



## Besluit

### Tweede beslissing op bezwaar afwijzing handhavingsverzoek Federatie Particulier Grondbezit

Ons kenmerk : ACM/UIT/586786  
Zaaknummer : ACM/20/039478  
Datum : **3 november 2022**

## Samenvatting

In 2019 heeft de Federatie Particulier Grondbezit (FPG) de Autoriteit Consument en Markt (ACM) gevraagd om handhavend op te treden tegen TenneT TSO B.V. (TenneT) en haar dochteronderneming Relined B.V. (Relined). De leden van de FPG zijn eigenaren van particuliere gronden. In of boven een deel van die gronden heeft TenneT elektriciteitsinfrastructuur aangelegd in de vorm van kabels in de grond of masten die op de grond staan. TenneT legt bij haar elektriciteitskabels ook glasvezelkabels en daaraan ondersteunende infrastructuur aan. Volgens TenneT heeft zij deze communicatie-infrastructuur nodig om haar elektriciteitsnetwerk te kunnen beheren. Grondeigenaren zijn op grond van de Belemmeringenwet Privaatrecht (Wet BP) verplicht om de aanleg en de instandhouding van het elektriciteitsnetwerk van TenneT te gedogen. De ACM is niet bevoegd tot handhaving van de Wet BP.

De FPG meent dat naast de Wet BP ook de verplichtingen op grond van Hoofdstuk 5 van de Telecommunicatiewet (Tw) van toepassing zijn op de infrastructuur van TenneT. Die verplichtingen gelden ter bescherming van de belangen van grondeigenaren bij de aanleg en de verdere instandhouding van infrastructuur voor een openbaar elektronisch communicatienetwerk (OECN). Volgens FPG is Hoofdstuk 5 van de Tw van toepassing, omdat TenneT de niet-gebruikte glasvezels uit haar netwerk in gebruik geeft aan Relined. Relined kan die vervolgens verhuren aan derden. Volgens de FPG stellen TenneT en Relined de grondeigenaren echter niet op de hoogte van dat gebruik, zoals Hoofdstuk 5 van de Tw verplicht. Bovendien moet TenneT volgens de FPG eerst met de grondeigenaar overeenstemming bereiken over eventueel commercieel gebruik van de overcapaciteit.

De ACM heeft in 2019 het handhavingsverzoek van de FPG afgewezen en vervolgens ook het bezwaar dat de FPG daartegen had ingesteld. In 2021 bepaalde de rechtbank echter dat de ACM onvoldoende onderzoek had gedaan. De ACM diende voor vier door de FPG genoemde locaties opnieuw te onderzoeken of TenneT en/of Relined de Tw hebben overtreden.

In deze tweede beslissing op bezwaar stelt de ACM vast dat TenneT haar infrastructuur inclusief de overcapaciteit aanlegt ten dienste van haar elektriciteitsnetwerk. Het ontstaan van overcapaciteit is een bijkomstigheid van het netontwerp van TenneT; zij legt de overcapaciteit niet aan met de bedoeling om glasvezels vervolgens als OECN te verhuren (via Relined). Hoofdstuk 5 van de Tw is daarom bij de aanleg van deze glasvezelkabels niet van toepassing. Als TenneT of Relined een reeds aangelegde glasvezelkabel op een later moment verhuurt, dan wordt Hoofdstuk 5 van de Tw alsnog van toepassing op de betreffende glasvezelinfrastructuur. Bij ingebruikname of buitengebruikstelling van een glasvezelkabel voor commerciële verhuur, evenals bij onderhoudswerkzaamheden, moeten TenneT en/of Relined de betrokken grondeigenaar hierover informeren.

De ACM heeft voor de vier door de FPG aangedragen locaties onderzocht of sprake is van gebruik ten behoeve van een OECN (verhuur aan derden). Dat blijkt niet het geval, zodat Hoofdstuk 5 van de Tw op deze locaties thans niet van toepassing is. De ACM bevestigt haar eerdere besluit om het handhavingsverzoek af te wijzen.

