Autoriteit Consument & Markt

Openbaar

Besluit

Sanctiebesluit artikel 5.3 Tw – KPN – Openbare versie

Ons kenmerk : ACM/UIT/562408
Zaaknummer : ACM/21/051639
Datum : **14 oktober 2021**

Samenvatting

Artikel 5.3, eerste lid, van de Tw verplicht de aanbieder van een openbaar elektronisch communicatienetwerk (hierna: OECN) die het voornemen heeft om werkzaamheden uit te voeren in verband met de aanleg, instandhouding of opruiming van kabels of netwerkaansluitpunten, om de rechthebbende op of de beheerder van de betreffende grond schriftelijk in kennis te stellen van dit voornemen. Die bepaling verplicht de aanbieder van een OECN verder om vervolgens te streven naar overeenstemming over plaats, tijdstip en wijze van uitvoering van de werkzaamheden. In het geval van de werkzaamheden op het perceel van de heer [VERTROUWELIJK] (hierna: [VERTROUWELIJK]) heeft Koninklijke KPN N.V. (hierna: KPN) dit nagelaten. Daarmee heeft KPN artikel 5.3, eerste lid, van de Tw overtreden.

1. Inleiding

1. KPN is aanbieder van een OECN als bedoeld in artikel 1.1 van de Tw. Indien een dergelijke aanbieder voornemens is om werkzaamheden uit te voeren in verband met de aanleg, instandhouding of opruiming van kabels of netwerkaansluitpunten, dan verplicht artikel 5.3, eerste lid, van de Tw om de rechthebbende of beheerder van de grond waarop deze werkzaamheden plaatsvinden hiervan schriftelijk in kennis te stellen.

2. Artikel 5.3, eerste lid, van de Tw vormt een onderdeel van de bepalingen die gezamenlijk in paragraaf 5.1 van de Tw de gedoogplicht regelen bij de aanleg, instandhouding en opruiming van kabels. Deze gedoogplicht vormt een inbreuk op de rechten van rechthebbenden op en beheerders van de gronden en gebouwen waar deze werkzaamheden plaatsvinden. Om die reden heeft de aanbieder van een OECN op grond van artikel 5.3, eerste lid, van de Tw de verplichting om een kennisgeving van de voorgenomen werkzaamheden te sturen naar de rechthebbende of beheerder en te streven naar overeenstemming over tijd, plaats en wijze van uitvoering van de werkzaamheden.

3. Naast deze overeenstemming biedt de kennisgeving tevens aan de rechthebbende of beheerder de mogelijkheid om voorafgaand aan de werkzaamheden de gedoogplicht te betwisten. Bovendien wordt hiermee aan de rechthebbende of beheerder duidelijk gemaakt waar achteraf een vergoeding kan worden geclaimd indien ten gevolge van de werkzaamheden schade ontstaat.

Muzenstraat 41
2511 WB Den Haag
www.acm.nl
070 722 20 00

4. KPN heeft in april 2020 door (een onderaannemer van) [VERTROUWELIJK] (hierna: [VERTROUWELIJK]) graafwerkzaamheden laten uitvoeren in het perceel Zevenbergen, sectie N, nummer 15 (hierna: perceel N15). Dit perceel is in eigendom van [VERTROUWELIJK]. [VERTROUWELIJK] stelt dat voorafgaand aan de graafwerkzaamheden geen kennisgeving en overeenstemming heeft plaatsgevonden. [VERTROUWELIJK] heeft daarom een handhavingsverzoek ingediend bij de ACM.

5. Naar aanleiding daarvan hebben toezichthoudende ambtenaren van de ACM een onderzoek ingesteld naar de naleving van artikel 5.3, eerste lid, van de Tw door KPN. Dit onderzoek heeft geresulteerd in een onderzoeksrapport als bedoeld in artikel 5:48, gelezen in verbinding met artikel 5:53 van de Algemene wet bestuursrecht (hierna: de Awb).

