals de rechtbank had geoordeeld, zouden worden uitgevoerd door of vanwege de gemeenten. De stelling van de Staat dat het wel ging om zodanige werken steunt op de, door de rechtbank gevolgde, visie van de Staat dat de gemeenten als partij bij de hiervoor in 3.1 onder (ii) bedoelde uitvoeringsovereenkomsten (mede)opdrachtgever waren van de uitvoering van de werken en dat de gemeenten zijn aan te merken als degenen die de werken (mede) zelf uitvoeren. Het hof heeft, anders dan onderdeel 1.1 veronderstelt, die visie van de Staat verworpen. Die verwerping berust op de uitleg die het hof aan de uitvoeringsovereenkomsten heeft gegeven. Daaruit kan naar het kennelijke oordeel van het hof niet worden afgeleid dat de gemeenten voor de werkzaamheden waarvoor de kabelverlegging nodig was, met de aannemers hebben gecontracteerd. Het oordeel van het hof dat partijen niets hebben gesteld waaruit kan volgen dat de gemeenten wel met de aannemers hebben gecontracteerd, is in dit licht niet onbegrijpelijk, zodat onderdeel 1.1, voor zover het feitelijke grondslag heeft, faalt.

3.7 De onderdelen 1.2 en 1.3 gaan ervan uit dat onder uitvoering van werken 'door of vanwege degene op wie de gedoogplicht rust' als bedoeld in art. 5.8 lid 1 mede valt te begrijpen de uitvoering van werken waarvan de gedoogplichtige geen opdrachtgever is, maar die deel uitmaken van een (samenhangend) project waartoe ook (andere) werken behoren waarvan de gedoogplichtige wel opdrachtgever of mede-opdrachtgever is. De onderdelen falen, omdat zij uitgaan van een te veelomvattende, en daarom onjuiste, uitleg van de woorden 'uitvoering van werken door of vanwege' in art. 5.8 lid 1. Ook de in onderdeel 1.6 naar voren gebrachte opvatting dat reeds het door de Staat gestelde eigen belang dat de gemeenten hadden bij de uitvoering van de werken meebrengt dat die 'door of vanwege' de gemeenten zouden worden uitgevoerd is onjuist, zodat ook de klachten van deze onderdelen ongegrond zijn.

[...]

3.9 Onderdeel 2 komt met rechts- en motiveringsklachten op tegen het oordeel van het hof dat de Staat, toen de gemeenten op 21 april en 28 september 2004 om verplaatsing van de kabels vroegen, geen gedoogplichtige was in de zin van art. 5.8 lid 1. Dit oordeel is ingegeven door de rechtsopvatting van het hof (rov. 5.2), kort gezegd, dat een derde die van de rechthebbende toestemming heeft gekregen om gronden te gebruiken voor de uitvoering van werken waarvoor de verplaatsing van kabels nodig is, niet reeds daardoor op de voet van lid 1 van art. 5.8 als 'degene op wie de gedoogplicht rust' een verplichting in het leven kan roepen van de in dat artikel bedoelde aanbieder om de ten dienste van zijn netwerk in die gronden liggende kabels op eigen kosten te verplaatsen.

3.10 Deze rechtsopvatting is juist. Zou de hiervoor bedoelde derde wel als gedoogplichtige kunnen verlangen dat de aanbieder op eigen kosten tot verplaatsing overgaat zou, zoals het hof in rov. 5.2

terecht uiteenzet, het door de wet bedoelde onderscheid tussen een gedoogplichtige door of vanwege wie werken worden uitgevoerd (die aanspraak heeft op verplaatsing van de kabels door de aanbieder op diens kosten) en een derde door of vanwege wie werken worden uitgevoerd (die geen zodanige aanspraak kan doen gelden) vervallen. De in de Telecommunicatiewet geregelde gedoogplicht rust, zoals in art. 5.2 lid 1 van die wet tot uitdrukking is gebracht, op rechthebbenden en beheerders van gronden. Onder de hier bedoelde beheerders van gronden kan onder omstandigheden ook een gebruiker vallen, maar niet een gebruiker die de grond slechts in gebruik heeft gekregen om daarop de werken te laten uitvoeren waarvoor de verplaatsing van kabels nodig is, ook niet als die gebruiker toekomstig eigenaar van de gronden is en niet van plan is om die gronden later weer aan de vorige eigenaar terug te leveren. Hierop stuiten alle klachten van onderdeel 2 af.

3.11 Onderdeel 3 keert zich tegen de verwerping door het hof van het primaire standpunt van de Staat dat niet de situatie op 21 april en 28 september 2004, maar de situatie op het moment waarop de kabels feitelijk zijn verplaatst, althans de situatie ten tijde van het laatste, definitieve en zelfstandige verzoek van de Staat van 2 november 2005, als peilmoment bepalend is voor de beantwoording van de vraag of de kosten van de verplaatsing ingevolge art. 5.8 lid 1 Tw voor rekening van de Telecomoperators behoren te komen.

3.12 Het onderdeel betoogt onder 3.1 dat het hof in rov. 6.2 van zijn arrest heeft miskend dat het moment waarop kabels daadwerkelijk worden verplaatst, te gelden heeft als het peilmoment voor de omstandigheden aan de hand waarvan moet worden vastgesteld wie de gedoogplichtige is in de zin van art. 5.8 lid 1.

De klacht faalt, nu de opvatting dat de situatie ten tijde van de daadwerkelijke verplaatsing van de kabels bepalend is voor de beantwoording van de vraag wie als gedoogplichtige in de zin van art. 5.8 lid 1 moet worden aangemerkt in haar algemeenheid niet kan worden aanvaard.

[...]

