Autoriteit Consument & Markt

Openbaar

Besluit

Sanctiebesluit artikel 5.3 Tw – UBR– Openbare versie

Ons kenmerk : ACM/UIT/562409
Zaaknummer : ACM/21/051642
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 de percelen van het Lijndensche Fonds voor Kerk en Zending (hierna: het Fonds) heeft de Uitvoeringsorganisatie Breedbandnetwerk Rivierenland (hierna: UBR) dit nagelaten. Daarmee heeft UBR artikel 5.3, eerste lid, van de Tw overtreden.

1. Inleiding

1. UBR 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 als gevolg van de werkzaamheden schade ontstaat.

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

4. UBR heeft in juli 2020 door (een onderaannemer van) [VERTROUWELIJK] graafwerkzaamheden laten uitvoeren in de percelen Dodewaard, sectie D, nummers 45 en 845 en Dodewaard, sectie D, nummer 1740 (hierna: de percelen). Deze percelen zijn in eigendom van het Fonds. Het Fonds stelt dat voorafgaand aan de graafwerkzaamheden geen kennisgeving en overeenstemming heeft plaatsgevonden. Het Fonds 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 UBR. 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 UBR artikel 5.3, eerste lid, van de Tw heeft overtreden en een boete van **€ 7.000,-** passend en geboden is. In het volgende 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. Het Fonds heeft op 25 november 2020 een verzoek ingediend om handhavend op te treden tegen UBR 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 20 april 2021 aan UBR toegezonden.[2] UBR 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 UBR 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 juli 2020 in de percelen van het Fonds hebben plaatsgevonden, UBR of haar (onder)aannemer geen kennisgeving als bedoeld in artikel 5.3, eerste lid, van de Tw heeft verzonden aan het Fonds. Als gevolg hiervan heeft UBR 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 UBR, 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 UBR in strijd heeft gehandeld met artikel 5.3, eerste lid, van de Tw.

[1] Dossierstuk 3, kenmerk ACM/IN/562395.
[2] Dossierstuk 21, kenmerk ACM/UIT/552855.

4. De betrokken rechtspersoon

11. UBR is in 2020 opgericht door de gemeenten Culemborg, Maasdriel, Neder-Betuwe, Tiel, West Betuwe, West Maas en Waal en Zaltbommel. Zij is verantwoordelijk voor de aanleg, het beheer en het onderhoud van het breedbandnetwerk in het buitengebied van deze gemeenten. UBR is een aanbieder van een OECN als bedoeld in artikel 1.1 van de Tw.

12. UBR is in een aparte Gemeenschappelijke Regeling ondergebracht.[3]

5. Feiten en omstandigheden

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

14. UBR is een initiatief van zeven samenwerkende gemeenten in de regio Rivierenland. In de buitengebieden van de gemeenten Culemborg, Maasdriel, Neder-Betuwe, Tiel, West Betuwe, West Maas en Waal en Zaltbommel is UBR verantwoordelijk voor de aanleg, het beheer en het onderhoud van het breedbandnetwerk. UBR 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.[4]

15. In opdracht van UBR zijn in juli 2020 graafwerkzaamheden uitgevoerd door (een onderaannemer van) [VERTROUWELIJK] (hierna: [VERTROUWELIJK]) in drie percelen te Dodewaard in verband met de aanleg van kabels. Deze percelen zijn in eigendom van het Fonds.

16. De opdracht tot ontwerp, aanleg en onderhoud het breedbandnetwerk in de regio Rivierenland – waar de voornoemde werkzaamheden deel van uitmaken – is door UBR gegund aan [VERTROUWELIJK]. UBR heeft daarbij [VERTROUWELIJK] verplicht tot naleving van de geldende wet- en regelgeving.

17. [VERTROUWELIJK] heeft vervolgens [VERTROUWELIJK] (hierna: [VERTROUWELIJK]) ingeschakeld als onderaannemer. [VERTROUWELIJK] heeft bij het verrichten van de werkzaamheden diverse bronnen gebruikt om de status van de gronden in het tracé te verifiëren. Daarbij heeft zij geo-informatiesysteem (GIS)-data en andere voorhanden zijnde bronnen (zoals Google Maps) gebruikt om na te gaan welke grond in het tracé bij welke eigenaar hoort.[5] In een aantal gevallen waarschuwt de betrokken gemeente ook proactief bij de vergunningverlening als de grond in het tracé in privaat eigendom blijkt te zijn. In deze zaak heeft geen gemeente een dergelijke waarschuwing gegeven. Ook uit de GIS-data en overige bronnen die UBR dan wel [VERTROUWELIJK] en [VERTROUWELIJK] hebben geraadpleegd, is niet naar voren gekomen dat de grond op de voornoemde percelen in eigendom van het Fonds zijn.