6. In dit besluit licht de ACM toe dat KPN artikel 5.3, eerste lid, van de Tw heeft overtreden en een boete van **€ 7.000,-** passend en geboden is. In het navolgende hoofdstuk schetst de ACM eerst kort het verloop van de procedure. Vervolgens staat zij achtereenvolgens stil bij de feiten, de juridische beoordeling hiervan en de overtreder. Tot slot licht de ACM toe welke sanctie hieraan verbonden dient te worden.

2. Verloop van de procedure

7. [VERTROUWELIJK] heeft op 22 september 2020 een verzoek ingediend om handhavend op te treden tegen KPN in verband met een overtreding van artikel 5.3, eerste lid, van de Tw.[1] De ACM heeft deze aanvraag in behandeling genomen en heeft naar aanleiding hiervan een onderzoek ingesteld. Zoals hiervoor reeds aangegeven, heeft dit onderzoek geresulteerd in een onderzoeksrapport als bedoeld in artikel 5:48 gelezen in verbinding met artikel 5:53 van de Awb (hierna: het rapport).

8. De ACM heeft dit rapport op 21 april 2021 aan KPN toegezonden.[2] KPN is vervolgens in de gelegenheid gesteld om zowel schriftelijk als mondeling haar zienswijze op het rapport kenbaar te maken. Op 21 juni 2021 heeft een hoorzitting plaatsgevonden, waar KPN mede aan de hand van een pleitnota haar standpunten nader heeft toegelicht.

3. Het rapport

9. In het rapport wordt geconstateerd dat voorafgaand aan de graafwerkzaamheden die in april 2020 in perceel N15 van [VERTROUWELIJK] hebben plaatsgevonden, KPN of haar (onder)aannemer geen kennisgeving als bedoeld in artikel 5.3, eerste lid, van de Tw heeft verzonden aan [VERTROUWELIJK]. Als gevolg hiervan heeft KPN evenmin gestreefd naar overeenstemming over de plaats, het tijdstip en de wijze van uitvoering van de voorgenomen graafwerkzaamheden.

10. Dit terwijl de kennisgevingsverplichting zoals gesteld in artikel 5.3, eerste lid, van de Tw, rust op KPN, als aanbieder van een OECN, indien deze het voornemen heeft om werkzaamheden uit te voeren in verband met de aanleg van kabels. In het rapport wordt dan ook geconcludeerd dat KPN in strijd heeft gehandeld met artikel 5.3, eerste lid, van de Tw.

[1] Dossierstuk 1, kenmerk: ACM/IN/539328.
[2] Dossierstuk 21, kenmerk: ACM/UIT/552850.

4. De betrokken rechtspersoon

11. KPN is een naamloze vennootschap die statutair gevestigd is te Rotterdam. KPN is een aanbieder van een OECN als bedoeld in artikel 1.1 van de Tw.

5. Feiten en omstandigheden

12. Op grond van het rapport, het dossier en de zienswijze van KPN stelt de ACM de volgende feiten en omstandigheden vast.

13. KPN is een aanbieder van een OECN als bedoeld in artikel 1.1 van de Tw en staat ook als zodanig ingeschreven in het register van de ACM als bedoeld in artikel 2.1, vierde lid, van de Tw.[3]

14. In opdracht van KPN heeft (een onderaannemer van) [VERTROUWELIJK] in april 2020 graafwerkzaamheden uitgevoerd in perceel N15 in verband met de aanleg van glasvezelkabels. Perceel N15 is volgens de gegevens van het kadaster in eigendom van [VERTROUWELIJK].

15. Tussen KPN en [VERTROUWELIJK] zijn afspraken op grond waarvan [VERTROUWELIJK] gehouden is zorg te dragen voor de tijdige verkrijging van vergunningen, ontheffingen en soortgelijke toestemmingen die nodig zijn voor het uitvoeren van de overeengekomen werkzaamheden.

