



## Besluit

**Besluit van de Autoriteit Consument en Markt als bedoeld in artikel 7:11 van de Algemene wet bestuursrecht naar aanleiding van het bezwaar van de Federatie Particulier Grondbezit tegen het besluit van 13 maart 2019 met kenmerk ACM/UIT/503220 strekkende tot het niet in behandeling nemen van het door de Federatie Particulier Grondbezit ingediende handhavingsverzoek.**

**Ons kenmerk** ACM/UIT/529743  
**Zaaknummer** ACM/19/035557  
**Datum** 31 januari 2020

## Samenvatting

Op 13 maart 2019 heeft de Autoriteit Consument en Markt besloten het handhavingsverzoek van de Federatie Particulier Grondbezit om handhavend op te treden tegen TenneT TSO B.V. omdat zij overcapaciteit van mantelbuizen en/of glasvezels in medegebruik geeft aan Relined B.V., niet in behandeling te nemen. Tegen dit besluit heeft de Federatie Particulier Grondbezit bezwaar gemaakt. De Autoriteit Consument en Markt concludeert dat dit bezwaar niet tot herroeping van het primaire besluit leidt. Gelet op de alsnog overgelegde gegevens en bescheiden, heeft de Autoriteit Consument en Markt het handhavingsverzoek wel in behandeling genomen ten aanzien van de gronden van [VERTROUWELIJK] die door [VERTROUWELIJK], een lid van de Federatie Particulier Grondbezit, worden beheerd. De Autoriteit Consument en Markt komt tot het oordeel dat niet is gebleken dat in de gronden van [VERTROUWELIJK] een openbaar elektronisch communicatienetwerk tot stand is gebracht. De Autoriteit Consument en Markt wijst het handhavingsverzoek derhalve af.

## 1 Inleiding

1. Op 25 april 2018 heeft de Federatie Particulier Grondbezit (hierna: FPG) een handhavingsverzoek ingediend bij de Autoriteit Consument en Markt (hierna: ACM).<sup>1</sup> De FPG stelt dat TenneT TSO B.V. (hierna: TenneT) de onbenutte overcapaciteit van glasvezelkabels bij hoogspanningsverbindingen tegen betaling beschikbaar stelt voor bijvoorbeeld de commerciële verhuur van dataverbindingen. De ACM heeft bij besluit van 13 maart 2019 besloten het handhavingsverzoek niet in behandeling te nemen.<sup>2</sup> Tegen dit besluit heeft de FPG op 4 april 2019 bezwaar gemaakt.
2. Hierna wordt in Hoofdstuk 2 het verloop van de procedure geschetst. In Hoofdstukken 3 en 4 worden respectievelijk het primaire besluit en het juridisch kader weergegeven. Hoofdstuk 5 bevat de bezwaargronden en in Hoofdstuk 6 volgt de beoordeling van het bezwaar. In Hoofdstuk 7 neemt de ACM het handhavingsverzoek in behandeling. Dit besluit eindigt met een dictum in Hoofdstuk 8.

## 2 Verloop van de procedure

3. In het besluit van 13 maart 2019 (hierna: het primaire besluit) heeft de ACM het verzoek van de FPG om handhavend op te treden tegen het in (commercieel) medegebruik geven van onbenutte overcapaciteit van mantelbuizen en/of glasvezels ten behoeve van een openbaar elektronisch communicatienetwerk (OECN), niet in behandeling genomen.
4. Bij brief van 4 april 2019 heeft de FPG tegen dit besluit bezwaar gemaakt.<sup>3</sup>
5. Op 18 juli 2019 heeft een hoorzitting plaatsgevonden ten kantore van de ACM.<sup>4</sup>
6. De ACM heeft op 23 juli 2019 de tijdens de hoorzitting toegezegde gegevens ontvangen van de FPG.<sup>5</sup>
7. De ACM heeft van de hoorzitting een verslag gemaakt dat als bijlage bij de brief van 9 augustus 2019 aan de FPG is toegezonden.<sup>6</sup> De FPG heeft gebruik gemaakt van de gelegenheid om te reageren op het verslag. De reactie van de FPG op het verslag is door de

---

<sup>1</sup> ACM/IN/415624.

<sup>2</sup> ACM/UIT/503220.

<sup>3</sup> ACM/IN/430860.

<sup>4</sup> ACM/UIT/511172, ACM/IN/432476, ACM/UIT/511854 en ACM/UIT/524968.

<sup>5</sup> ACM/IN/436289.

<sup>6</sup> ACM/UIT/517293 en ACM/INT/390198.

ACM ontvangen op 14 augustus 2019 en toegevoegd aan het dossier.<sup>7</sup>

8. In een brief van 20 augustus 2019 heeft de ACM de FPG verzocht om nadere informatie.<sup>8</sup> Op 4 september 2019 heeft de ACM deze informatie ontvangen van de FPG.<sup>9</sup>
9. Bij brief van 17 september 2019 heeft de ACM TenneT een informatieverzoek toegestuurd.<sup>10</sup> Op 7 oktober 2019 heeft TenneT op dit verzoek geantwoord.<sup>11</sup>
10. Op 28 oktober 2019 heeft de FPG een zienswijze gegeven naar aanleiding van de reactie van TenneT.<sup>12</sup> Tot slot heeft de FPG op 26 november 2019 een besluit van het Ministerie van Economische Zaken en Klimaat naar aanleiding van een WOB-verzoek van de FPG opgestuurd naar de ACM.<sup>13</sup>
11. Bij brief van 29 november 2019 heeft de ACM Relined B.V. (hierna: Relined) om informatie verzocht.<sup>14</sup> Op 11 december 2019 heeft de ACM deze informatie ontvangen van Relined.

### 3 Het primaire besluit

12. De FPG heeft op 25 april 2018 bij de ACM een handhavingsverzoek ingediend wegens het in (commercieel) medegebruik en verhuur geven van onbenutte overcapaciteit van glasvezels van TenneT bij hoogspanningsverbindingen. Tijdens de hoorzitting d.d. 18 juli 2019<sup>15</sup> heeft de FPG verduidelijkt dat haar handhavingsverzoek zich richt tegen Tennenet en Relined wegens het zonder toestemming en zonder mededeling in gebruik geven, respectievelijk nemen, van deze glasvezels ten behoeve van een OECN.<sup>16</sup> De ACM heeft bij besluit van 13 maart 2019 geconcludeerd dat de FPG onvoldoende gegevens heeft verstrekt om de aanvraag in behandeling te kunnen nemen.

---

<sup>7</sup> ACM/IN/437419.

<sup>8</sup> ACM/UIT/517688.

<sup>9</sup> ACM/IN/438199.

<sup>10</sup> ACM/UIT/518770.

<sup>11</sup> ACM/IN/439810.

<sup>12</sup> ACM/IN/440765.

<sup>13</sup> ACM/IN/440765.

<sup>14</sup> ACM/UIT/523773.

<sup>15</sup> ACM/INT/390198, verslag van de hoorzitting d.d. 18 juli 2019, zie p. 11.

<sup>16</sup> ACM/IN/415624.

## 4 Juridisch kader bezwaar

13. Voor de beschrijving van het relevante juridisch kader verwijst de ACM naar het primaire besluit, Hoofdstuk 4, randnummers 16 tot en met 23.

## 5 Bezwaargronden

14. De FPG heeft in bezwaar het volgende aangevoerd:
  - i. De ACM heeft ten onrechte geen rekening gehouden met het tweeledige karakter van het verzoek van de FPG. Dit verzoek behelst namelijk enerzijds het verzoek om onderzoek te doen naar de praktijk van het door TenneT tegen betaling aan derden beschikbaar stellen van onbenutte overcapaciteit van mantelbuizen bij hoogspanningsverbindingen en anderzijds het verzoek om daartegen handhavend op te treden. De ACM is enkel ingegaan op dit laatste onderdeel. De FPG meent dat haar verzoek ook voldoende aanwijzingen bevat om onderzoek te doen naar de praktijk van verhuur van glasvezelverbindingen in mantelbuizen door TenneT. De FPG geeft in het bezwaarschrift aan welke onderzoeksvragen de ACM in dit kader aan TenneT en Relined zou moeten stellen.
  - ii. Uit hetgeen ter hoorzitting door de FPG is aangevoerd, maakt de ACM op dat de FPG een beroep doet op een onredelijk hoge door de ACM opgelegde bewijslast.<sup>17</sup> Volgens de FPG kan zij namelijk geen medegebruik aantonen doordat zij niet over bepaalde gegevens en bescheiden beschikt. Volgens de FPG zou de ACM daarentegen al deze informatie zelf eenvoudig kunnen opvragen. Bovendien is de FPG van mening dat de inmiddels overgelegde gegevens al voldoende aanknopingspunten bevatten voor de ACM om nader onderzoek te verrichten naar de vermeende overtredingen van TenneT en/of Relined.