18. UBR noch haar (onder)aannemer hebben voorafgaand aan de te verrichten werkzaamheden het kadaster geraadpleegd. Op de percelen van het Fonds zijn vervolgens graafwerkzaamheden

[3] Gemeenschappelijke regeling Uitvoeringsorganisatie Breedbandnetwerk Rivierenland, openbaar te raadplegen op: https://lokaleregelgeving.overheid.nl/CVDR629059/1.
[4] Registratie van telecomaanbieders ACM, openbaar te raadplegen op: https://www.acm.nl/nl/onderwerpen/telecommunicatie/de-telecommarkt/registratie.
[5] Dossierstuk 13, kenmerk ACM/IN/584716.

verricht, zonder dat UBR (of haar (onder)aannemer namens haar) hierover voorafgaand een kennisgeving aan het Fonds heeft gestuurd. Voorts heeft ook geen overeenstemming plaatsgevonden over de plaats, het tijdstip en de wijze van uitvoering van de werkzaamheden als bedoeld in artikel 5.3 van de Tw.

19. Na deze graafwerkzaamheden heeft het Fonds contact opgenomen met de (onder)aannemer. Deze heeft aan het Fonds aangeboden om de aangelegde glasvezelkabels uit de grond te verwijderen, de grond in de oorspronkelijke staat te herstellen en om eventuele overige geleden schade te vergoeden. Het Fonds is hierop niet ingegaan en vraagt aan UBR een jaarlijks terugkerende retributie voor de in haar grond gelegde kabels van € 50.000,-. Het Fonds heeft vervolgens bij de ACM een verzoek ingediend om handhavend op te treden.

20. UBR stelt dat zij en [VERTROUWELIJK] naar aanleiding van de gebeurtenissen hun procedures hebben aangescherpt en een rentmeester hebben ingeschakeld die helpt om private gronden die zich op het tracé bevinden in kaart te brengen. Voorts geeft UBR aan dat zij een externe partij heeft ingeschakeld die controleert in hoeverre de aannemer en onderaannemer de overeenkomst en wet- en regelgeving correct naleven.

6. Zienswijze UBR

21. UBR betwist niet dat op de percelen van het Fonds namens haar graafwerkzaamheden zijn verricht zonder dat hierover voorafgaand een kennisgeving aan het Fonds heeft plaatsgevonden. Ook erkent UBR dat zij niet voorafgaand aan de graafwerkzaamheden heeft gestreefd naar overeenstemming met het Fonds over tijd, plaats en wijze van uitvoering van de werkzaamheden. Zij heeft aangegeven begrip te hebben voor het onderzoek dat de ACM heeft verricht en onderschrijft het belang van de naleving van de wettelijke voorschriften en het respect voor eenieders eigendom.

22. Naar de mening van UBR was het niet versturen van een kennisgeving aan het Fonds een incidentele vergissing.[6] Volgens UBR wist haar (onder)aannemer niet dat de betreffende percelen in particuliere handen waren. Uit de gebruikte GIS-data en andere gebruikte openbare bronnen zoals Google Maps, bleek niet duidelijk dat de gebruikte grond in privaat eigendom was. De (onder)aannemer heeft op basis van die data aangenomen dat er op het tracé waarover zij kabels aanlegde, louter gemeentelijke grond lag, aldus UBR.[7] UBR heeft er in dat licht ook nog op gewezen dat het Fonds er zelf voor heeft gekozen om haar eigendommen niet te laten markeren in veel gebruikte openbare bronnen, zoals GIS-kaarten.[8]

23. Volgens UBR is in deze zaak een waarschuwing een redelijk en passend instrument. Tevens wijst UBR op de mogelijkheid van het doen van een toezegging. Het inzetten van zwaardere handhavingsinstrumenten zoals boetes, acht de UBR in de onderhavige omstandigheden niet proportioneel. Zij voert daartoe verschillende redenen aan.

24. UBR wijst op de omstandigheid dat zij is opgericht met een maatschappelijk doel. Met toestemming van de Europese Commissie voorziet zij in de aanleg van een passief glasvezel breedbandnetwerk in de buitengebieden waar de reguliere marktpartijen niet in een netwerk voorzien. Zij zorgt ervoor

[6] Dossierstuk 13, kenmerk ACM/IN/584716.
[7] Idem.
[8] Dossierstuk 15, kenmerk ACM/IN/591882.

dat deze zogenoemde “witte adressen” alsnog worden aangesloten op een snelle internetverbinding, zodat alle inwoners van de zeven samenwerkende gemeenten van de Regio Rivierenland kunnen beschikken over deze essentiële basisvoorziening.