3.14 Het hof heeft met betrekking tot het hiervoor in 3.11 bedoelde primaire standpunt van de Staat geoordeeld (rov. 6.2 en 6.3) dat het peilmoment het moment is waarop het verplaatsingsverzoek wordt gedaan, omdat de in art. 5.8 lid 1 bedoelde aanbieder op dat moment moet overgaan tot maatregelen op verzoek van de gedoogplichtige. Dat moment is de datum van het eerste verplaatsingsverzoek, behoudens bijzondere omstandigheden zoals bijvoorbeeld bij een (al dan niet tijdelijke) intrekking van het verzoek. In het onderhavige geval doet zich niet zo'n bijzondere omstandigheid voor, nu de aanvankelijke verplaatsingsverzoeken van 21 april en 28 september 2004 voortdurend zijn gehandhaafd en de Staat in zijn brieven van 2 november 2005, nadat hij eigenaar was geworden, een verplaatsingsverzoek heeft gedaan, dat een herhaling is van de aanvankelijke verplaatsingsverzoeken, waar toch het verzoek van de Staat ziet op dezelfde kabels en dezelfde locaties en op dezelfde uitvoering van dezelfde werken. Dat is naar het oordeel van het hof nog te meer zo, nu de Staat in zijn brieven uitdrukkelijk schrijft dat de eigendomsoverdracht geen gevolgen heeft voor de aanschrijvingen van de gemeenten en dat deze aanschrijvingen in stand blijven en door de Staat overgenomen en herhaald worden.

3.15 Het onderdeel klaagt onder 3.2 en 3.4 dat het hof in zijn rov. 6.2 en 6.3 in strijd met art. 5.8 lid 1 Tw aan het verzoek van de Staat van 2 november 2005 geen zelfstandige betekenis heeft toegekend en heeft geoordeeld dat slechts onder bijzondere, zich in dit geval niet voordoeende, omstandigheden, zoals de omstandigheid dat het oorspronkelijke verplaatsingsverzoek (tijdelijk) wordt ingetrokken, aan het verzoek van de Staat als nieuwe eigenaar zelfstandige betekenis zou kunnen toekomen.

3.16 Deze klachten slagen. Met een redelijke uitleg en toepassing van art. 5.8 lid 1 Tw valt niet te verenigen dat de rechtsgevolgen van het definitieve verplaatsingsverzoek van 2 november 2005 van de Staat, behoudens bijzondere omstandigheden als door het hof bedoeld, gedictieerd worden door de rechtsgevolgen van de onder andere omstandigheden gedane eerdere gemeentelijke verzoeken, waaraan de Telecomoperators op 2 november 2005 nog geen gevolg hadden gegeven. Het hof had derhalve het verzoek van de Staat afzonderlijk moeten beoordelen en de rechtsgevolgen daarvan moeten bepalen zonder doorslaggevend gewicht toe te kennen aan de rechtsgevolgen die naar het oordeel van het hof zijn voortgevloeid uit de gemeentelijke verzoeken van 21 maart [april, correctie annotator] en 28 september

2004. De omstandigheid dat de Staat in zijn brieven van 2 november 2005 meedeelde dat de eigendomsoverdracht geen gevolgen heeft voor de eerdere verzoeken van de gemeenten en zijn verzoek presenteerde als een overneming en zo nodig herhaling van die eerdere verzoeken, die betrekking hadden op dezelfde kabels en dezelfde locaties en op dezelfde uitvoering van dezelfde werken, maakt dat niet anders, nu daaruit geenszins kon worden afgeleid dat de Staat zijn aan de Telecomoperators bekende opvatting dat zij ingevolge art. 5.8 lid 1 (destijds art. 5.7 lid 1) Tw verplicht waren om op eigen kosten tot verplaatsing van de kabels over te gaan, prijs gaf voor het geval dat die verplichting niet reeds uit de verzoeken van de gemeenten voortvloeide.

[...]

4. Beslissing

De Hoge Raad:

- vernietigt het arrest van het gerechtshof te 's-Gravenhage van 19 januari 2010;
- verwijst het geding naar het gerechtshof te Amsterdam ter verdere behandeling en beslissing;
- veroordeelt de Telecomoperators in de kosten van het geding in cassatie, tot op deze uitspraak aan de zijde van de Staat begroot op € 483,11 aan verschotten en € 2.600,- voor salaris.

Dit arrest is gewezen door vice-president J.B. Fleers als voorzitter en de raadsheren A.M.J. van Buchem-Spapens, J.C. van Oven, W.A.M. van Schendel en F.B. Bakels, en in het openbaar uitgesproken door raadsheer J.C. van Oven op 16 december 2011.

Noot

Elvira Bergansius

Mr. A.E. Bergansius is advocaat te Den Haag (Bird&Bird LLP).

Inleiding

In de A12-geschillen is de zeldzame situatie aan de orde dat zowel de bestuursrechter als de civiele rechter over dezelfde zaak dienen te oordelen. Na ruim vijf jaar is de civiele procedure tot een (voorlopig) einde gekomen met dit arrest van de Hoge Raad. Hoewel de bestuursrechtelijke procedure bij het CBB nog niet afgerond is, wordt aan de hand van onderhavig arrest ingegaan op de drie centraal staande vragen, te weten de vraag welk verplaatsingsverzoek relevant is, op wie de gedoogplicht rust en wanneer sprake is van een werk 'door of vanwege' de gedoogplichtige. In dat kader zal echter eerst een kort overzicht worden gegeven van enkele andere bepalingen uit hoofdstuk 5 die naast de verplaatsingsregeling relevant zijn.

Hoofdstuk 5 van de Telecommunicatiewet

Hoofdstuk 5 van de Telecommunicatiewet ('Tw') regelt de zogeheten gedoogplicht voor kabels ten dienste van openbare elektronische communicatienetwerken. De instandhouding van dergelijk netwerken dient een algemeen belang waarvoor de gedoogplicht in het leven is geroepen. De aanleg, instandhouding en verwijdering van dergelijke kabels moet door de rechthebbende op openbare gronden op grond van artikel 5.2 lid 1 Tw worden gedoogd (gewoonlijk een openbaar lichaam zoals een gemeente, een waterschap of de Staat). In niet-openbare gronden en in tuinen en erven die met bewoonde percelen een geheel vormen, geldt een beperktere gedoogregeling. In niet-openbare gronden dienen op grond van artikel 5.2 lid 2 Tw alleen interlokale kabels te worden gedoogd, terwijl in tuinen en erven die met bewoonde percelen een geheel vormen de gedoogplicht alleen bestaat indien dit noodzakelijk is om een aansluiting tot stand te brengen (artikel 5.2 lid 3 Tw). Oorspronkelijk had de gedoogplicht alleen betrekking op PTT-kabels. Met de Telecommunicatiewet 1998 is het graafrecht echter uitgebreid tot alle openbare elektronische telecommunicatienetwerken.