16. Op 28 april 2020 heeft een pachter van [VERTROUWELIJK] geconstateerd dat de opdrachtnemer van KPN graafwerkzaamheden verricht in perceel N15 van [VERTROUWELIJK]. Deze pachter heeft de opdrachtnemer mondeling verzocht om te stoppen met de werkzaamheden en om contact te zoeken met de eigenaar van het perceel. [VERTROUWELIJK] heeft de pachter vervolgens gevraagd om foto's te maken van de werkzaamheden.[4] KPN stelt dat de werkzaamheden vervolgens zijn gestaakt en de bovengrond in de oorspronkelijke staat is teruggebracht.

17. Op 7 juli 2020 heeft [VERTROUWELIJK] een e-mail naar [VERTROUWELIJK] gestuurd waarin aan [VERTROUWELIJK] wordt verzocht om toestemming te geven voor het uitvoeren van graafwerkzaamheden in perceel N15. KPN en [VERTROUWELIJK] hebben vervolgens geen overeenstemming bereikt als bedoeld in artikel 5.3 van de Tw. KPN heeft vervolgens een aanbod gedaan tot betaling van een tegemoetkoming ter hoogte van € 250,- en dit aanbod naderhand verhoogd tot € 500,-. [VERTROUWELIJK] heeft dit aanbod echter afgewezen en aangegeven dat KPN met een afkoopsom van € 50.000,- zou kunnen voorkomen dat een handhavingsverzoek bij de ACM zou worden ingediend.

18. Op 24 november 2020 heeft [VERTROUWELIJK] een handhavingsverzoek bij de ACM ingediend. Naar aanleiding hiervan is de ACM een onderzoek gestart en heeft zij een rapport opgesteld.

6. Zienswijze KPN

[3] Openbaar te raadplegen op: https://www.acm.nl/nl/onderwerpen/telecommunicatie/de-telecommarkt/registratie.
[4] Dossierstuk 1, kenmerk ACM/IN/539328.

19. KPN erkent dat [VERTROUWELIJK] op 28 april 2020 namens haar graafwerkzaamheden heeft verricht op perceel N15, zonder dat hierover voorafgaand een kennisgeving aan [VERTROUWELIJK] heeft plaatsgevonden. Volgens KPN ging [VERTROUWELIJK] er in de voorbereidingsfase abusievelijk van uit het dat het gehele aanlegtracé gemeentegrond betrof. De gemeente heeft [VERTROUWELIJK] er wel op gewezen dat een deel van de voorgenomen werkzaamheden betrekking hebben op gronden in eigendom van een projectontwikkelaar. Vervolgens heeft [VERTROUWELIJK] contact opgenomen met deze projectontwikkelaar. De projectontwikkelaar heeft daarna ingestemd met de werkzaamheden.

20. KPN geeft aan dat [VERTROUWELIJK] in haar opdracht nadrukkelijk de intentie heeft gehad artikel 5.3 van de Tw na te leven en met alle betrokkenen voorafgaand aan de graafwerkzaamheden te streven naar overeenstemming over tijd, plaats en wijze van uitvoering van de werkzaamheden. Naar de mening van KPN was het niet versturen van een kennisgeving aan [VERTROUWELIJK] een administratieve fout.

21. KPN betoogt primair dat zij niet kan worden aangemerkt als overtreder in de zin van artikel 5:1 tweede lid, van de Awb. Weliswaar richt artikel 5.3, eerste lid, van de Tw, zich tot een aanbieder van een OECN, maar KPN heeft in casu niet zelf de graafwerkzaamheden verricht. KPN wijst erop dat zij de uitvoering van de werkzaamheden volledig in opdracht aan [VERTROUWELIJK] heeft gegeven.

22. KPN stelt dat zij de overtreding niet zelf heeft begaan. Van feitelijk daderschap is volgens haar dan ook geen sprake. Verder gaat volgens KPN functioneel daderschap niet zo ver dat een soort risicoaansprakelijkheid ontstaat voor de normadressaat van artikel 5.3 van de Tw. KPN meent dat zij er alles aan gedaan heeft wat redelijkerwijs van haar verwacht kon worden om de overtreding te voorkomen.