25. Voorts stelt UBR dat zij slechts een zeer kleine netwerkaanbieder is. Zij voorziet naar eigen zeggen slechts in de aansluiting voor een kleine 9000 adressen. Zware handhavingsinstrumenten zouden niet in verhouding staan tot de kleinschaligheid van UBR. Een hoge boete staat volgens UBR niet in verhouding tot de ernst van de incidentele vergissing waardoor artikel 5.3 van de Tw is overtreden.

26. Naar de mening van UBR is het van belang dat haar (onder)aannemer deze vergissing ruiterlijk heeft erkend en is aan het Fonds aangeboden om de situatie te herstellen en eventuele schade volledig te vergoeden. Voorts heeft de onderaannemer diens procedures aangescherpt en een rentmeester aangesteld om soortgelijke vergissingen in de toekomst te voorkomen. Daarnaast heeft UBR zelf een onafhankelijke adviseur ingeschakeld om te controleren of de procedures van de (onder)aannemer van UBR toereikend zijn en correct worden toegepast om een overtreding van artikel 5.3 van de Tw en andere wettelijke voorschriften te vermijden.

27. Tot slot is volgens UBR het belang dat artikel 5.3 van de Tw beoogt te beschermen niet wezenlijk geschaad. Aan het Fonds is immers aangeboden om de situatie volledig te herstellen en eventuele schade te vergoeden. UBR stelt dat het Fonds dit aanbod vervolgens heeft geweigerd en niet heeft aangegeven dat het zelf wil bepalen wie de grond terug in de oude staat dient te brengen of dat er andere aanwezige voorzieningen zouden moeten worden gebruikt. Tevens heeft het Fonds er niet op gewezen dat er door de aanleg een verandering in de bestemming van de gronden of belemmering in het gebruik daarvan zou kunnen ontstaan.

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 UBR 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.[9] 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.[10]

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

33. In juli 2020 heeft UBR graafwerkzaamheden laten verrichten in de percelen van het Fonds voor de aanleg van een openbaar elektronisch communicatienetwerk. De ACM stelt vast dat voorafgaand aan deze graafwerkzaamheden UBR of haar (onder)aannemer geen kennisgeving heeft verzonden aan het Fonds. Evenmin heeft UBR of haar (onder)aannemer gestreefd naar overeenstemming met het Fonds 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. UBR heeft tijdens het onderzoek en tijdens de hoorzitting ook niet betwist dat zij voorafgaand aan de graafwerkzaamheden geen kennisgeving aan het Fonds heeft gestuurd en evenmin voorafgaand aan de graafwerkzaamheden heeft gestreefd naar overeenstemming. In haar zienswijze heeft UBR slechts betoogd dat naar haar mening een zwaardere sanctie dan een waarschuwing of toezegging in deze zaak niet passend of geboden zou zijn.

35. Anders dan UBR heeft aangevoerd, is de ACM niet van oordeel dat het belang dat artikel 5.3, eerste lid, van de Tw beoogt te beschermen niet wezenlijk is geschaad. Zoals ook uit de totstandkomingsgeschiedenis van de artikelen 5.2 en 5.3 van de Tw naar voren komt, vormt de gedoogplicht een inbreuk op het eigendomsrecht.[11] 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 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.

36. Doordat zonder voorafgaande kennisgeving graafwerkzaamheden zijn verricht op zijn percelen, zijn aan het Fonds al deze mogelijkheden ontnomen. De ACM wijst er in dat licht ook op dat het Fonds expliciet betwist dat de graafwerkzaamheden in het perceel Dodewaard, sectie D, nummer 1740 onder de gedoogplicht vallen.

[9] Kamerstukken II, 2004/2005, 29 834, nr. 3, p. 5.
[10] Kamerstukken II, 2004/2005, 29 834, nr. 7, p. 3.
[11] Kamerstukken II, 2004/2005, 29 834, nr. 3, p. 5.

37. Daarmee is het eigendomsrecht van het Fonds geschonden, zonder dat het enige invloed heeft kunnen uitoefenen op de wijze waarop dit is gebeurd of de gedoogplicht voorafgaand heeft kunnen betwisten. En juist dat is met de verplichting tot het streven naar overeenstemming beoogd.[12]

38. Dat UBR heeft voorgesteld de schade te herstellen of te vergoeden en het Fonds 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.

39. Ook het feit dat het ontbreken van een kennisgeving een incidentele vergissing zou zijn geweest, UBR aanstonds heeft gepoogd het Fonds schadeloos te stellen en naar aanleiding van de gebeurtenissen nieuwe voorzorgsmaatregelen heeft genomen, leidt niet tot de conclusie dat UBR 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.