## 6 Beoordeling van het bezwaar

15. In de beoordeling gaat de ACM achtereenvolgens in op het verzoek van de FPG om onderzoek te doen (paragraaf 6.1) en de beslissing van de ACM om het handhavingsverzoek niet in behandeling te nemen (paragraaf 6.2). Vervolgens zal de ACM beoordelen of de gegevens die de FPG gedurende de bezwaarprocedure heeft aangeleverd voldoende zijn om het initiële verzoek alsnog in behandeling te nemen (paragraaf 6.3).

---

<sup>17</sup> ACM/INT/390198, verslag van de hoorzitting d.d. 18 juli 2019, p. 15-16.

## 6.1 Verzoek tot onderzoek

16. De FPG verzoekt de ACM onderzoek te doen naar de handelswijze van TenneT. Volgens de FPG stelt TenneT onbenutte overcapaciteit van glasvezels tegen betaling ter beschikking aan derden die deze vervolgens gebruiken ten behoeve van een OECN. De FPG meent dat zij daartoe voldoende aanwijzingen heeft aangeleverd. Ten aanzien hiervan overweegt de ACM het volgende.
17. De ACM acht een dergelijk verzoek om onderzoek te doen geen concrete aanvraag tot handhavend optreden.<sup>18</sup> Een aanvraag is op grond van artikel 1:3, derde lid, van de Awb een verzoek van een belanghebbende om een besluit te nemen. De aanvrager moet als belanghebbende in de zin van artikel 1:2 van de Awb een rechtstreeks belang hebben bij het nemen besluit. Tot slot moet het verzoek voldoen aan de eisen die de artikelen 4:1 tot en met 4:6 van de Awb aan een aanvraag stellen. Zo moet een aanvraag ingevolge artikel 4:2, eerste lid, sub c, van de Awb een aanduiding bevatten van de beschikking die wordt gevraagd.<sup>19</sup> De FPG heeft in dit verband enkel een verzoek gedaan om onderzoek te doen naar de (algemene) praktijk van verhuur van glasvezelverbindingen door TenneT en daarmee geen concrete aanduiding gegeven van de beschikking die zij in dat verband vraagt. Dit onderdeel is derhalve naar het oordeel van de ACM terecht niet meegenomen in het primaire besluit dat ziet op het handhavingsverzoek.
18. Hoewel dit onderdeel van het verzoek van de FPG niet kwalificeert als een aanvraag tot handhavend optreden, beschouwt de ACM hetgeen door de FPG is aangevoerd wel als een signaal. De beoordeling om al dan niet een ambtshalve onderzoek te starten naar aanleiding van een signaal, vindt plaats aan de hand van het prioriteringsbeleid en valt buiten het bestek van dit besluit.<sup>20</sup> Nu het verzoek tot onderzoek niet als een aanvraag in de zin van artikel 1:2 van de Awb kan worden gekwalificeerd, komt de ACM ook niet toe aan de beoordeling van de door de FPG aangedragen onderzoeksvragen.
19. Gelet op het voorgaande concludeert de ACM dat deze bezwaargrond van de FPG niet leidt tot herroeping van het primaire besluit.

## 6.2 Onvoldoende gegevens en bescheiden

20. De FPG stelt dat de ACM ten onrechte heeft besloten haar handhavingsverzoek niet in behandeling te nemen. Zij is van mening dat zij wel degelijk voldoende gegevens en bescheiden

---

<sup>18</sup> De ACM verwijst in dit verband naar haar werkwijze "Prioritering van handhavingsonderzoeken door de Autoriteit Consument en Markt", ACM/DJZ/2016/200888, Stcr 2016, 14564.

<sup>19</sup> Zie CBB, 20 augustus 2010, ECLI:NL:CBB:2010:BN4700.

<sup>20</sup> "Prioritering van handhavingsonderzoeken door de Autoriteit Consument en Markt", ACM/DJZ/2016/200888, Stcr 2016, 14564.

heeft aangeleverd. Daarnaast voert zij aan dat zij niet over alle gegevens en bescheiden kan beschikken, en dat de ACM bij machte is om deze gegevens en bescheiden zelf op te vragen bij TenneT, Relined en/of betrokken Ministeries.<sup>21</sup> Ten aanzien hiervan overweegt de ACM als volgt.

21. Zoals in randnummer 17 van dit besluit uiteengezet, moet uit een handhavingsverzoek blijken welke beschikking wordt gevraagd, en dus welke concrete overtreding moet worden onderzocht. Om deze reden heeft de ACM in haar brief van 2 november 2018 de FPG verzocht toe te lichten waaruit blijkt dat Hoofdstuk 5 van de Tw is overtreden. Daarbij is de FPG gevraagd een concreet beschreven geval of gevallen te overleggen waarin (graaf)werkzaamheden hebben plaatsgevonden voor de aanleg van kabels ten behoeve van een OECN en daarbij het specifieke artikel dan wel de specifieke artikelen te noemen die TenneT en/of Relined en/of Novec zouden hebben overtreden.<sup>22</sup> In haar reactie beschrijft de FPG enkel welke verschillende wetsartikelen uit Hoofdstuk 5 van de Tw volgens haar zouden zijn overtreden, maar heeft zij verzuimd te specificeren ten aanzien van welke gronden en gedoogplichtige(n) een overtreding is begaan en waaruit dit zou blijken.<sup>23</sup>
22. Vervolgens heeft de ACM in haar brief van 17 december 2018 aangegeven dat de gegevens en bescheiden nog altijd onvoldoende waren om het handhavingsverzoek in behandeling te kunnen nemen.<sup>24</sup> Zij heeft aan de FPG gevraagd om concrete gegevens te overleggen waarmee wordt aangetoond dat door TenneT kabels zijn aangelegd ten behoeve van een openbaar elektronisch communicatienetwerk in de gronden van de particuliere eigenaren of zakelijk gerechtigden van landelijke eigendommen, die de FPG volgens haar statuten vertegenwoordigt.
23. In haar reactie van 14 januari 2019 heeft de FPG nagelaten om een concreet geval te beschrijven – en daarvan gegevens te overleggen – van door TenneT aangelegde kabels bestemd voor gebruik ten behoeve van een OECN in de grond(en) van de in het vorige randnummer van dit besluit bedoelde particuliere eigenaren. Weliswaar noemt de FPG het voorbeeld van [VERTROUWELIJK], maar hiermee beargumenteert zij slechts dat de noodzaak in de zin van de Belemmeringenwet Privaatrecht voor de aanleg van mantelbuizen op dit [VERTROUWELIJK] ontbreekt. Voorafgaand aan het primaire besluit is expliciet gesteld noch gebleken dat de mantelbuizen op dit [VERTROUWELIJK] (ook) in gebruik zijn genomen ten behoeve van een OECN. De ACM overweegt dat de vraag of op [VERTROUWELIJK] (g)een noodzaak bestaat op grond van de Belemmeringenwet Privaatrecht voor de aangelegde ondergrondse 150 KV hoogspanningskabel, buiten de bevoegdheid van de ACM valt.<sup>25</sup> De ACM heeft de FPG in haar brief van 4 september 2018 er dan ook op gewezen dat zij niet bevoegd is tot handhaving van

<sup>21</sup> ACM/INT/390198, verslag van de hoorzitting d.d. 18 juli 2019, p. 15.

<sup>22</sup> Brief van de ACM 2 november 2018, met kenmerk ACM/UIT/501200.

<sup>23</sup> Brief van de FPG van 23 november 2018, met kenmerk ACM/IN/424017.