De gedoogplicht laat onverlet dat de gedoogplichtige op grond van artikel 5.7 Tw moet worden gecompenseerd voor eventuele schade als gevolg van de aanleg van de kabels. Denk aan de waardevermindering van gronden. Ook dient de telecomaانبieder de schade te herstellen of te vergoeden die bijvoorbeeld wordt veroorzaakt doordat het wegdek wordt opengemaakt voor de aanleg van kabels.

Hoofdstuk 5 Tw bevat nog enkele andere bepalingen met betrekking tot het 'leggen' en 'verleggen' van telecomkabels. Zo bevat artikel 5.3 Tw een regeling over de wijze waarop overeenstemming moet worden bereikt tussen de telecomaandbieder en de gedoogplichtige inzake de manier waarop de werkzaamheden ten behoeve van de kabels worden uitgevoerd. Artikel 5.4 Tw stelt daarnaast regels aan het publiekrechtelijke instemmingsbesluit dat burgemeester en wethouders dienen af te geven indien de werkzaamheden in openbare gronden plaatsvinden. Dit artikel biedt ook de wettelijke grondslag voor de gemeentelijke Telecommunicatieverordening.

Voor de praktijk zeer belangrijk is artikel 5.15 Tw, dat in werking is getreden per 1 februari 2007. Dit artikel bepaalt dat de regels uit hoofdstuk 5 Tw niet alleen van toepassing zijn op kabels, maar ook op ondergrondse ondersteuningswerken of beschermingswerken die niet met kabels zijn gevuld – denk aan lege hdpe-buizen. Dit is van groot belang, omdat telecomaanbieders in de praktijk bij de aanleg van hun netten veelal meerdere hdpe-buizen als reservecapaciteit plegen aan te laten leggen. Wanneer op het desbetreffende tracé daaraan behoefte is, kunnen er meer glasvezelkabels in de reservebuizen worden geblazen zonder de noodzaak van nieuwe graafwerkzaamheden, met alle kosten en maatschappelijke overlast van dien. Indien deze lege mantelbuizen niet meer gedoogd zouden worden, betekent dit onder meer dat gemeenten over de buizen precariobelasting zouden kunnen heffen – indien de plaatselijke belastingverordening daarin voorziet – (zie bijvoorbeeld HR 11 december 1996, BNB 1997/58) of hiervoor anderszins een vergoeding zouden kunnen vragen. Op grond van artikel 5.8 lid 8 Tw j^o 5.15 Tw komt aan de gedoogplicht een einde indien kabels en de daarbij behorende mantelbuizen en ondersteuningswerken gedurende een aaneengesloten periode van tien jaar geen deel uitmaken van een openbaar elektronisch communicatienetwerk, met andere woorden: indien de kabels en/of de buizen gedurende tien jaar niet gebruikt worden.

De gedoogplicht van artikel 5.2 Tw kent een tegenhanger in artikel 5.8 lid 1 Tw. Dit artikel bepaalt dat een aanbieder van een openbaar elektronisch communicatienetwerk voor *eigen rekening* maatregelen dient te treffen ten aanzien van zijn kabels (waaronder tevens de verplaatsing van zijn kabels is begrepen) indien (1) degene op wie de gedoogplicht rust hiertoe een verzoek doet en (2) het nemen van de maatregelen noodzakelijk is (3) voor de oprichting van gebouwen of de uitvoering van werken (4) die plaatsvinden door of vanwege degene op wie de gedoogplicht rust. Het samenstel van deze twee bepalingen is verantwoordelijk voor de uitdrukking 'liggen om niet, verleggen om niet'. Voorgangers van deze regeling waren artikel 8 van de Telegraaf- en Telefoonwet 1903, artikel 37 van de Wet op de telecommunicatievoorzieningen en – tot 1 februari 2007 – artikel 5.7 Tw (oud). Op grond van artikel 5.8 lid 7 Tw kunnen zowel de telecomaandbieder als de gedoogplichtige het college van de Onafhankelijke Post- en Telecommunicatie Autoriteit ('OPTA') verzoeken een beschikking te geven over de verdeling van de kosten indien partijen van mening verschillen over de vraag voor wiens rekening de verleggingskosten komen. De uitleg van artikel 5.8 lid 1 Tw vormt tevens het onderwerp van het onderhavige arrest.

Rechtspraak over de verleggingsregeling artikel 5.8 lid 1 Tw

De verplaatsingsregeling van artikel 5.8 Tw en zijn voorganger artikel 5.7 Tw (oud) is het laatste decennium geen rustig bezit geweest. Een snelle inventarisatie brengt mij op circa 25 OPTA-beschikkingen en gerechtelijke uitspraken. Een deel van de verklaring hiervoor kan ongetwijfeld worden gevonden in de aanzienlijke kosten die gepaard gaan met de verplaatsing van telecomkabels. De term 'verplaatsing' suggereert dat de kabels worden opgetild en ergens anders kunnen worden neergelegd, maar dat is niet het geval. Indien een kabeltracé verplaatst moet worden dient gewoonlijk een geheel nieuw tracé te worden aangelegd, en dienen de oude kabels te worden verwijderd, met alle kosten van dien.

In de verschillende procedures zijn diverse elementen van de verplaatsingsregeling aan bod gekomen en verhelderd. Zo werd vastgesteld ten aanzien van artikel 5.7 Tw (oud) dat indien volstaan kan worden met minder vergaande maatregelen zoals het tijdelijk optillen van de kabels, de gedoogplichtige niet van de telecomaandbieder mag verlangen dat deze voor eigen rekening verdergaande maatregelen treft, zoals het verplaatsen van kabels. De kostendraagplicht voor de aanbieder gaat in zo'n geval niet verder dan de kosten die zijn gemeoid met

de goedkopere oplossing.¹ Deze jurisprudentie komt tot uitdrukking in het tegenwoordige artikel 5.8 lid 1 Tw. Dit artikel verwijst (anders dan artikel 5.7 Tw (oud)) niet alleen naar de verplichting tot het verplaatsen van kabels, maar geeft aan dat er een verplichting bestaat om maatregelen te treffen, 'waaronder het verplaatsen van kabels'.