23. In het geval dat de ACM desondanks KPN wel als overtreder zou aanmerken, dan concludeert KPN subsidiair dat de overtreding niet als ernstige inbreuk dient te worden aangemerkt en dat de overtreding niet aan haar kan worden verweten.[5]

24. In dat licht wijst KPN erop dat artikel 5.3, eerste lid, van de Tw is bedoeld ter bescherming van de belangen van de gedoogplichtige en onder meer strekt ter voorkoming van het in gang zetten van onomkeerbare processen die de belangen van de gedoogplichtige zouden kunnen schaden.

25. Volgens KPN heeft de overtreding in dit geval geen gevolgen gehad voor [VERTROUWELIJK]. Verder wijst KPN erop dat zij uit eigen beweging de bereidheid heeft getoond om een vergoeding te betalen als genoegdoening voor de overtreding van de kennisgevingsplicht en [VERTROUWELIJK] tegen betaling van een eenmalige afkoopsom van € 50.000,- bereid was af te zien van het indienen van een handhavingsverzoek. Dit dient naar de mening van KPN mee te worden gewogen bij de beoordeling van de aard en ernst van de overtreding. Deze kan volgens KPN niet worden aangemerkt als ernstige inbreuk.

26. KPN wijst verder op het incidentele karakter van deze overtreding. Zij stelt zich op het standpunt dat er geen aanleiding is om een boete op te leggen omdat zij slechts een incidentele administratieve fout heeft begaan, de overtreding van korte duur was, het tracé slechts 10 tot

[5] Mondelinge zienswijze KPN, 21 juni 2021, ACM/IN/624755.

15 meter was en daarbij bovendien geen veiligheidsvoorzieningen aan de orde waren, en KPN uit eigen initiatief een financiële genoegdoening heeft geboden.

27. In het geval dat de ACM toch een boete oplegt, verzoekt KPN om te volstaan met een symbolische boete.[6]

7. Juridische beoordeling

28. In dit hoofdstuk geeft de ACM eerst een korte analyse van artikel 5.3, eerste lid, van de Tw. Vervolgens beoordeelt de ACM of de feiten en gedragingen van KPN een overtreding van deze bepaling opleveren.

Artikel 5.3, eerste lid, van de Tw

29. Hoofdstuk 5 van de Tw bevat een regeling voor een gedoogplicht voor de aanleg, instandhouding en opruiming van kabels. Uit artikel 5.2 van de Tw volgt een verplichting voor rechthebbenden en beheerders van zowel openbare als niet-openbare gronden om de aanleg, instandhouding en opruiming van kabels ten dienste van een openbaar elektronisch communicatienetwerk te gedogen.

30. Zoals hiervoor reeds aangegeven, brengt artikel 5.3, eerste lid, van de Tw mee dat een aanbieder van een elektronisch communicatienetwerk die het voornemen heeft om werkzaamheden uit te voeren in verband met (onder meer) de aanleg van kabels en netwerkaansluitpunten, de rechthebbende of beheerder, bedoeld in artikel 5.2 van de Tw, schriftelijk in kennis dient te stellen van dit voornemen. Voorts dient de aanbieder te streven naar overeenstemming over de plaats, het tijdstip en de wijze van uitvoering van de werkzaamheden.