<sup>24</sup> Brief van de ACM 17 december 2018, met kenmerk ACM/UIT/503780.

<sup>25</sup> Dit heeft de ACM ook aan de FPG laten weten in haar brief van 4 september 2018, kenmerk ACM/UIT/498844.

(gedoogbeschikkingen op basis van) de Belemmeringenwet Privaatrecht.<sup>26</sup>

24. Verder wijst de FPG in haar reactie van 14 januari 2019, onder verwijzing naar een overgelegde gedoogbeschikking als bedoeld in de Belemmeringenwet Privaatrecht van 19 november 2018<sup>27</sup>, op de vermeende weigering van TenneT om ieder commercieel medegebruik uit te sluiten of op te nemen in een overeenkomst. Naar het oordeel van de ACM volgt uit deze gedoogbeschikking niet dat TenneT glasvezelkabels en/of mantelbuizen in commercieel medegebruik geeft aan derden. Integendeel, TenneT geeft aan niet over te gaan tot commercieel medegebruik op het betreffende perceel. Indien TenneT dat toch zou willen doen, vindt daarover eerst overleg plaats tussen TenneT en de rechthebbende.
25. Voor zover de FPG stelt dat zij niet in staat is de gegevens en bescheiden waar de ACM om heeft gevraagd te overleggen, waarmee zij een beroep op bewijsonmacht lijkt te doen, kan de ACM deze stelling niet volgen. De ACM benadrukt bevoegd te zijn om een overtreding van Hoofdstuk 5 van de Tw vast te stellen. Om een dergelijke overtreding te kunnen vaststellen, moet een aanvrager de ACM op zijn minst informeren ten aanzien van welke gedoogplichtige(n) een vermeende overtreding wordt begaan. Om deze reden heeft de ACM de FPG (herhaaldelijk) gevraagd concrete gevallen te beschrijven van een overtreding. Met hetgeen de FPG voorafgaand aan het primaire besluit heeft aangeleverd, beschikte de ACM bij het nemen van het primaire besluit nog over onvoldoende gegevens om het handhavingsverzoek in behandeling te kunnen nemen.
26. Gelet op het voorgaande ziet de ACM geen aanleiding haar primaire besluit te herzien.

### 6.3 In behandeling nemen van het handhavingsverzoek

27. Hoewel de ACM geen aanleiding ziet om het besluit in primo te herzien, ziet de ACM wel aanleiding om het handhavingsverzoek in behandeling te nemen. De ACM overweegt daartoe als volgt.
28. Zoals eerder al uiteen is gezet, moet een aanvrager van een beschikking op grond van artikel 4:2, tweede lid, van de Awb de gegevens en bescheiden verschaffen die voor de beslissing op de aanvraag nodig zijn en waarover hij redelijkerwijs de beschikking kan krijgen.
29. Tevens heeft de Afdeling Bestuursrechtspraak van de Raad van State (hierna: de ABRvS) overwogen dat de aard van de heroverweging in bezwaar tegen buitenbehandelingstelling met zich meebrengt dat het bestuursorgaan in het algemeen bevoegd is om na een juiste toepassing

<sup>26</sup> ACM/UIT/498844.

<sup>27</sup> ACM/IN/426599.

van artikel 4:5 Awb (in het onderhavige geval is dat het niet in behandeling nemen van de aanvraag van de FPG) de alsnog overgelegde gegevens en bescheiden in de heroverweging te betrekken en alsnog een inhoudelijke besluit te nemen.<sup>28</sup>

30. De FPG heeft na de hoorzitting een aantal stukken verstrekt dat betrekking heeft op specifieke grondeigenaren. Dit betreft de stukken met betrekking tot [VERTROUWELIJK].
31. In het navolgende bepaalt de ACM of de gestuurde stukken blijken te geven van een overtreding die de ACM eventueel nader zou moeten onderzoeken.

[VERTROUWELIJK]

32. Bij de hoorzitting op 18 juli 2019 bleek dat aldaar een vertegenwoordiger aanwezig was van de [VERTROUWELIJK], die het [VERTROUWELIJK] beheert. Deze gaf aan dat de ACM [VERTROUWELIJK] als voorbeeld kan nemen voor haar onderzoek.<sup>29</sup> Ter hoorzitting beschreef de vertegenwoordiger van [VERTROUWELIJK] dat hij van TenneT een brief heeft ontvangen waaruit zou blijken dat TenneT voornemens is een telecomkabel aan te leggen in een lege mantelbuis die daar ligt.<sup>30</sup> De ACM concludeerde ter hoorzitting dat de FPG daarmee in elk geval één concreet voorbeeld heeft gegeven van mogelijke graafwerkzaamheden voor de aanleg van kabels ten behoeve van een OECN. Ter hoorzitting verzocht de ACM de FPG derhalve alle stukken te overleggen die betrekking hebben op de vermeende overtreding in de grond van [VERTROUWELIJK].
33. De FPG heeft na de hoorzitting de betreffende brief van TenneT van 24 oktober 2017 aan de ACM gestuurd waarin [VERTROUWELIJK] wordt geïnformeerd over de werkzaamheden die de komende periode zullen plaatsvinden in de directe omgeving van [VERTROUWELIJK]<sup>31</sup> en de conceptreactie hierop van 25 oktober 2017 waarin geen toestemming wordt gegeven om de gronden van [VERTROUWELIJK] te betreden voor werkzaamheden die verband houden met de voorgenomen aanleg van glasvezelkabel(s).<sup>32</sup> Daarnaast heeft de FPG de gedoogbeschikking van de Minister van Infrastructuur en Waterstaat van 29 april 2016 overgelegd die mede betrekking heeft op [VERTROUWELIJK].<sup>33</sup> Op grond hiervan heeft TenneT hoogspanningsverbindingen en bijkomende werken zoals lege mantelbuizen aangelegd in de gronden van [VERTROUWELIJK]. In de percelen van [VERTROUWELIJK] gaat het onder andere om de aanleg van 150 kV-kabels. De Minister van Infrastructuur en Waterstaat (destijds de Minister van Infrastructuur en Milieu) heeft

<sup>28</sup> ABRvS, 16 juli 2008, ECLI:NL:RVS:2008:BD7360.

<sup>29</sup> ACM/INT/390198, verslag van de hoorzitting d.d. 18 juli 2019, p. 16.

<sup>30</sup> ACM/INT/390198, verslag van de hoorzitting d.d. 18 juli 2019, p. 8.

<sup>31</sup> Brief van TenneT d.d. 24 oktober 2017 met kenmerk 000.1333.11 0594426 (ontvangen als bijlage bij e-mail van 24 juli 2019, ACM/IN/436289).

<sup>32</sup> E-mail van 26 juli 2019, ACM/IN/436434.

<sup>33</sup> E-mail van 4 september 2019, ACM/IN/438199, bijlage 7.



aan [VERTROUWELIJK] de plicht opgelegd tot het gedogen van de aanleg en instandhouding van deze hoogspanningsverbinding(en).

34. Nu de FPG in elk geval het voorbeeld van [VERTROUWELIJK] heeft overgelegd, ziet de ACM aanleiding het handhavingsverzoek alsnog ten aanzien van dit perceel in behandeling te nemen. De FPG heeft hiermee voldaan aan het verzoek van de ACM om een concreet geval te beschrijven waar graafwerkzaamheden zullen plaatsvinden of hebben plaatsgevonden (of in elk geval zijn aangekondigd), mogelijk ten behoeve van een OECN. De ACM begrijpt uit de klacht van de FPG dat de klacht mede is gericht op het heimelijk in medegebruik geven van overcapaciteit. Hierdoor zou zij niet in staan zijn gegevens en bescheiden te overleggen waaruit dit medegebruik concreet blijkt.