Een vraag die de praktijk sterk bezig heeft gehouden was of een gedoogplichtige zich kan beroepen op artikel 5.8 lid 1 Tw indien hij gronden vrij van kabels bouwrijp wil opleveren, voordat deze geleverd worden aan een ontwikkelaar. De vraag die in dit verband moest worden beantwoord was of het bouwrijp maken van de gronden gerekend moet worden tot 'de uitvoering van werken door of vanwege degene op wie de gedoogplicht rust', zoals bedoeld in artikel 5.8 lid 1 Tw. Alleen in dat geval kan de gedoogplichtige de verwijdering van de kabels vorderen op kosten van de telecomaandbieder. De Hoge Raad stelde in een zaak over artikel 37 lid 1 Wtv, een van de voorgangers van artikel 5.8 lid 1 Tw, vast dat dit niet het geval is. Met de 'uitvoering van werken' wordt, aldus de Hoge Raad, bedoeld de totstandbrenging van een werk van stoffelijke aard, waartoe het bouwrijp maken van een perceel als zodanig niet kan worden gerekend. Bovendien kan alleen de verwijdering van kabels wordt gelast op kosten van de telecomaandbieder, indien er een concreet verband bestaat tussen het werk en de verlegging van de kabels. Tot slot moet dit werk ook nog eens worden uitgevoerd door of vanwege de gedoogplichtige – en dus niet door een derde aan wie de rechten op de gronden overgedragen gaan worden.² Artikel 5.8 lid 2 Tw maakt het sinds 1 februari 2007 wel mogelijk dat de gedoogplichtige de verwijdering van kabels voor rekening van een telecomaandbieder vordert ten behoeve van de oprichting van gebouwen door een derde partij. Hiervoor moet vaststaan dat de gronden door de gedoogplichtige zijn bestemd voor het oprichten van gebouwen, de kabels hieraan in de weg liggen, deze gebouwen voldoende bepaalbaar zijn en de gedoogplichtige jegens de derde partij gehouden is om de gronden zodanig te leveren dat de derde bij de door of vanwege hem op te richten gebouwen niet wordt gehinderd door de kabels. Volgens de memorie van toelichting is dit het geval indien er een ontvankelijke aanvraag voor een bouwvergunning is ingediend, waaruit de concrete bouwplannen blijken.³

In een ander arrest is de Hoge Raad ingegaan op de betekenis van de zinsnede 'vanwege degene op wie de gedoogplicht rust'.⁴ In deze zaak ging het om kabels die gelegen waren zowel in gronden in eigendom van de Staat, als in gronden van derden. Op verzoek van de Staat waren de kabels verlegd en het geschil draaide uiteindelijk om de verleggingskosten voor de kabels die niet waren gelegen in gronden van de Staat, maar in gronden van derden. De Hoge Raad stelde vast dat de enkele omstandigheid dat de grondeigenaren – en dus de gedoogplichtigen in de zin van artikel 37 lid 1 Wtv – hebben ingestemd met de werkzaamheden die door of in opdracht van een derde partij op hun gronden hebben plaatsgevonden, niet meebrengt dat de werkzaamheden in de zin van artikel 37 lid 1 Tw 'vanwege' deze grondeigenaren hebben plaatsgevonden. De enkele 'instemming' is derhalve onvoldoende, maar wat dan wel vereist is voor de aanneming dat iets 'vanwege degene op wie de gedoogplicht rust' geschiedt bleef onduidelijk.

Bespreking arrest A12-geschillen

De hiervoor besproken betekenis van de zinsnede 'vanwege degene op wie de gedoogplicht rust' komt wederom in de onderhavige procedure aan bod. Voordat men echter toekomt aan dit element en de overige elementen van de verplaatsingsregeling, dient eerst vast te staan welk peilmoment tot uitgangspunt genomen moet worden.

Casus

De zaak betreft een geschil tussen de Staat en enkele telecomoperators (te weten: KPN, Tele2, Viatel, UPC, Eurofiber en Verizon) over de vergoeding van de kosten van de verplaatsing van telecomkabels ten behoeve van de verbreding van de rijksweg A12. Zoals uit de verleggingsregeling van artikel 5.8 lid 1 Tw volgt zijn de telecomoperators slechts dan gehouden op eigen kosten hun kabels te verplaatsen indien het een verzoek van de gedoogplichtige betreft en de verplaatsing noodzakelijk is voor de uitvoering van – in casu – werken die door of vanwege de gedoogplichtige plaatsvinden.

De Staat heeft ten behoeve van verbreding van de A12 – een werk van de Staat – in 2003 en 2004 uitvoeringsovereenkomsten gesloten met de

1 Rb. Rotterdam 25 januari 2006, LJN AV6379.

2 HR 4 november 2005, LJN AT6837.

3 MvT, Kamerstukken II 2004/05, 29 834, nr. 3, p. 58.

4 HR 3 december 2004, NJ 2005, 237.

provincie Zuid-Holland en de gemeenten Bleiswijk en Zevenhuizen-Moerkapelle, waarin onder meer is afgesproken dat de Staat de gronden van de gemeenten mag gebruiken voor de uitvoering van werken. Op dat moment lagen de kabels van de telecomoperators in de gronden van deze gemeenten, de gedoogplichtigen. In 2004 hebben de gemeenten de telecomoperators verzocht de in hun gronden gelegen kabels te verplaatsen; dit zijn de eerste verleggingsverzoeken. Daarna zijn de desbetreffende percelen verkocht aan de Staat. Op 2 november 2005, een dag na de levering van de gronden, heeft de Staat de telecomoperators geïnformeerd over de eigendomsoverdracht en heeft hij de data genoemd waarop de verplaatsingen van de kabels gereed moesten zijn. In dit laatste verzoek heeft de Staat de telecomoperators bovendien medegedeeld dat de eigendomsoverdracht geen gevolgen heeft voor de eerdere aanschrijvingen van de gemeenten, met de formulering: 'De aanschrijvingen blijven derhalve in stand en worden door Rijkswaterstaat – als gedoogplichtige – overgenomen en – voor zover nodig – herhaald.' De telecomoperators hebben vervolgens hun kabels onder protest verplaatst en partijen zijn overeengekomen dat de telecomoperators en Rijkswaterstaat ieder 50% van de kosten van de verplaatsing zouden dragen. Daarna zou de Staat een juridische procedure entameren waarin hij een verklaring voor recht zou vragen dat de kosten van verplaatsing van de kabels voor rekening van de telecomoperators komen.