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

8. Boete

8.1. Beboeting door de ACM

41. Op grond van artikel 15.4, tweede lid, van de Tw kan de ACM aan UBR 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.

42. Anders dan UBR, is de ACM van oordeel dat in deze zaak de oplegging van een bestuurlijke boete passend en geboden is. De ACM volgt UBR dan ook niet in haar standpunt dat kan worden volstaan met een waarschuwing of toezegging. In dit hoofdstuk zal de ACM dit nader toelichten.

8.2. Verwijtbaarheid

43. UBR heeft erop gewezen dat haar (onder)aannemer zich heeft vergist, uit de voorhanden zijnde informatiebronnen niet naar voren kwam dat de betreffende percelen in particulier eigendom waren en het Fonds zijn eigendommen zelf niet in daartoe bestemde openbare informatiebronnen zoals GIS-kaarten heeft laten markeren.

44. Voor zover UBR daarmee heeft willen betogen dat de overtreding verminderd verwijtbaarheid is, gaat de ACM niet mee in dit betoog. De kennisgevingsplicht van artikel 5.3, eerste lid, van de Tw brengt mee dat UBR, 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.

[12] Kamerstukken II, 2004/2005, 29 834, nr. 3, p. 6.

Daaruit volgt dat op UBR de verantwoordelijkheid rust om te na te wie de rechthebbende of beheerder van de grond is waarop zij de betreffende werkzaamheden laat uitvoeren.

45. In deze zaak heeft UBR volstaan met een algemene verplichting aan [VERTROUWELIJK] om de geldende wet- en regelgeving na te leven.[13] Vervolgens heeft de (onder)aannemer van UBR zich bij de uitvoering van haar werkzaamheden slechts gebaseerd op het uitblijven van een waarschuwing van de gemeente en de omstandigheid dat uit GIS-data en andere door haar gebruikte informatiesystemen niet naar voren kwam dat de betreffende gronden in particulier bezit waren.

46. Nu op UBR 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 UBR 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. Zoals in dit besluit weergegeven, hebben UBR en haar (onder)aannemers nagelaten het kadaster te raadplegen. Het kadaster is een openbaar register waarin de eigenaren van alle gronden staan vermeld. Eerst na de incidenten op de percelen van het Fonds heeft UBR haar procedures aangescherpt. Tot dat moment werd volstaan met de hiervoor omschreven algemene verplichting tot naleving van de wet- en regelgeving en een controle aan de hand van GIS-data en overige voorhanden zijnde bronnen.

47. Gelet hierop is het aan UBR toe te rekenen dat graafwerkzaamheden zijn verricht op de desbetreffende percelen van het Fonds, 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. Dat het Fonds zelf zijn eigendommen niet heeft laten markeren in openbare bronnen die volgens UBR veel voor dat doel worden gebruikt, zoals GIS-kaarten, kan daaraan niet af doen. Op het Fonds of andere eigenaren ligt immers geen verplichting om de eigendom van gronden te registeren in zulke openbare bronnen. Het kadaster bevat al deze informatie immers al en is het van overheidswege bijgehouden openbare register van onroerende zaken.

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

8.3. Hoogte op te leggen boete

49. 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.

50. 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 het Fonds ontnomen.

[13] Dossierstuk 13, kenmerk: ACM/IN/584716.

51. Dat sprake is geweest van een incidentele vergissing, zoals UBR stelt, kan aan deze constatering niet afdoen. Doordat UBR zonder kennisgeving vooraf graafwerkzaamheden heeft verricht of laten verrichten, heeft een inbreuk op het eigendomsrecht van het Fonds plaatsgevonden, zonder dat het enige zeggenschap heeft kunnen uitoefenen over de wijze waarop. Voorts heeft het Fonds niet meer voorafgaand aan de werkzaamheden de gedoogplicht kunnen betwisten. Een en ander klemt te meer omdat UBR niet voor één, maar voor meerdere percelen heeft verzuimd een kennisgeving aan het Fonds te sturen. 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 UBR.

52. Bij het bepalen van de hoogte van de boete, acht de ACM de aard van de overtreding van belang, alsmede de omstandigheid dat jegens UBR niet eerder voor soortgelijke overtredingen een rapport is opgemaakt en UBR naar aanleiding van het incident haar procedures heeft aangescherpt en zelf een rentmeester heeft aangesteld om soortgelijke overtredingen in de toekomst te voorkomen. De ACM stelt de hoogte van de bestuurlijke boete vast op **€ 7.000,-.**

9. Besluit

53. De Autoriteit Consument en Markt:

- Stelt vast dat UBR in strijd heeft gehandeld met artikel 5.3, eerste lid, van de Tw;
- Legt aan UBR 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.