31. De wetgever ziet de algemene plicht tot het gedogen van de aanleg, instandhouding en opruiming van kabels die is vervat in hoofdstuk 5 van de Tw als een inbreuk op het eigendomsrecht.[7] Om aan het eigendomsrecht van de gedoogplichtige tegemoet te komen, is de aanbieder van een OECN verplicht om voorafgaand aan de werkzaamheden te streven naar overeenstemming. Het vereiste van een schriftelijke voorafgaande kennisgeving heeft de wetgever in het huidige artikel 5.3, eerste lid, van de Tw opgenomen om de rechtsbescherming van de gedoogplichtige te versterken.[8]

32. De procedure zoals beschreven in artikel 5.3 van de Tw en de verplichting om te streven naar overeenstemming, biedt de rechthebbende onder meer de gelegenheid om de gedoogplicht te betwisten of afspraken te maken over de uitvoering van de werkzaamheden of het verhalen van eventueel ontstane schade. Indien de aanbieder van een OECN en een rechthebbende geen overeenstemming bereiken, voorziet artikel 5.3, tweede lid, van de Tw in de mogelijkheid om bij de ACM om een beschikking te verzoeken over de toepasselijkheid van de gedoogplicht of de plaats, het tijdstip en de wijze van de uit te voeren werkzaamheden.

Beoordeling feiten en gedraging

[6] Dossierstuk 6, kenmerk ACM/IN/555633.
[7] Kamerstukken II, 2004/2005, 29 834, nr. 3, p. 5.
[8] Kamerstukken II, 2004/2005, 29 834, nr. 7, p. 3.

33. Op 28 april 2020 heeft KPN graafwerkzaamheden laten verrichten in perceel N15 van [VERTROUWELIJK] voor de aanleg van een openbaar elektronisch communicatienetwerk. De ACM stelt vast dat voorafgaand aan deze graafwerkzaamheden KPN of haar (onder)aannemer geen kennisgeving heeft verzonden aan [VERTROUWELIJK]. Evenmin heeft KPN of haar (onder)aannemer vooraf gestreefd naar overeenstemming met het [VERTROUWELIJK] over de plaats, het tijdstip en de wijze van uitvoering van de graafwerkzaamheden.

34. Daarmee is in strijd gehandeld met artikel 5.3, eerste lid, van de Tw. KPN heeft tijdens het onderzoek en tijdens de hoorzitting ook niet betwist dat zij voorafgaand aan de graafwerkzaamheden geen kennisgeving aan [VERTROUWELIJK] heeft gestuurd en evenmin voorafgaand aan de graafwerkzaamheden heeft gestreefd naar overeenstemming.

35. KPN heeft primair betoogd dat zij geen overtreder is als bedoeld in artikel 5:1, tweede lid, van de Awb. De ACM gaat daarin niet mee. KPN is de normadressaat van artikel 5.3, eerste lid, van de Tw. Uit zowel de tekst als de totstandkomingsgeschiedenis van artikel 5.3, eerste lid, van de Tw blijkt evident dat de verplichting tot het voorafgaand in kennis stellen van de gedoogplichtige in verband met voorgenomen werkzaamheden rust op de aanbieder van een OECN.[9] Het is aan de aanbieder van een OECN – in casu KPN– om een overtreding van die norm te voorkomen, ook als zij de uit te voeren werkzaamheden uitbesteedt. Zij dient erop toe te zien dat een eventuele aannemer of onderaannemer een kennisgeving verstuurt als bedoeld in artikel 5.1, eerste lid, van de Tw. KPN geldt in casu dan ook als overtreder van artikel 5.3, eerste lid, van de Tw.

36. KPN heeft ook niet datgene gedaan wat redelijkerwijs van haar mag worden verwacht om de overtreding te voorkomen. Zij heeft slechts contractueel vastgelegd dat [VERTROUWELIJK] zich dient te houden aan toepasselijke wet- en regelgeving en daarbij werkinstructies voor de naleving van artikel 5.3 van de Tw gegeven en een compliance statement verlangd van [VERTROUWELIJK].