Zoals afgesproken heeft de Staat in 2006 het geschil voorgelegd aan de burgerlijke rechter, hetgeen tot onderhavig arrest heeft geleid. Parallel hieraan zijn partijen echter ook een bestuursrechtelijke procedure gestart. Op grond van artikel 5.8 lid 7 Tw kan immers zowel de gedoogplichtige als de telecomaandier OPTA verzoeken een beschikking te geven over de vraag wie – in onderhavig geval: de Staat, de gemeenten of de telecomoperators – de verleggingskosten dient te dragen. In 2007 hebben de telecomoperators OPTA verzocht om een beschikking te geven. Dit heeft in 2008 tot twee beschikkingen geleid, één tussen de telecomoperators en de Staat en één tussen de telecomoperators en de gemeenten.⁵ Tegen deze besluiten hebben partijen beroep ingesteld bij de Rechtbank Rotterdam. Op 1 april 2009 heeft de rechtbank uitspraak gedaan.⁶ Partijen hebben vervolgens hoger beroep ingesteld bij het CBB, waarop ten tijde van het schrijven van deze annotatie nog een zitting dient te worden ingepland.

Drie kernvragen

Zowel in de civiel- als de bestuursrechtelijke procedure staan de volgende drie vragen centraal:

- Welk verplaatsingsverzoek is relevant indien er meerdere verplaatsingsverzoeken zijn gedaan?
- Op wie rust de gedoogplicht?
- Wanneer is sprake van een werk 'door of vanwege' de gedoogplichtige?⁷

Aan de hand van de overwegingen in het arrest van de Hoge Raad zullen de vragen hieronder worden besproken.

1. Peilmoment: welk verplaatsingsverzoek dient tot uitgangspunt te worden genomen?

De complicerende factor in de A12-geschillen is het feit dat sprake is van meerdere verplaatsingsverzoeken. Allereerst hebben de gemeenten op 21 april 2004 en 28 september 2004 de telecomoperators ver-

zoekt hun kabels te verplaatsen. De gronden waarop de verplaatsingsverzoeken betrekking hadden, zijn vervolgens op 1 november 2005 aan de Staat geleverd, maar op dat moment waren de kabels nog niet verplaatst. Bij brieven van 2 november 2005 heeft de Staat de telecomoperators bericht over de eigendomsoverdracht en de data genoemd waarop de verplaatsingen van de kabels gereed moesten zijn. Daarbij heeft de Staat de eerdere verplaatsingsverzoeken van de gemeenten overgenomen en – voor zover nodig – herhaald, met de mededeling dat de eigendomsoverdracht geen gevolgen had voor de aanschrijvingen van de gemeenten. Of deze brieven daadwerkelijk gezien kunnen worden als een zelfstandig verplaatsingsverzoek vraag ik mij af gelet op de bewoordingen die de Staat hanteert en, zoals hierna zal blijken, bestaat over deze kwalificatie de nodige verdeeldheid. Gemakshalve zullen deze brieven echter worden aangeduid als het 'laatste verplaatsingsverzoek'.

De vraag doet zich nu voor welk verplaatsingsverzoek tot uitgangspunt dient te worden genomen voor de toepassing van de verplaatsingsregeling van artikel 5.8 lid 1 Tw. Het is immers van belang om dit peilmoment vast te stellen alvorens kan worden getoetst aan de voorwaarden waaraan moet zijn voldaan om een aanbieder te verplichten om op eigen kosten maatregelen te nemen.⁸

Hof Den Haag hanteert als peilmoment de eerste verzoeken van de gemeenten. Volgens het hof dient een aanbieder over te gaan tot het nemen van maatregelen op het moment waarop het eerste verplaatsingsverzoek door een gedoogplichtige wordt gedaan, behoudens bijzondere omstandigheden zoals een (al dan niet tijdelijke) intrekking van dat verzoek. In het onderhavige geval doen zich niet dergelijke bijzondere omstandigheden voor en zijn de eerste verplaatsingsverzoeken steeds gehandhaafd, hetgeen te meer volgt uit de brieven van de Staat waarin de eerdere verzoeken worden overgenomen en herhaald, aldus het hof.⁹

Uit het arrest van de Hoge Raad volgt dat het peilmoment in ieder geval dient te liggen bij het moment waarop het verleggingsverzoek is gedaan en niet – zoals de Staat had betoogd – bij het moment waarop de kabels daadwerkelijk zijn verplaatst.¹⁰ De Hoge Raad vernietigt het arrest van het hof waar het hof gekozen heeft voor het verleggingsverzoek van de gemeenten. Op grond van een redelijke uitleg en toepassing van artikel 5.8 lid 1 Tw komt de Hoge Raad tot het volgende:

Het Hof had derhalve het verzoek van de Staat afzonderlijk moeten beoordelen en de rechtsgevolgen daarvan moeten bepalen zonder doorslaggevend gewicht toe te kennen aan de rechtsgevolgen die naar het oordeel van het Hof zijn voortgevoerd uit de gemeentelijke verzoeken d.d. 21 maart [april, toevoeging annotator] en 28 september 2004.¹¹

Daarbij merkt de Hoge Raad op dat de bewoordingen die de Staat hanteert in het laatste verplaatsingsverzoek op deze beoordeling niet van invloed zijn,

nu daaruit geenszins kon worden afgeleid dat de Staat zijn aan de Telecomoperators bekende opvatting dat zij ingevolge art. 5.8 lid 1 [...] Tw verplicht waren om op eigen kosten tot verplaatsing van de kabels over te gaan, prijsgeef voor het geval dat die verplichting niet reeds uit de verzoeken van de gemeenten voortvloeide.