[VERTROUWELIJK]

35. De FPG heeft ten aanzien van [VERTROUWELIJK], een grondeigenaar, een aantal stukken verstrekt. Zij heeft de gedoogbeschikking van [VERTROUWELIJK] verstrekt ten behoeve van de 150 KV hoogspanningsverbinding Wamel-Tiel, het officiële verslag van de hoorzitting die op 23 augustus 2018 vooraf ging aan de vaststelling van deze gedoogbeschikking en een persoonlijk verslag van diezelfde hoorzitting van [VERTROUWELIJK].<sup>34</sup> Uit deze stukken blijkt naar het oordeel van de ACM niet dat TenneT ten aanzien van deze grondeigenaar werkzaamheden heeft uitgevoerd ten behoeve van de aanleg, instandhouding of opruiming van kabels of netwerkaansluitpunten voor een OECN, in de zin van art. 5.3 van de Tw. Evenmin blijkt uit deze stukken dat TenneT capaciteit van haar netwerk in medegebruik geeft aan derden, zonder dat zij of de betreffende derde dit aan de gedoogplichtige meldt. Uit de stukken komt slechts naar voren dat TenneT aan deze gedoogplichtige schriftelijk heeft toegezegd dat er geen commercieel gebruik van de glasvezelverbinding zal worden gemaakt.<sup>35</sup>
36. De ACM ziet op grond van het voorgaande geen aanleiding om de gronden van [VERTROUWELIJK] te betrekken bij het handhavingsverzoek.

[VERTROUWELIJK]

37. De FPG heeft ook een gedoogbeschikking als bedoeld in de Belemmeringenwet Privaatrecht met bijlagen overgelegd van 31 januari 2018. Deze gedoogbeschikking heeft betrekking op [VERTROUWELIJK] welke onderneming wordt vertegenwoordigd door [VERTROUWELIJK].<sup>36</sup> Daarbij wijst de FPG zonder nadere toelichting op de punten 7 en 8 van deze beschikking.

<sup>34</sup> E-mail van 24 juli 2019 met kenmerk ACM/IN/436292, bijlage 1.

<sup>35</sup> (Hoorzittings)verslag toepassing Belemmeringenwet Privaatrecht te Beneden-Leeuwen d.d. 23 augustus 2018 (ontvangen als bijlage bij e-mail d.d. 23 juli 2019, kenmerk ACM/IN/436292), p. 11.

<sup>36</sup> Gedoogbeschikking d.d. 31 januari 2018 met kenmerk RWS-2018/782 (ontvangen als bijlage bij e-mail van 4 september 2019, ACM/IN/438199).

38. Uit punt 7 van deze beschikking volgt dat TenneT toezegt af te zien van het in (mede)gebruik geven van de overcapaciteit van de aan te leggen glasvezelkabel tussen station Middenmeer en station Westwoud voor zover deze door de onroerende zaken van bezwaarden loopt. Dit blijkt ook uit het proces-verbaal van de hoorzitting. Gelet hierop volgt de ACM de FPG niet in de stelling dat hieruit mogelijk enige overtreding van enige bepaling uit hoofdstuk 5 van de Tw valt af te leiden.
39. Daarnaast heeft de FPG de correspondentie tussen TenneT en [VERTROUWELIJK] van april 2018 aan de ACM gestuurd. Hieruit blijkt volgens de FPG dat TenneT alle glasvezelverbindingen met overcapaciteit beschikbaar stelt aan Relined.<sup>37</sup> Daadwerkelijk medegebruik komt echter volgens TenneT maar incidenteel voor. Op de vraag van [VERTROUWELIJK] of de bestaande 220kV-verbindingen en de nieuwe 380kV-verbindingen in gebruik zijn of in gebruik worden genomen of “aangeboden” als ethernetverbinding geeft TenneT in het kader van veiligheid geen antwoord.
40. Het is de ACM niet duidelijk op welke wijze uit deze correspondentie moet volgen dat TenneT in strijd handelt of heeft gehandeld met enige bepaling uit Hoofdstuk 5 van de Tw. Zo is het de ACM in de eerste plaats niet duidelijk op welke specifieke gronden de correspondentie betrekking heeft. Voor zover de FPG heeft willen betogen dat TenneT weigert aan grondeigenaren inzicht te geven in het gebruik van de glasvezels in hun gronden, kan de ACM deze stelling niet volgen. Uit deze correspondentie blijkt dat [VERTROUWELIJK] slechts een algemene vraag heeft gesteld over het gebruik van 220 kV-verbindingen en 380 kV-verbindingen. Het komt de ACM niet onlogisch voor dat TenneT op een dergelijke vraag van algemene strekking ook een antwoord van algemene strekking geeft.
41. Uit andere stukken blijkt bovendien dat TenneT wel degelijk inzicht geeft omtrent eventueel (mede)gebruik van glasvezels in specifieke gronden van grondeigenaren. Uit de brief van TenneT van 9 april 2018 aan [VERTROUWELIJK] blijkt bijvoorbeeld dat TenneT aangeeft geen overcapaciteit in medegebruik te zullen geven vóórdat zij hierover met hen in contact treedt. Hetzelfde blijkt uit de gedoogbeschikking als bedoeld in de Belemmeringenwet Privaatrecht en bijbehorende stukken van [VERTROUWELIJK] (zie randnummer 24 en 35 van dit besluit). Op basis van deze correspondentie is de ACM derhalve niet gebleken van een overtreding van enige bepaling uit Hoofdstuk 5 van de Tw. Evenmin is deze correspondentie reden voor nader onderzoek naar de aanleg van telecomkabels in de percelen van deze grondeigenaren.
42. Gelet op de stukken in het voorgaande ziet de ACM geen aanleiding om deze grondeigenaren te betrekken bij het handhavingsonderzoek.

---

<sup>37</sup> Bijlage bij e-mail d.d. 14 augustus 2019, met kenmerk ACM/IN/437419.

Conclusie in behandeling nemen handhavingsverzoek

43. De ACM heeft op basis van de door de FPG overgelegde stukken alleen aanleiding om onderzoek te doen naar het eventuele medegebruik van glasvezels in de gronden van [VERTROUWELIJK]. De ACM heeft hierover dan ook specifieke vragen gesteld aan TenneT (zie paragraaf 7.3) en aan Relined (zie paragraaf 7.4). In paragraaf 7.5 volgt de beoordeling van de ACM van het handhavingsverzoek toegespitst op de gronden van [VERTROUWELIJK].

## 6.4 Conclusie

44. De ACM komt tot het oordeel dat de bezwaren van de FPG geen grond bieden om het primaire besluit te herzien. Daarnaast besluit de ACM om het handhavingsverzoek alsnog in behandeling te nemen gelet op basis van het concrete voorbeeld van [VERTROUWELIJK] waar mogelijk werkzaamheden zouden plaatsvinden of zouden hebben plaatsgevonden ten behoeve van een OECN. In de navolgende hoofdstukken volgt de behandeling van het handhavingsverzoek door de ACM.

## 7 Inhoudelijke beoordeling handhavingsverzoek

### 7.1 Juridisch kader handhavingsverzoek

45. Voor de beoordeling van het verzoek van de FPG zijn de volgende wettelijke bepalingen van belang:

Artikel 1.1 van de Tw

*Openbaar elektronisch communicatienetwerk: elektronisch communicatienetwerk dat geheel of hoofdzakelijk wordt gebruikt om openbare elektronische communicatiediensten aan te bieden, waaronder mede wordt begrepen een netwerk, bestemd voor het verspreiden van programma's voor zover dit aan het publiek geschiedt.*

Artikel 5.1 van de Tw

*In dit hoofdstuk en de daarop berustende bepalingen wordt onder een aanbieder van een openbaar elektronisch communicatienetwerk mede verstaan degene die in eigen naam en voor eigen rekening kabels ten dienste van een dergelijk netwerk aanlegt, instandhoudt en opruimt.*

Artikel 5.2 van de Tw

*1. De rechthebbende op of de beheerder van openbare gronden is verplicht te gedogen dat ten dienste van een openbaar elektronisch communicatienetwerk kabels in en op deze gronden*

*worden aangelegd, instandgehouden of opgeruimd.*

*2. Voor zover het de aanleg, instandhouding of opruiming van andere dan lokale kabels betreft strekt de gedoogplicht zich tevens uit tot niet-openbare gronden, uitgezonderd tuinen en erven die met bewoonde percelen één geheel vormen.*

*3. Voor zover het voor het aansluiten van gebruikers op een openbaar elektronisch communicatienetwerk nodig is, strekt de gedoogplicht zich wat lokale kabels betreft tevens uit tot niet-openbare gronden, met inbegrip van tuinen en erven die met bewoonde percelen één geheel vormen.*