37. KPN heeft evenwel verder niet aangevoerd dat en toegelicht op welke wijze zij erop heeft toegezien dat [VERTROUWELIJK] de verplichting tot het sturen van een kennisgeving als bedoeld in artikel 5.3, eerste lid, van de Tw na zou leven. Zo heeft KPN gemotiveerd noch aannemelijk gemaakt dat zij al dan niet steekproefsgewijs controleerde of [VERTROUWELIJK] zich aan die verplichting hield, daargelaten of dat voldoende zou zijn voor het oordeel dat KPN datgene heeft gedaan wat redelijkerwijs van haar mag worden verwacht om de overtreding te voorkomen.

38. Aan het feit dat sprake zou zijn van een administratieve fout, zoals KPN in haar zienswijze omschrijft, komt niet de betekenis toe die KPN hieraan toekent. Datzelfde geldt voor het standpunt van KPN dat de overtreding geen gevolgen zou hebben gehad voor de gedoogplichtige. Dit maakt namelijk niet dat geen sprake is van een overtreding of het met de kennisgevingsplicht te beschermen belang niet zou zijn geschaad. Zoals ook uit de totstandkomingsgeschiedenis van de artikelen 5.2 en 5.3 van de Tw naar voren komt, vormt de gedoogplicht immers een vergaande inbreuk op het eigendomsrecht.[10]

39. Juist om die reden heeft de wetgever de verplichting in het leven geroepen om de gedoogplichtige voorafgaand aan de werkzaamheden schriftelijk in kennis te stellen van de werkzaamheden en te streven naar overeenstemming. Op die wijze heeft de rechthebbende de mogelijkheid om

[9] Kamerstukken II, 2004/2005, 29 834, nr. 3, p. 50 en 51. Zie ook p. 19.
[10] Kamerstukken II, 2004/2005, 29 834, nr. 3, p. 5.

voorafgaand aan de werkzaamheden de gedoogplicht te betwisten, afspraken te maken over tijd, plaats en uitvoering van de werkzaamheden en eventueel op grond van artikel 5.3, tweede lid, van de Tw een procedure aanhangig te maken bij de ACM.

40. Doordat zonder voorafgaande kennisgeving graafwerkzaamheden zijn verricht op perceel N15, zijn aan [VERTROUWELIJK] al deze mogelijkheden ontnomen. Daarmee is het eigendomsrecht van [VERTROUWELIJK] geschonden, zonder dat deze enige invloed heeft kunnen uitoefenen op de wijze waarop dit is gebeurd of de gedoogplicht voorafgaand aan de werkzaamheden heeft kunnen betwisten. En juist dat is met de verplichting tot het doen van een kennisgeving en het streven naar overeenstemming beoogd.[11]

41. Dat KPN heeft voorgesteld een vergoeding te betalen en [VERTROUWELIJK] niet akkoord is gegaan met dat voorstel, kan hieraan niet afdoen. Een kennisgeving dient immers vooraf plaats te vinden en die omissie kan niet ongedaan worden gemaakt met een herstel van schade achteraf, al dan niet in de vorm van een schadevergoeding.

42. Ook het feit dat het ontbreken van een kennisgeving een incident zou zijn geweest, de fout van beperkte tijdsduur was, het een kort tracé betrof en KPN naar aanleiding van de gebeurtenissen haar procedures zou hebben aangescherpt om bewustzijn bij aannemers te vergroten en toezicht op naleving te verhogen,[12] leidt niet tot de conclusie dat KPN artikel 5.3, eerste lid, van de Tw niet heeft overtreden. Hooguit komt aan deze feiten en omstandigheden mitigerende betekenis toe in het kader van de op te leggen sanctie. In het navolgende deel van dit besluit zal de ACM hier nader op ingaan.

43. De ACM concludeert dat KPN in strijd heeft gehandeld met artikel 5.3, eerste lid, van de Tw.

8. Boete

8.1. Beboeting door de ACM

44. Op grond van artikel 15.4, tweede lid, van de Tw kan de ACM aan KPN een bestuurlijke boete opleggen voor de overtreding van artikel 5.3, eerste lid, van de Tw. De ACM dient bij de vaststelling van de hoogte van een op te leggen boete op grond van de artikelen 5:41 en 5:46 van de Awb de verwijtbaarheid van de overtreder te betrekken. Verder dient de ACM rekening te houden met de ernst van de overtreding en de omstandigheden waaronder de overtreding is begaan. Daarnaast dient het evenredigheidsbeginsel, dat is neergelegd in artikel 3:4 van de Awb, in acht te worden genomen.