Artikel 5.2 en 5.8 Tw zijn – tot op zekere hoogte – communicerende vaten. Dat wat in artikel 5.2 Tw van de grondeigenaar wordt 'afge-

verzoeken van de gemeenten, de brieven van de Staat, en de rechtsgevolgen die daaruit voortvloeien. De rechtbank merkt op dat de brieven van de Staat niet mede namens de gemeenten verzonden zijn, de verplichtingen van de gemeenten in stand laten en de gemeenten haar verzoeken evenmin ingetrokken heeft. Noch door de overdracht van de gronden, noch door de brieven van de Staat zijn de door de verzoeken van de gemeenten ontstane verplichtingen voor de telecomoperators en de daartegenover staande verplichtingen van de gemeenten komen te vervallen. Het feit dat de telecomoperators 'op zijn hoogst slechts in zeer beperkte mate werkzaamheden ten behoeve van de verplaatsing hadden verricht' doet daar niets aan af. Bovendien is de rechtbank van oordeel dat de brieven niet beschouwd kunnen worden als nieuwe verzoeken gezien de inhoud. 'De rechtbank voegt daaraan nog toe dat naar haar oordeel de brieven van de minister niet als nieuwe verzoeken kunnen worden aangemerkt. De minister heeft in deze brieven medegedeeld dat de eigendomsoverdracht geen gevolgen heeft voor de aanschrijvingen. Voorst heeft de minister medegedeeld dat de aanschrijvingen in stand blijven en door Rijkswaterstaat worden overgenomen en – voor zover nodig – herhaald.'

¹⁰ HR 16 december 2011, LjN BT6685, r.o. 3.12.

¹¹ HR 16 december 2011, LjN BT6685, r.o. 3.16.

⁵ OPTA-besluiten van 6 maart 2008: 2008/200418, *Telecomoperators/Staat* en 2008/200398, *Telecomoperators/Gemeente Lansingerland en Zevenhuizen-Moerkapelle* (alle aangehaalde OPTA-documenten zijn te raadplegen via www.opta.nl).

⁶ Rb. Rotterdam 1 april 2009, LjN BI2852. In de bestuursrechtelijke procedure komen de verleggingskosten vooralsnog voor rekening van de gemeenten, mede op grond van een andere kwalificatie van de brieven van de Staat van 2 november 2005 dan de Hoge Raad.

⁷ Gemakshalve wordt hier slechts gesproken over de uitvoering van werken omdat het in de A12-geschillen om de uitvoering van een werk ging. Uiteraard geldt alles ook voor de oprichting van gebouwen.

⁸ Een aanbieder van het openbare elektronische communicatienetwerk dient voor eigen rekening maatregelen te treffen ten aanzien van zijn kabels (waaronder tevens de verplaatsing van zijn kabels is begrepen) indien (1) degene op wie de gedoogplicht rust hiertoe een verzoek doet en (2) het nemen van de maatregelen noodzakelijk is (3) voor de oprichting van gebouwen of de uitvoering van werken (4) die plaatsvinden door of vanwege degene op wie de gedoogplicht rust.

⁹ Hof Den Haag 19 januari 2010, LjN BLO231, r.o. 6.2. Vgl. in de bestuursrechtelijke procedure Rb. Rotterdam 1 april 2009, LjN BI2852, rov. 2.4.3.6 inzake de

pakt', wordt in artikel 5.8 Tw weer aan hem 'teruggegeven'. En dat lijkt ook de ratio achter de beslissing van de Hoge Raad te zijn ten aanzien van het peilmoment en de verplichting om het laatste verplaatsingsverzoek – waaraan de Hoge Raad refereert als het definitieve verplaatsingsverzoek – afzonderlijk te beoordelen zonder doorslaggevend gewicht toe te kennen aan de rechtsgevolgen die uit de eerdere verzoeken van de gemeenten voortvloeien zijn. Een inbreuk op het eigendomsrecht van de grondeigenaar acht de wetgever alleen dan gerechtvaardigd indien de inbreukmaker ook verplicht wordt om zijn kabels *op eigen kosten* te verleggen wanneer deze verplaatsing nodig is ten behoeve van de gedoogplichtige. De gedoogplicht mag er nu eenmaal niet toe leiden dat de grondeigenaar niet meer volledig kan beschikken over zijn grond, uiteraard met inachtneming van de voorwaarden die in artikel 5.8 Tw daaraan gesteld worden. Feit blijft dat het laatste verplaatsingsverzoek zeer ongelukkig geformuleerd is en er getwist kan worden over de vraag of het wel als een nieuw verzoek gezien kan worden.¹² Ongeacht deze ongelukkige woordkeuze van de Staat, is het niet goed vol te houden dat de Staat niet beoogt zou hebben een beroep te doen op artikel 5.8 lid 1 Tw nadat hij eigenaar was geworden van de gronden – welk aspect de Hoge Raad uitdrukkelijk betreft in zijn overweging – en dat dit verzoek derhalve niet als afzonderlijk en zelfstandig verzoek beoordeeld diende te worden. Daarbij kan men zich nog afvragen of de Hoge Raad anders geoordeeld zou hebben indien de telecomoperators ten tijde van het laatste verplaatsingsverzoek reeds een aanvang gemaakt hadden met de verplaatsing dan wel de verplaatsing grotendeels voltooid was. De Hoge Raad betreft immers in zijn overweging ook uitdrukkelijk de omstandigheid dat de telecomoperators op 2 november 2005 nog geen gevolg gegeven hadden aan de gemeentelijke verzoeken.

Maar wat betekent deze afzonderlijke beoordeling van het laatste verplaatsingsverzoek nu precies? De eerste verplaatsingsverzoeken van de gemeenten riepen immers reeds rechtsgevolgen in het leven. Dit is ook logisch, op basis van het eerste (en normaliter ook enige) verzoek wordt een aanbieder verzocht tot het nemen van maatregelen en kan worden getoetst aan de voorwaarden van de verleggingsregeling. Vervolgens heeft de Staat, na de eigendomsoverdracht, een verzoek tot verplaatsing gedaan dat volgens de Hoge Raad eveneens rechtsgevolgen in het leven riep. Onduidelijk blijft echter *welke* rechtsgevolgen in het leven zijn geroepen door de afzonderlijke verplaatsingsverzoeken van de gemeenten en de Staat.