*4. Voor zover het voor het aansluiten van gebruikers op een openbaar elektronisch communicatienetwerk nodig is, is bovendien de rechthebbende op een gebouw verplicht de aanleg, instandhouding of opruiming van netwerkaansluitpunten en kabels in en aan dit gebouw te gedogen.*

*5. De rechthebbende op een toegangspunt of fysieke binnenhuisinfrastructuur is verplicht te gedogen dat daarvan gebruik wordt gemaakt ten dienste van de aanleg van een elektronisch communicatienetwerk met hoge snelheid als bedoeld in artikel 5a.1 wanneer verdubbeling technisch onmogelijk of economisch inefficiënt is, en het medegebruik nodig is voor het aansluiten van gebruikers op dat netwerk.*

*[...]*

*10. Het in of uit gebruik nemen van kabels ten dienste van een openbaar elektronisch communicatienetwerk wordt door de aanbieder van het desbetreffende netwerk schriftelijk gemeld aan degene op wie de gedoogplicht rust. De bewijslast voor ingebruikneming ligt bij de aanbieder.*

Artikel 5.3 van de Tw

*1. De aanbieder van een openbaar elektronisch communicatienetwerk die het voornemen heeft werkzaamheden uit te voeren in verband met:*

- a. de aanleg, instandhouding of opruiming van kabels of netwerkaansluitpunten,*
- b. het gebruiken van fysieke binnenhuisinfrastructuur of toegangspunten,*

*stelt de rechthebbende of de beheerder, bedoeld in artikel 5.2, schriftelijk in kennis van dit voornemen en streeft vervolgens naar overeenstemming over de plaats, het tijdstip en de wijze van uitvoering van de werkzaamheden.*

*2. Indien binnen 2 maanden na de datum van verzending van de schriftelijke kennisgeving geen overeenstemming is bereikt, kan de aanbieder alsmede de rechthebbende of de beheerder, bedoeld in artikel 5.2, binnen 2 weken de Autoriteit Consument en Markt verzoeken een beschikking te geven over de toepasselijkheid van de gedoogplicht of de plaats, het tijdstip en de wijze van de uit te voeren werkzaamheden.*

*3. De Autoriteit Consument en Markt geeft de beschikking zo spoedig mogelijk, doch uiterlijk binnen 2 maanden na ontvangst van het verzoek. Artikel 12.5, derde lid, is van overeenkomstige toepassing.*

*4. Bij ministeriële regeling kunnen regels worden gesteld met betrekking tot de schriftelijke kennisgeving.*

Artikel 5.15 van de Tw

*Dit hoofdstuk is van overeenkomstige toepassing op de aanleg, instandhouding en opruiming van ondergrondse ondersteuningswerken en beschermingswerken waarin of waarop geen fysieke geleidingsdraden bestemd voor de rechtstreekse overdracht van signalen tussen punten zijn aangebracht, en die aangelegd worden of zijn met het oogmerk deel uit te gaan maken van een openbaar elektronisch communicatienetwerk van degene in wiens naam wordt aangelegd of een derde.*

## 7.2 Het handhavingsverzoek van de FPG

46. De FPG verzoekt de ACM onderzoek te doen en handhavend op te treden tegen de handelwijze van TenneT en Relined in het kader van gebruik van glasvezelverbindingen van TenneT. Volgens de FPG legt TenneT standaard lege mantelbuizen met nieuwe hoogspanningsverbindingen mee, terwijl deze niet noodzakelijk zijn voor het functioneren van de hoogspanningsverbindingen. Bovendien stelt TenneT de onbenutte overcapaciteit van glasvezelkabels die zij aanlegt bij hoogspanningsverbindingen volgens de FPG tegen betaling beschikbaar aan andere partijen. Daarvan zou Relined gebruik maken voor bijvoorbeeld de commerciële verhuur van dataverbindingen. Dit is volgens de FPG in strijd met diverse bepalingen in de Tw. De FPG verzoekt de ACM handhavend op te treden en conform het eigen boetebeleid passende sancties op te leggen waar dat aan de orde is.
47. In het navolgende schetst de ACM de gronden die de FPG heeft aangevoerd. In paragraaf 7.3 en 7.4 volgt een uiteenzetting van de zienswijzen en antwoorden op de vragen van de ACM van TenneT, respectievelijk Relined. Tot slot volgt de beoordeling in paragraaf 7.5.

### 7.2.1 Gronden FPG

48. Volgens de FPG komt het voor dat in de mantelbuizen van TenneT glasvezel zit die maar voor een beperkt deel in dienst staat van het functioneren van een hoogspanningsverbinding. De onbenutte overcapaciteit wordt door TenneT tegen betaling beschikbaar gesteld, onder andere aan Relined, een 100% dochteronderneming van TenneT.
49. Relined richt zich volgens de FPG op commerciële verhuur van dataverbindingen.<sup>38</sup> De FPG verwijst naar de statuten van Relined, waarin staat vermeld dat zij speciaal is opgericht om de onbenutte overcapaciteit van glasvezels van TenneT te benutten.<sup>39</sup> De FPG verwijst naar een kaart op de website van Relined, waarop de ACM volgens haar kan zien dat Relined zonder medeweten van grondeigenaren actief commerciële datakabels van TenneT aan derden te huur

<sup>38</sup> Handhavingsverzoek 25 april 2018, met kenmerk ACM/IN/415624.

<sup>39</sup> Brief van FPG van 14 januari 2019, met kenmerk ACM/IN/426599.

aanbiedt ten behoeve van commerciële doeleinden.<sup>40</sup> De FPG meent dat Relined hiervoor geen toestemming vraagt aan grondeigenaren en dat zij verzuimt dit aan hen mede te delen.<sup>41</sup>

50. Een andere aanwijzing is volgens de FPG dat NOVEC B.V. (hierna: NOVEC), een andere dochteronderneming van TenneT, gebruik maakt van de infrastructuur van TenneT ten behoeve van de commerciële exploitatie van onder meer zend/omroepmasten en telefonie. Ook hieruit zou moeten blijken dat TenneT zonder instemming van grondeigenaren commercieel medegebruik toestaat van de door haar op die grond geplaatste hoogspanningsmasten die veelal zijn aangelegd op grond van een gedoogverplichting ingevolge de Belemmeringenwet Privaatrecht.<sup>42</sup>
51. De FPG meent dat TenneT ten onrechte niet geregistreerd staat bij de ACM nu zij kwalificeert als aanbieder van een OECN. Daarbij wijst de FPG op artikel 5.1 van de Tw dat stelt dat onder 'aanbieder' mede wordt verstaan degene die in eigen naam en voor eigen rekening kabels ten dienste van OECN aanlegt, instandhoudt en opruimt. De FPG meent dat het elektronische communicatienetwerk door TenneT op eigen naam en voor eigen rekening (ook) ten dienste van Relined is aangelegd, die het gebruikt als OECN.<sup>43</sup>
52. De FPG stelt dat TenneT in strijd handelt met artikel 5.3 van de Tw. Dit zou moeten blijken uit de hoorzitting inzake de gedoogbeschikking van [VERTROUWELIJK] waarbij TenneT de stelling innam dat zij in haar administratie alleen opneemt dat commercieel medegebruik niet is toegestaan bij eigenaren die daartegen bezwaar maken.<sup>44</sup> De FPG stelt dat TenneT zich hiermee niet houdt aan de mededelingsplicht.
53. De FPG noemt [VERTROUWELIJK] als voorbeeld. Hier is op grond van de Belemmeringenwet Privaat een gedoogplicht opgelegd aan [VERTROUWELIJK] voor de aanleg van een ondergrondse 150 KV hoogspanningskabel. Deze zou al geruime tijd in gebruik zijn met de noodzakelijke veiligheidsvoorzieningen, terwijl de ten behoeve van de veiligheid aangelegde mantelbuis verstopt zit. [VERTROUWELIJK], die de gronden van [VERTROUWELIJK] beheert, weigert dan ook om TenneT toe te staan graafwerkzaamheden uit te voeren om de mantelbuis te ontstoppen.
54. De FPG stelt dat uit de Tw volgt dat een gedoogplichtige recht heeft op een marktconforme vergoeding voor het medegebruik. Dit volgt volgens de FPG uit artikel 5.2, achtste lid van de Tw, dat een gedoogplichtige ondergrondse werken tegen marktconforme prijs ter beschikking stelt, indien een aanbieder daarvan gebruik maakt.