45. Anders dan KPN, is de ACM van oordeel dat in deze zaak de oplegging van een bestuurlijke boete passend en geboden is. De ACM volgt KPN dan ook niet in haar standpunt dat op basis van omstandigheden geen aanleiding is om over te gaan tot boeteoplegging. In dit hoofdstuk zal de ACM dit nader toelichten.

8.2. Verwijtbaarheid

[11] Kamerstukken II, 2004/2005, 29 834, nr. 3, p. 6.
[12] Brief van KPN van 14 juli 2021, kenmerk ACM/IN/648452.

46. KPN heeft in haar zienswijze erop gewezen dat de werkwijze van [VERTROUWELIJK] niet in overeenstemming was met de afspraken tussen hen en dat abusievelijk [VERTROUWELIJK] als perceeleigenaar over het hoofd is gezien.[13] Verder heeft zij gesteld dat de overtreding slechts van beperkte omvang is.

47. Voor zover KPN hiermee heeft willen betogen dat de overtreding haar in het geheel niet kan worden verweten, verwijst de ACM naar hetgeen zij heeft overwogen in randnummer 35 en verder van dit besluit over de normadressaat van artikel 5.3, eerste lid, van de Tw. De ACM concludeert dat de overtreding wel degelijk aan KPN verwijtbaar is.

48. Indien KPN heeft beoogd te stellen dat de overtreding verminderd verwijtbaarheid is, gaat de ACM evenmin mee in dit betoog. Uit de kennisgevingsplicht van artikel 5.3, eerste lid, van de Tw volgt immers dat KPN, als aanbieder van een OECN, verplicht is om een voornemen tot de aanleg van kabels aan eventuele rechthebbenden kenbaar te maken en naar overeenstemming te streven. Daaruit volgt dat op KPN de verantwoordelijkheid rust om te na te gaan wie de rechthebbende van de grond is waarop zij de betreffende werkzaamheden laat uitvoeren.

49. De overtreding had eenvoudig voorkomen kunnen worden door bijvoorbeeld niet slechts te vertrouwen op een mededeling van de gemeente, maar ook het kadaster te raadplegen. Het kadaster is een openbaar register waarin de eigenaren van alle gronden staan vermeld. Weliswaar heeft KPN in de overeenkomst met [VERTROUWELIJK] opgenomen dat laatstgenoemde dient te voldoen aan alle relevante wet- en regelgeving en heeft KPN daartoe werkinstructies opgesteld, maar zij heeft pas na het incident met het perceel van [VERTROUWELIJK] deze instructies opnieuw onder de aandacht laten brengen van de medewerkers van de (onder)aannemers.[14]

50. Nu op KPN de verplichting rust om de rechthebbende van een grond schriftelijk in kennis te stellen van haar voornemen tot het verrichten van werkzaamheden, is het ook de verantwoordelijkheid van KPN dat zij aan de hand van nauwkeurige informatiebronnen zorgvuldig in kaart brengt wie de rechthebbende is van percelen waarin zij voornemens is werkzaamheden uit te voeren als bedoeld in artikel 5.3 van de Tw.

51. Gelet hierop is het aan KPN toe te rekenen dat graafwerkzaamheden zijn verricht op perceel N15 van [VERTROUWELIJK], zonder dat zij hieraan voorafgaand een schriftelijke kennisgeving heeft verstuurd of heeft gestreefd naar overeenstemming over de plaats, het tijdstip en de wijze van uitvoering van deze werkzaamheden.