2. Gedoogplichtige: hoe moet dit begrip worden uitgelegd?

Vervolgens is voor de beoordeling van de vraag wie de kosten dient te dragen van de verplaatsing van kabels relevant of het verzoek tot verplaatsing gedaan wordt door 'degene op wie de gedoogplicht rust'. De memorie van toelichting bij hoofdstuk 5 Tw licht het begrip 'gedoogplichtige' als volgt toe:

Op grond van het eerste lid [van artikel 5.2 Tw, toevoeging annotator] is de rechthebbende op en de beheerder van openbare gronden gedoogplichtig. [...] 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 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. [...] Onder beheerder van openbare gronden wordt verstaan degene die een wettelijke plicht heeft de grond te beheren.¹³

Het Hof Den Haag is van oordeel dat de Staat – ten tijde van de eerste verleggingsverzoeken – niet als gedoogplichtige kan worden aangemerkt (in de uitvoeringsovereenkomsten tussen- onder andere – de Staat en de gemeenten was afgesproken dat de Staat de gronden van de gemeenten mocht gebruiken voor de uitvoering van werken). Volgens het hof staan een redelijke uitleg en de bedoeling van artikel 5.8 Tw er aan in de weg dat iedere derde die toestemming heeft om de gronden te gebruiken voor de uitvoering van de werken waarvoor verplaatsing wordt verzoekt reeds daardoor (ook) als gedoogplichtige moet worden aangemerkt:

De derde ten behoeve van wiens werkzaamheden verplaatsing van de kabels wordt verzoekt, heeft de kabels niet op de plaats waar zij zijn gelegd gedoogd (hij wil ze juist verplaatst zien). Als deze derde reeds door het (gebruiks)recht om werken uit te voeren verplaatsing nodig is, een gedoogplichtige

in de zin van de Tw wordt, is er geen onderscheid tussen de gedoogplichtige die kabels in zijn percelen heeft gedoogd, en de derde door of vanwege wiens werken de kabels verplaatst moeten worden. Dit onderscheid beoogt de wet juist wel te maken.¹⁴

De Hoge Raad acht deze rechtsopvatting juist. Daarbij bevestigt de Hoge Raad dat het onderscheid zou komen te vervallen indien de hiervoor bedoelde derde wel als gedoogplichtige kan verlangen dat de aanbieder op eigen kosten tot verplaatsing overgaat. Volgens de Hoge Raad kan onder omstandigheden ook een gebruiker vallen onder het begrip beheerder van gronden in de zin van artikel 5.2 lid 1 Tw, maar niet een gebruiker die de grond slechts in gebruik heeft gekregen om daarop de werken te laten uitvoeren waarvoor de verplaatsing van kabels nodig is. Dit wordt niet anders indien die gebruiker toekomstig eigenaar van de gronden is en niet van plan is om die gronden later weer aan de vorige eigenaar terug te leveren.¹⁵

Uit het voorgaande wordt duidelijk dat een gebruiker die toestemming heeft van de rechthebbende om de gronden te gebruiken voor de uitvoering van de werken waarvoor verplaatsing nodig is, niet (ook) als gedoogplichtige aangemerkt kan worden en dat dit in ieder geval niet bij wijze van 'tegenprestatie' aanspraak maken op kosteloze verplaatsing daarvan. De Hoge Raad laat echter na de grenzen van het begrip 'gedoogplichtige' vast te stellen, terwijl hij wel aangeeft dat er omstandigheden kunnen zijn waaronder ook een gebruiker aangemerkt kan worden als gedoogplichtige. Overigens is opvallend dat de rechthebbende die de grond bijvoorbeeld krijgt overgedragen voor de oprichting van gebouwen of de uitvoering van de werken wel als gedoogplichtige een beroep kan doen op de regeling van artikel 5.8 lid 1 Tw, terwijl hij – net als de gebruiker die toestemming heeft van de rechthebbende om de gronden te gebruiken voor de uitvoering van de werken – evenmin een 'offer' heeft moeten brengen voor de aanleg en instandhouding van de kabels; hij heeft de grond namelijk gekocht met de kabels erin en was daarmee bekend, en dit zal ook verdisconteerd zijn in de koopprijs. Toch is het ook in dit geval onwenselijk geacht om de gedoogplichtige op te zadelen met de kosten voor de verplaatsing van de kabels die noodzakelijk zijn voor het gebouw dat hij wil (laten) oprichten of de werken die hij wil (laten) uitvoeren, terwijl zijn gedoogplicht de facto slechts weken kan hebben geduurd. Het zijn van rechthebbende of beheerder van de gronden is tenslotte voldoende, mits uiteraard aan de overige voorwaarden van de verleggingsregeling is voldaan.

3. 'Vanwege': wanneer is sprake van een werk 'door of vanwege' de gedoogplichtige?

Indien eenmaal vastgesteld is wie de gedoogplichtige is, dient tevens te worden bepaald of sprake is van de uitvoering van een werk *door of vanwege* de gedoogplichtige. Zoals de Hoge Raad reeds in zijn arrest van 3 december 2004 uitmaakte, dient het begrip 'vanwege de gedoogplichtige' niet te ruim uitgelegd te worden.¹⁶ De enkele instemming van een gedoogplichtige met werkzaamheden die door of in opdracht van een derde op zijn gronden plaatsvinden is onvoldoende om aan te nemen dat sprake is van werkzaamheden die *vanwege* de gedoogplichtige plaatsvinden. Dit is ook in lijn met de memorie van toelichting bij artikel 5.8 Tw:

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.¹⁷ [onderstreping annotator]

Doordat de Hoge Raad het arrest van het Hof Den Haag heeft vernietigd en de vonnissen van de Rechtbank Den Haag van 8 december 1999 en 29 november 2000 heeft bekrachtigd is ook duidelijk dat er in ieder geval geen sprake is van een werk vanwege de gedoogplichtige indien er werkzaamheden worden verricht zonder dat de gedoogplichtige daartoe 'opdracht' geeft.¹⁸

In onderhavig arrest gaat de Hoge Raad eerst in op het onderdeel van de Staat dat zich richt tegen de uitleg die het Hof Den Haag geeft

12 Zie ook HR 16 december 2011, LJN BT6685, conclusie A-G Langemeijer, nr. 3.47-3.50.

13 MvT, Kamerstukken II 2004/05, 29 834, nr. 3, p. 47.

14 Hof Den Haag 19 januari 2010, LJN BLo231, r.o. 5.2.

15 HR 16 december 2011, LJN BT6685, r.o. 3.10.

16 HR 3 december 2004, NJ 2005, 237, r.o. 3.5.

17 MvT, Kamerstukken II 2004/05, 29 834, nr. 3, p. 57.

18 Rb. Den Haag 29 november 2000, 98/781.

aan de uitvoeringsovereenkomst gesloten tussen – onder andere – de Staat en de gemeenten. De Staat had zich op het standpunt gesteld dat de gemeenten (mede-)opdrachtgever waren van de uitvoering van de werken en waren aan te merken als degenen die de werken (mede) zelf uitvoerden. Het hof oordeelt echter dat uit deze overeenkomsten niet kan worden afgeleid dat de gemeenten voor de werkzaamheden waarvoor de kabelverlegging nodig was, met de aannemers hebben gecontracteerd. De Hoge Raad laat dit oordeel in stand.