<sup>40</sup> Brief van FPG van 14 januari 2019, met kenmerk ACM/IN/426599.

<sup>41</sup> Handhavingsverzoek 25 april 2018, met kenmerk ACM/IN/415624.

<sup>42</sup> Handhavingsverzoek 25 april 2018, met kenmerk ACM/IN/415624.

<sup>43</sup> Brief van de FPG van 23 november 2018, met kenmerk ACM/IN/424017.

<sup>44</sup> (Hoorzittings)verslag toepassing Belemmeringenwet Privaatrecht te Beneden-Leeuwen d.d. 23 augustus 2018 (ontvangen als bijlage bij e-mail d.d. 23 juli 2019, kenmerk ACM/IN/436292), p. 9.

### 7.3 Zienswijze TenneT

55. De ACM heeft TenneT in de gelegenheid gesteld een zienswijze te geven over het verzoek van de FPG. Daarbij heeft de ACM een aantal specifieke vragen gesteld aan TenneT dat betrekking heeft op [VERTROUWELIJK].<sup>45</sup> Hierna volgt een weergave van de reactie van TenneT.<sup>46</sup>
56. TenneT geeft aan dat zij bij haar hoogspanningsverbindingen glasvezelverbindingen aanlegt ten behoeve van de overdracht van signalen voor de besturing, beveiliging en metingen van het hoogspanningsnet. TenneT gebruikt het elektronische communicatienetwerk voor het transporteren van data tussen de hoogspanningsstations en de landelijke besturingscentra en tussen hoogspanningsstations onderling.
57. TenneT stelt dat zij op grond van de Wet informatie-uitwisseling boven en ondergrondse netten en netwerken (hierna: WIBON) – indien mogelijk – bruikbare buizen, kabelgoten, straatkasten etc. moeten openstellen voor medegebruik. Op grond van de WIBON en op grond van afspraken die met de Nederlandse Staat zijn gemaakt (voor de inwerkingtreding van de WIBON), stelt TenneT – indien dit mogelijk is en onder voorwaarden – haar assets ter beschikking aan derden die een verzoek doen tot medegebruik. Dit medegebruik kan TenneT echter niet op grond van de gedoogbeschikking verlenen. TenneT geeft aan dat zij derhalve aan een derde, die een verzoek doet om medegebruik, te kennen geeft dat voor het medegebruik eerst toestemming moet worden verkregen van de grondeigenaar, voordat TenneT het verzoek verder in behandeling kan nemen.
58. Ten aanzien van de gronden van [VERTROUWELIJK] geeft TenneT aan dat bij haar bezwaren bekend zijn van de grondeigenaar tegen het in medegebruik geven van glasvezels. TenneT geeft aan dat in deze gronden een elektronisch communicatienetwerk ligt ten dienste van het hoogspanningsnet en daarnaast vier lege mantelbuizen die dienen als wisselbuis in geval van beschadiging van het netwerk. TenneT verklaart desgevraagd dat er in de grond van [VERTROUWELIJK] geen glasvezels of lege mantelbuizen in medegebruik worden gegeven. In het geval TenneT een verzoek tot medegebruik ontvangt van een derde, zal TenneT deze partij vragen contact op te nemen met de grondeigenaar voordat TenneT ingaat op het verzoek.

#### Reactie FPG

59. De FPG herhaalt in haar reactie<sup>47</sup> haar stelling dat glasvezelverbindingen door TenneT zonder medeweten van de grondeigenaar ook voor andere doelen, dan de communicatie tussen hoogspanningsstations, ter beschikking worden gesteld. Dit zou blijken uit het feit dat Relined tijdens een gesprek op 22 oktober 2019 zou hebben verklaard dat zij ruim 1000 kilometer glasvezelleidingen van TenneT huurt en per strekkende meter één of twee glasvezels in gebruik

<sup>45</sup> Brief van 17 september 2019, ACM/UIT/518770.

<sup>46</sup> ACM/IN/439810.

<sup>47</sup> E-mail van 28 oktober 2019, met kenmerk: ACM/IN/445650.

heeft. TenneT zou hebben aangegeven dat zij in principe haar totale netwerk aan Relined heeft aangeboden op voorwaarde dat Relined daarvan alleen gebruik kan maken als er sprake is van overcapaciteit.

60. De FPG verwijst naar de stelling van TenneT dat zij enkel afziet van medegebruik indien bezwaren zijn geuit door de grondeigenaar. Daar brengt de FPG tegenin dat de meeste grondeigenaren niet op de hoogte zijn van commercieel medegebruik. Ook is de FPG van mening dat TenneT de Minister heeft misleid, omdat TenneT in mei 2016 mantelbuizen heeft aangelegd die noodzakelijk zouden zijn voor de aanleg en realisatie van elektriciteitsverbindingen, terwijl in deze mantelbuizen volgens TenneT nog altijd geen glasvezels zijn aangelegd.
61. Tot slot wijst de FPG erop dat zij bij de Minister van Economische Zaken en Klimaat (EZK) een Wob-verzoek heeft ingediend om de overeenkomst tussen het Ministerie van EZK en TenneT publiek te maken. Zij heeft het besluit van het Ministerie van EZK op het Wob-verzoek aan de ACM gestuurd.<sup>48</sup> Het besluit bevat als bijlagen de Overeenkomst tussen TenneT TSO B.V./Staat inzake Elined en de Concept raamovereenkomst tussen TenneT TSO B.V. en Elined B.V.

## 7.4 Zienswijze Relined

62. De ACM heeft ook Relined gevraagd of Relined gebruik maakt van een openbaar elektronisch communicatienetwerk, gelegen in de percelen van [VERTROUWELIJK]. Relined heeft geantwoord geen gebruik te maken van een dergelijk netwerk in deze percelen. Ook geeft Relined aan dat er bezwaren zijn van de grondeigenaar tegen het medegebruik van de glasvezelverbindingen door derden op dit perceel. Relined zegt hierover eerst in overleg te zullen treden met de grondeigenaar als zij medegebruik zou willen maken van glasvezelverbindingen op deze locatie.

## 7.5 Beoordeling

### 7.5.1 Juridische kwalificatie

63. Volgens de FPG stelt TenneT overcapaciteit van glasvezelkabels tegen betaling ter beschikking aan Relined ten behoeve van een OECN in de gronden van [VERTROUWELIJK]. De ACM constateert allereerst dat TenneT niet geregistreerd staat als aanbieder van een OECN. Relined staat daarentegen wel geregistreerd bij de ACM als een aanbieder van een OECN. Gelet op deze registratie, kan dit volgens de ACM betekenen dat er sprake is (geweest) van een gedoogplicht voortvloeiende uit hoofdstuk 5 van de Tw ten aanzien van de grond(en) van [VERTROUWELIJK].

---

<sup>48</sup> E-mail van 26 november 2019, met kenmerk: ACM/IN/440765.