52. De ACM concludeert dan ook dat de geconstateerde overtreding ten volle aan KPN kan worden verweten.

8.3. Hoogte op te leggen boete

53. Zoals hiervoor aangegeven, acht de ACM voor de vastgestelde overtreding van artikel 5.3, eerste lid, van de Tw de oplegging van een bestuurlijke boete in deze zaak passend en geboden. Met betrekking tot de hoogte van de op te leggen boete overweegt de ACM als volgt.

[13] Dossierstuk 14, kenmerk: ACM/IN/577909.
[14] Dossierstuk 14, kenmerk: ACM/IN/577909.

54. De gedoogplicht zoals vervat in paragraaf 5.1 van de Tw vormt een inbreuk op het eigendomsrecht van de gedoogplichtige. Het vereiste van een schriftelijke kennisgeving vooraf strekt ertoe de rechten van de gedoogplichtige te beschermen door de mogelijkheid te bieden de gedoogplicht vooraf te betwisten en zeggenschap te geven over de wijze waarop de inbreuk op zijn eigendomsrecht plaatsvindt. Deze mogelijkheden zijn als gevolg van de geconstateerde overtreding aan [VERTROUWELIJK] ontnomen.

55. Dat sprake is geweest van een administratieve fout, zoals KPN stelt, kan aan deze constatering niet afdoen. Doordat KPN zonder kennisgeving vooraf werkzaamheden verricht of heeft laten verrichten, heeft een inbreuk op het eigendomsrecht van [VERTROUWELIJK] plaatsgevonden, zonder dat deze enige zeggenschap heeft kunnen uitoefenen over de wijze waarop. Voorts heeft [VERTROUWELIJK] niet meer voorafgaand aan de werkzaamheden de gedoogplicht kunnen betwisten. De ACM is daarom van oordeel dat in dit geval niet kan worden volstaan met een andere sanctie dan de oplegging van een boete aan KPN.

56. Bij het bepalen van de hoogte van de boete, acht de ACM de aard van de overtreding van belang, alsmede de omstandigheid dat jegens KPN niet eerder voor soortgelijke overtredingen een rapport is opgemaakt en KPN naar aanleiding van het incident haar procedures heeft aangescherpt. De ACM stelt de hoogte van de bestuurlijke boete vast op **€ 7.000,-.**

9. Besluit

57. De Autoriteit Consument en Markt:

- Stelt vast dat KPN in strijd heeft gehandeld met artikel 5.3, eerste lid, van de Tw;
- Legt aan KPN vanwege deze overtreding van artikel 5.3, eerste lid, van de Tw een bestuurlijke boete op van **€ 7.000,-**.

Den Haag, **14 oktober 2021**

Hoogachtend,

Autoriteit Consument en Markt,
namens deze,

w.g.

drs. M.R. Leijten
bestuurslid

Belanghebbenden die zich met dit besluit niet kunnen verenigen, kunnen binnen zes weken na de dag waarop dit besluit is bekendgemaakt bezwaar maken bij de Autoriteit Consument en Markt. Het postadres is: Autoriteit Consument en Markt, t.a.v. afdeling Juridische Zaken, Postbus 16326, 2500 BH Den Haag.

Het bezwaarschrift moet zijn ondertekend en moet ten minste de naam en het adres van de indiener, de dagtekening en een omschrijving van het besluit waartegen het bezwaar is gericht bevatten. Voorts moet het bezwaarschrift de gronden van het bezwaar bevatten.

ACM wijst u op de mogelijkheid die de Algemene wet bestuursrecht de indiener van een bezwaarschrift biedt, om in dat geschrift ACM te verzoeken de bezwaarschriftenfase over te slaan. Indien ACM uw verzoek inwilligt, zal uw bezwaarschrift worden doorgezonden naar de rechtbank en daar als beroepschrift worden behandeld. De procedure kan daardoor worden verkort. Indien ACM uw verzoek niet inwilligt, staat tegen deze beslissing geen beroep open en zal uw bezwaarschrift door ACM worden behandeld.