Vervolgens komt de Hoge Raad toe aan de onderdelen van de Staat die ervan uitgaan dat onder de uitvoering van werken door of vanwege de gedoogplichtige mede valt te begrijpen de uitvoering van werken waarvan de gedoogplichtige geen opdrachtgever is, maar die deel uitmaken van een (samenhangend) project waartoe ook (andere) werken behoren waarvan de gedoogplichtige wel opdrachtgever of mede-opdrachtgever is. De Hoge Raad sluit aan bij het eerder door hem ingenomen standpunt dat het begrip ‘door of vanwege de gedoogplichtige’ niet te ruim mag worden uitgelegd; de Staat gaat dan ook uit van een te veelomvattende en daarom onjuiste uitleg van het begrip. Daarnaast oordeelt de Hoge Raad dat eigen belang van de grondeigenaar bij de werken van een derde onvoldoende is.

Net als in zijn arrest van 3 december 2004 laat de Hoge Raad echter na aan te geven wat dan wél vereist is voor de aanname dat iets ‘vanwege’ een gedoogplichtige geschiedt. De enkele instemming en het eigen belang van een gedoogplichtige met en bij werkzaamheden die door of in opdracht van een derde op zijn gronden plaatsvinden is onvoldoende om aan te nemen dat sprake is van werkzaamheden die *vanwege* de gedoogplichtige plaatsvinden. Het is derhalve nog steeds gissen naar de omstandigheden die wel voldoende zijn om aan te nemen dat iets (mede) ‘vanwege’ de gedoogplichtige geschiedt. Eens te meer is benadrukt dat het begrip restrictief uitgelegd dient te worden. Gelet op de gedachte die aan de gedoogplicht ten grondslag ligt (‘liggen om niet, verleggen om niet’), lijkt toch van belang in hoeverre de gedoogplichtige de lasten c.q. het risico draagt van het werk dat noopt tot verplaatsing van de kabels; in dat geval is er immers een verband tussen de gedoogplicht en de kosten van de verplaatsing. Vervolgens rijst de vraag of het woord ‘vanwege’ niet gelezen dient te worden als ‘in opdracht van’, zoals A-G Langemeijer in zijn conclusie bij het arrest van 3 december 2004 reeds naar voren heeft gebracht in navolging van OPTA.¹⁹ Het zou mooi zijn als het CBB deze gelegenheid aangrijpt om hier meer duidelijkheid over te verschaffen.

Conclusie

De antwoorden op de vragen die in de A12-geschillen centraal staan laten zich in het kort als volgt samenvatten:

1. De Hoge Raad merkt het moment dat een gedoogplichtige een verzoek tot verplaatsing doet aan als het peilmoment. Ingeval van meerdere verplaatsingsverzoeken dienen de verzoeken afzonderlijk beoordeeld te worden, waarbij de rechtsgevolgen van het laatste verzoek bepaald dienen te worden zonder doorslaggevend gewicht toe te kennen aan de rechtsgevolgen van de eerdere verzoeken.
2. Wat betreft de uitleg van het begrip ‘gedoogplichtige’ oordeelt de Hoge Raad dat een gebruiker die toestemming heeft van de rechthebbende om de gronden te gebruiken voor de uitvoering van de werken waarvoor verplaatsing nodig is, niet (ook) als gedoogplichtige kan worden aangemerkt.
3. Tot slot houdt de Hoge Raad vast aan de restrictieve uitleg van het begrip ‘vanwege de gedoogplichtige’. De enkele instemming en het eigen belang van een gedoogplichtige met en bij werkzaamheden die door of in opdracht van een derde op zijn gronden plaatsvinden is onvoldoende om aan te nemen dat sprake is van werkzaamheden die *vanwege* de gedoogplichtige plaatsvinden.

Welke rechtsgevolgen volgen echter uit de afzonderlijke verplaatsingsverzoeken? Onder welke omstandigheden kan een gebruiker wel aangemerkt worden als gedoogplichtige? En welke omstandigheden zijn vereist voor de aanname dat iets *vanwege* de gedoogplichtige geschiedt? Deze vragen blijven onbeantwoord. Naast een eventuele verwijzingsprocedure bij het Hof Amsterdam, lopen op dit moment nog twee procedures bij het CBB. In de bestuursrechtelijke procedure is enerzijds hoger beroep ingesteld tegen het vonnis van de Rechtbank Rotterdam tussen de telecomoperators en de Staat waarbij de telecomoperators bij gebrek aan belang niet-ontvankelijk zijn verklaard gelet op dezelfde rechtsvragen die de Staat aan de civiele rechter heeft voorgelegd waarbij dezelfde partijen zijn betrokken. Anderzijds is hoger beroep ingesteld tegen het vonnis van de Rechtbank Rotterdam tussen de telecomoperators en de gemeenten. Zal het CBB zich aansluiten bij het oordeel van de rechtbank dat tussen de telecomoperators en de Staat dezelfde rechtsvragen reeds voorgelegd zijn aan de civiele rechter? En hoe zal het CBB vervolgens oordelen over de betekenis van de afzonderlijke verzoeken van de gemeenten en de Staat in de tweede beroepsprocedure? Vermoedelijk zullen partijen naar aanleiding van de uitkomsten in beide beroepsprocedures zich beraden over de vraag of zij het nog zinvol achten om een verwijzingsprocedure bij het Hof Amsterdam te starten.

¹⁹ HR 3 december 2004, NJ 2005, 237, conclusie A-G Langemeijer, nr. 3.3. Zie ook ‘Beleidsregels inzake de gedoogplicht voor de aanleg, instandhouding en opruiming van kabels’ van 9 juni 2008, OPTA/ACNB/2008/201263, nr. 57.