64. De vraag rijst of daarnaast ook TenneT als aanbieder van een OECN kwalificeert. De ACM is niet gebleken dat TenneT haar netwerk zelf als openbaar elektronisch communicatienetwerk exploiteert. TenneT geeft in haar reactie op de vragen van de ACM aan dat zij een elektronisch communicatienetwerk, bestaande uit glasvezels, aanlegt voor het functioneren van een hoogspanningsverbinding.<sup>49</sup> Zij licht toe dat dit functioneren ziet op de bediening, bewaking en besturing van het hoogspanningsnet. TenneT heeft dit elektronisch communicatienetwerk aangelegd op grond van (de gedoogbeschikking als bedoeld in artikel 2, vijfde lid van) de Belemmeringenwet Privaatrecht. Bovendien legt TenneT extra capaciteit en lege mantelbuizen aan om de integriteit van het netwerk te beschermen bij storingen. Dit netwerk kwalificeert derhalve naar het oordeel van de ACM niet als een openbaar elektronisch communicatienetwerk, en TenneT kwalificeert gelet op het voorgaande dus niet als een aanbieder van een OECN als bedoeld in artikel 1.1 van de Tw.
65. Het regime van hoofdstuk 5 van de Tw zou echter toch van toepassing kunnen zijn op TenneT via artikel 5.1 van de Tw, dat bepaalt dat onder een aanbieder van een OECN mede wordt verstaan degene die in eigen naam en voor eigen rekening kabels ten dienste van een dergelijk netwerk aanlegt, instandhoudt en opruimt. Nu de FPG betoogt dat TenneT glasvezelkabels aanlegt in de gronden van [VERTROUWELIJK] en een deel van deze kabels (later) in medegebruik worden gegeven ten behoeve van een OECN, zou het regime van Hoofdstuk 5 ook op TenneT van toepassing kunnen zijn.
66. Artikel 5.2, tweede lid, van de Tw bepaalt ten aanzien van deze gedoogplicht dat de rechthebbende op of de beheerder van niet-openbare gronden moet gedogen dat andere dan lokale kabels ten dienste van een OECN in deze gronden worden aangelegd, in stand gehouden of opgeruimd. Indien Relined in de gronden van [VERTROUWELIJK] kabels aanlegt, instandhoudt of opruimt ten behoeve van een OECN, is mogelijk sprake van deze gedoogplicht. Daarvoor is wel vereist dat de glasvezelkabels kwalificeren als andere dan lokale kabels ten behoeve van een OECN en dat de gronden van [VERTROUWELIJK] zijn aan te merken als niet-openbare gronden.
67. Gelet op de stelling van de FPG dat glasvezelkabels in de gronden van [VERTROUWELIJK] mogelijk in gebruik zijn genomen ten behoeve van een OECN, zonder dat een aanbieder dit heeft gemeld, kan dit naar het oordeel van de ACM de volgende overtredingen opleveren:
- i. TenneT voert werkzaamheden uit in de gronden van [VERTROUWELIJK] zonder de regels zoals bepaald in artikel 5.3, eerste lid, van de Tw in acht te nemen;
  - ii. TenneT geeft capaciteit van haar glasvezelnetwerk in gebruik aan Relined ten behoeve van een openbaar elektronisch communicatienetwerk waarbij de aanbieder niet de mededelingsplicht in acht neemt zoals bepaald in artikel 5.2, tiende lid, van de Tw .

<sup>49</sup> ACM/IN/439810.

68. Alvorens de ACM echter (een van) deze overtredingen kan beoordelen, moet zoals hierboven is overwogen eerst sprake zijn (geweest) van een op [VERTROUWELIJK] rustende gedoogplicht als bedoeld in artikel 5.2 van de Tw. Een voorwaarde voor de toepassing van de gedoogplicht is zoals gezegd dat de kabels ten dienste moeten staan van een OECN zoals bedoeld in artikel 1.1 van de Tw. De ACM heeft derhalve eerst onderzocht of er aanwijzingen zijn dat in de gronden van [VERTROUWELIJK] kabels worden gebruikt ten behoeve van een OECN.

### 7.5.2 OECN in de percelen van [VERTROUWELIJK]

69. De FPG stelt dat TenneT onbenutte overcapaciteit van glasvezelkabels uit commerciële overwegingen in medegebruik geeft aan Relined. Dit zou onder andere plaatsvinden in het perceel van [VERTROUWELIJK], beheerd door [VERTROUWELIJK], een lid van de FPG. Relined, een dochteronderneming van TenneT, zou deze capaciteit volgens de FPG inzetten ten behoeve van een openbaar elektronisch communicatienetwerk. Zoals in de voorgaande paragraaf is toegelicht, onderzoekt de ACM in het kader van dit handhavingsverzoek in de eerste plaats of er aanwijzingen zijn dat er kabels in de gronden van [VERTROUWELIJK] worden gebruikt ten behoeve van een OECN. De ACM beoordeelt hetgeen de FPG daartoe heeft aangevoerd als volgt.

#### Website Relined

70. In de eerste plaats verwijst de FPG naar de website van Relined. Blijkens de website van Relined beschikt het bedrijf over een landelijk dekkend Dark Fiber netwerk aan hoogwaardige glasvezelinfrastructuur en richt het zich op het resellen van de onbenutte overcapaciteit van bestaande netwerken. Ook staat op de website dat *“het vaak efficiënter is om [verbindingen] te realiseren met de onbenutte overcapaciteit van bestaande netwerken.”*<sup>50</sup> Naar het oordeel van de ACM kan op basis hiervan echter niet worden aangenomen dat Relined ook de onbenutte overcapaciteit in de percelen van [VERTROUWELIJK] heeft verkregen waarmee een OECN gerealiseerd is. Hiervoor bevat de website in ieder geval geen specifieke aanwijzingen.

#### Overeenkomsten TenneT, Elined en de Staat

71. Voorts beroept de FPG zich op de overeenkomst tussen TenneT en de Staat inzake Elined van 25 oktober 2001 en een conceptraamovereenkomst tussen TenneT en Elined van 8 mei 2002. Naar het oordeel van de ACM volgt uit artikel 2.1 van de overeenkomst van 25 oktober 2001 dat deze partijen contractueel hebben vastgelegd dat TenneT onbenutte capaciteit van glasvezelkabels exclusief ter beschikking zal stellen aan Elined ten behoeve van telecommunicatieactiviteiten. Hieruit blijkt echter nog niet dat er specifiek in de percelen van [VERTROUWELIJK] (onaangekondigd) kabels in medegebruik zijn gegeven ten behoeve van een OECN. De ACM wijst in dat verband op de werkwijze van TenneT die met zich meebrengt dat

<sup>50</sup> <https://relined.eu/onze-netwerken/>, geraadpleegd op 13 januari 2020.

TenneT de derde partij ervan vergewist dat deze eerst toestemming moet vragen van de grondeigenaar voordat TenneT een verzoek tot medegebruik in behandeling kan nemen. Gelet op de in randnummer 33 genoemde reactie van [VERTROUWELIJK] lijkt deze toestemming nooit te zijn verleend zodat volgens de ACM op grond hiervan geen sprake kan zijn van medegebruik ten behoeve van een OECN, voor zover dit op de percelen van [VERTROUWELIJK] ziet. De ACM ziet verder geen aanleiding om de definitieve raamovereenkomst op te vragen bij TenneT. Deze raamovereenkomst bepaalt slechts de voorwaarden voor het in gebruik geven van glasvezelkabels, maar draagt niet bij aan de vaststelling of specifiek in de gronden van [VERTROUWELIJK] kabels liggen die worden gebruikt ten behoeve van een OECN.

72. Ten aanzien van de hierboven genoemde overeenkomsten merkt de ACM nog op dat Relined, in tegenstelling tot hetgeen door de FPG ter hoorzitting is aangevoerd,<sup>51</sup> niet de rechtsopvolger van Elined is. Relined is in 2003 opgericht als een joint venture tussen Elined en ProRail B.V. teneinde vrije capaciteit van glasvezelnetten te verhuren. Elined is in 2007 gefuseerd met NOVEC B.V. Daarmee zijn deze overeenkomsten in ieder geval niet van rechtswege overgegaan op Relined. Door de FPG is verder niet onderbouwd op welke wijze Relined rechten aan deze overeenkomsten zou ontlenen. De ACM ziet in deze overeenkomsten daarom geen aanwijzing voor het in medegebruik nemen van overcapaciteit door Relined ten behoeve van een OECN.

Gedoogbeschikking [VERTROUWELIJK]

73. De FPG heeft ook de gedoogbeschikking overgelegd van 29 april 2016 die mede betrekking heeft op de percelen van [VERTROUWELIJK]. Deze gedoogbeschikking ziet enkel op de aanleg van een hoogspanningsverbinding en het daarbij behorende elektronisch communicatienetwerk. Hieruit kan volgens de ACM niet worden afgeleid dat TenneT voornemens is een openbaar elektronisch communicatienetwerk aan te leggen (zie ook randnummer 64). Op grond van deze gedoogbeschikking alleen kan de ACM dan ook geen op [VERTROUWELIJK] rustende gedoogplicht vaststellen uit Hoofdstuk 5 van de Tw.
74. De ACM overweegt dat de brief van 24 oktober 2017 die [VERTROUWELIJK] van TenneT heeft ontvangen, in combinatie moet worden gelezen met de aan [VERTROUWELIJK] opgelegde gedoogbeschikking. In deze brief kondigt TenneT namelijk aan dat TenneT werkzaamheden moet verrichten aan de infrastructuur die in de grond van [VERTROUWELIJK] ligt. Deze infrastructuur betreft een kabeltracé vanaf hoogspanningsstation Langerak richting Zevenaar waarbij naast het elektriciteitsnet twee mantelbuizen in de grond zijn gelegd. In de brief deelt TenneT mede dat deze zijn aangelegd om in de toekomst glasvezelkabels mee te kunnen laten lopen. Voor de toepassing van het regime van Hoofdstuk 5 uit de Tw zou dit moeten betekenen dat de door TenneT bedoelde glasvezels in gebruik zouden worden genomen ten behoeve van een OECN.

75. Naar het oordeel van de ACM bevat de brief van 24 oktober 2017 op zichzelf echter onvoldoende

<sup>51</sup> ACM/INT/390198, verslag van de hoorzitting d.d. 18 juli 2019, p. 3.

aanwijzingen om een OECN in de percelen van [VERTROUWELIJK] te kunnen vaststellen. Weliswaar wordt in de brief gesproken van de aanleg in de toekomst van glasvezelkabels, maar hieruit volgt niet zonder meer dat deze glasvezelkabels ten dienste zullen staan van een OECN.

76. Uit de stukken die de FPG heeft aangeleverd in het kader van het handhavingsverzoek is dus naar het oordeel van de ACM niet gebleken dat in de gronden van [VERTROUWELIJK] kabels worden gebruikt ten behoeve van een OECN. De ACM heeft zich ervan vergewist dat de klachten van de FPG echter ook zien op de aantijging dat TenneT kabels heimelijk in medegebruik zou geven aan Relined. De ACM heeft derhalve aanleiding gezien om TenneT en Relined enkele vragen te stellen over het gebruik van kabels in de gronden van [VERTROUWELIJK] (zie paragrafen 7.3 en 7.4).

#### Reacties TenneT en Relined

77. Zoals uit de reactie van TenneT blijkt, kunnen glasvezelkabels ook voor een elektronisch communicatienetwerk worden gebruikt dat nodig is voor het functioneren van een hoogspanningsverbinding. Dit functioneren ziet volgens TenneT op de bediening, bewaking en besturing van het hoogspanningsnet. TenneT stelt dat het elektronisch communicatienetwerk dat in de percelen van [VERTROUWELIJK] ligt uitsluitend voor dit doel wordt gebruikt. Bovendien legt TenneT extra capaciteit aan om de integriteit van het netwerk te beschermen bij storingen. Dit verklaart volgens TenneT ook de lege mantelbuis die momenteel in de percelen van [VERTROUWELIJK] ligt. De ACM heeft geen redenen om aan te nemen dat TenneT haar communicatienetwerk voor een ander doel gebruikt. Dat een datacommunicatiekabel voor commercieel dataverkeer door Relined wordt gebruikt zoals door de FPG wordt betoogd, is volgens de ACM in elk geval niet gebleken in de percelen van [VERTROUWELIJK].
78. Uit de reactie van TenneT blijkt verder dat medegebruik ten behoeve van een OECN, niet wordt uitgesloten. TenneT geeft aan dat zij op grond van de WIBON en afspraken die met de Nederlandse Staat zijn gemaakt, haar assets ter beschikking stelt aan derden die een verzoek doen tot medegebruik. Dit medegebruik wordt volgens TenneT alleen toegestaan indien de derde met de grondeigenaar overeenstemming heeft bereikt over het medegebruik. Ten aanzien van [VERTROUWELIJK] geeft TenneT aan dat ten aanzien van deze gronden bezwaren bekend zijn ten aanzien van medegebruik. Zij geeft aan dat zij in deze grond geen glasvezels in medegebruik heeft gegeven. De ACM concludeert dat ook hieruit niet blijkt dat TenneT overcapaciteit in de percelen van [VERTROUWELIJK] in medegebruik heeft gegeven, of voornemens is dit te doen zonder daarvan mededeling te doen aan de gedoogplichtige.
79. Dat TenneT niet zomaar glasvezelverbindingen in medegebruik geeft, wordt ook bevestigd door de reactie van Relined. Relined geeft aan bij bezwaren van grondeigenaren over medegebruik eerst in overleg te treden met de grondeigenaar alvorens glasvezelverbindingen in medegebruik worden gegeven. Relined geeft bovendien ook expliciet aan geen gebruik te maken van een

openbaar elektronisch communicatienetwerk in de percelen van [VERTROUWELIJK].

80. De ACM stelt gelet op het voorgaande vast dat niet is gebleken van een OECN in de gronden van [VERTROUWELIJK] doordat TenneT de (over)capaciteit van haar glasvezelnetwerk in deze gronden in medegebruik heeft gegeven aan Relined, dan wel een andere derde.

Overtreding artikel 5.2, tiende lid en/of 5.3, eerste lid, van de Tw

81. Nu niet is aangetoond dat in de gronden van [VERTROUWELIJK] kabels worden gebruikt ten behoeve van een OECN, kan naar het oordeel van de ACM ook geen sprake meer zijn van een overtreding van artikel 5.2, tiende lid van de Tw, en/of artikel 5.3, eerste lid, van de Tw door TenneT en/of Relined. Het regime uit Hoofdstuk 5 van de Tw is immers alleen van toepassing ingeval van een OECN.

Marktconforme vergoeding ex artikel 5.2, achtste lid van de Tw

82. De FPG stelt recht te hebben op een marktconforme prijs voor ter beschikking gestelde voorzieningen zoals bepaald in artikel 5.2, achtste lid van de Tw. Op grond van dit artikel maakt de aanbieder van een OECN op verzoek van degene op wie de gedoogplicht rust, gebruik van de ondergrondse voorzieningen die door de gedoogplichtige ter beschikking worden gesteld. Nu de ACM heeft vastgesteld dat er geen sprake is van een OECN in de percelen van [VERTROUWELIJK], komt de ACM niet toe aan een inhoudelijk toets van dit artikel.

### 7.5.3 Conclusie

83. Gelet op al het voorgaande komt de ACM tot de conclusie dat niet is gebleken dat met betrekking tot de percelen van [VERTROUWELIJK] – al dan niet door het in medegebruik geven van overcapaciteit van glasvezels – een OECN tot stand is gebracht. Hierdoor kan volgens de ACM dan ook geen sprake zijn van een overtreding van artikel 5.2, tiende lid, dan wel artikel 5.3, eerste lid van de Tw.

## 8 Dictum

84. De Autoriteit Consument en Markt:

- I. verklaart de bezwaren van de Federatie Particulier Grondbezit gericht tegen het primaire besluit van 13 maart 2019 ongegrond;
- II. neemt het handhavingsverzoek van de Federatie Particulier Grondbezit van 25 april 2018 in behandeling ten aanzien van perceel [VERTROUWELIJK];
- III. stelt vast dat TenneT en/of Relined geen openbaar elektronisch communicatienetwerk exploiteert in de gronden van [VERTROUWELIJK] en dat er derhalve geen sprake is van een overtreding van enig artikel uit Hoofdstuk 5 van de Tw;
- IV. wijst derhalve het handhavingsverzoek van de Federatie Particulier Grondbezit af ten aanzien van perceel [VERTROUWELIJK].

Den Haag,

Autoriteit Consument en Markt,  
namens deze:

w.g.

drs. A. Sipkes  
Directeur Directie Telecom Vervoer en Post

*Als u rechtstreeks belanghebbende bent, kunt u beroep instellen tegen dit besluit. Stuur uw gemotiveerde beroepschrift naar de Rechtbank Rotterdam, Sector bestuursrecht, Postbus 50951, 3007 BM Rotterdam. Dit moet u doen binnen zes weken na bekendmaking van dit besluit. Meer informatie over de beroepsprocedure vindt u op [www.rechtspraak.nl](http://www.rechtspraak.nl).*