## 1. Inleiding

1. Dit is de tweede beslissing van de ACM op het bezwaar van de FPG tegen het besluit van 13 maart 2019.<sup>1</sup> Bij dat besluit stelde de ACM het handhavingsverzoek van de FPG tegen TenneT en Relined buiten behandeling, omdat dit verzoek onvoldoende was onderbouwd. In bezwaar nam de ACM het handhavingsverzoek alsnog in behandeling, maar wees zij dit af, omdat er geen aanwijzingen waren voor een overtreding van de Telecommunicatiewet (Tw).<sup>2</sup> Deze eerste beslissing op bezwaar is vernietigd door de rechtbank Rotterdam bij uitspraak van 18 mei 2021 (hierna: de rechtbankuitspraak).<sup>3</sup> De rechtbank oordeelde – kort samengevat – dat de ACM onvoldoende onderzoek had gedaan naar mogelijke overtredingen van de Tw door TenneT en Relined. Daarom heeft de ACM ter voorbereiding van dit besluit aanvullend onderzoek gedaan naar de door de FPG gemaakte verwijten.
  2. Volgens de FPG houden TenneT en Relined zich niet aan de regels van de Tw. In het handhavingsverzoek stelt de FPG dat TenneT via haar dochteronderneming Relined heimelijk de onbenutte overcapaciteit<sup>4</sup> op glasvezelkabels, die bij hoogspanningsverbindingen worden aangelegd, beschikbaar stelt voor de commerciële verhuur van dataverbindingen. Ter ondersteuning van dit verwijt heeft de FPG informatie aangeleverd ten aanzien van vier concrete locaties van haar leden waar deze situatie zich zou voordoen. Het gaat om **[vertrouwelijk: locaties 1, 2, 3 en 4]**. Met het begrip locatie wordt hier bedoeld: het terrein waarin of waarboven een deel van een doorgaande glasvezelkabel en/of daaraan ondersteunende infrastructuur (zoals een mantelbuis) loopt.
  3. Het onderzoek gaat over de naleving van Hoofdstuk 5 van de Tw. Dit hoofdstuk bevat regels over het aanleggen van kabels en andere infrastructuur voor openbare elektronische communicatienetwerken (hierna: OECN). Grondeigenaren kunnen op grond van Hoofdstuk 5 van de Tw verplicht worden om te gedogen dat in of op hun gronden een OECN wordt aangelegd en in stand wordt gehouden. Voor een partij die ten behoeve van een OECN infrastructuur wil aanleggen, gelden daarbij bepaalde (procedure)regels die bedoeld zijn om de belangen van grondeigenaren te waarborgen. Behalve een gedoogverplichting op grond van de Tw kan ook een gedoogverplichting gelden op grond van de Belemmeringenwet Privaatrecht (Wet BP). De ACM is niet bevoegd tot handhaving van de Wet BP, maar moet bij de uitoefening van haar bevoegdheden wel rekening houden met eventueel reeds bestaande Wet BP-gedoogplichten. Onderdeel van het onderzoek is daarom eveneens de vraag in hoeverre de gedoogplicht geldt op grond van die wettelijke grondslag.
  4. De ACM heeft naar aanleiding van de rechtbankuitspraak allereerst onderzoek gedaan om te bepalen of Hoofdstuk 5 van de Tw van toepassing is op deze vier locaties. Zij heeft vervolgens onderzocht of TenneT dan wel Relined zich op deze vier locaties schuldig hebben gemaakt aan een overtreding van artikel 5.2, tiende lid, en/of 5.3, eerste lid, van de Tw. Deze bepalingen verplichten een aanbieder van een OECN om het aan gedoogplichtigen te melden wanneer kabels ten dienste van een OECN in of uit gebruik worden genomen (art. 5.2, tiende lid) en wanneer zij het voornemen hebben om werkzaamheden uit te voeren in verband met de aanleg, instandhouding of opruiming van kabels (art. 5.3, eerste lid).
- Leeswijzer*
5. Hierna beschrijft de ACM het verloop van de besluitvormingsprocedure (hoofdstuk 2) en beschrijft zij de feitelijke bevindingen en de zienswijzen van partijen (hoofdstuk 3). Aansluitend volgt de beoordeling door de ACM (hoofdstuk 4).

<sup>1</sup> ACM/UIT/503220.

<sup>2</sup> ACM/UIT/515550.

<sup>3</sup> Uitspraak van de rechtbank Rotterdam van 18 mei 2021, ECLI:NL:RBROT:2021:4237.

<sup>4</sup> Een glasvezelkabel bevat meerdere glasvezels. TenneT gebruikt een deel daarvan voor het beheer van het elektriciteitsnetwerk. De overige vezels hebben te gelden als overcapaciteit.

## 2. Het verloop van de procedure

6. Bij besluit van 13 maart 2019 (hierna: het bestreden besluit) heeft de ACM het handhavingsverzoek van de FPG niet in behandeling genomen, omdat de FPG volgens de ACM onvoldoende gegevens had verstrekt om de aanvraag in behandeling te kunnen nemen.
7. Bij besluit van 31 januari 2020 (hierna: het eerste besluit op bezwaar) heeft de ACM de bezwaren van de FPG ongegrond verklaard, het handhavingsverzoek deels alsnog in behandeling genomen en het handhavingsverzoek in zoverre afgewezen.
8. Bij uitspraak van 18 mei 2021 heeft de rechtbank Rotterdam het eerste besluit op bezwaar vernietigd en de ACM opgedragen om met inachtneming van deze uitspraak een nieuwe beslissing op bezwaar te nemen.
9. Bij brief van 30 juni 2021<sup>5</sup> heeft de Directie Juridische Zaken (DJZ) van de ACM aan de FPG gemeld dat zij de zaak voor nader onderzoek heeft overgedragen aan de Directie Telecom Vervoer en Post (DTVP) van de ACM.
10. Op 23 februari 2022<sup>6</sup> heeft DJZ het door DTVP opgestelde rapport van feitelijke bevindingen (hierna: het rapport) verstrekt aan de FPG, TenneT en Relined (hierna gezamenlijk: partijen).
11. TenneT en Relined hebben aangegeven opmerkingen te willen plaatsen bij enkele feitelijke vaststellingen in het rapport. Op verzoek van de ACM hebben zij die opmerkingen geplaatst bij de verslagen van de bedrijfsbezoeken. Deze verslagen zijn vervolgens aldus gewijzigd vastgesteld.<sup>7</sup>
12. Op 12 april 2022<sup>8</sup> heeft DJZ de aan het rapport ten grondslag liggende stukken verstrekt aan partijen.
13. Bij brieven van 2 mei 2022 (Relined)<sup>9</sup> en 3 mei 2022 (FPG en TenneT)<sup>10</sup> hebben partijen hun schriftelijke zienswijzen gegeven op het rapport en de overgelegde stukken.
14. Op 17 mei 2022 heeft ten kantore van de ACM een hoorzitting plaatsgevonden, waarbij partijen hun standpunten mondeling hebben kunnen toelichten. Van deze hoorzitting is een verslag gemaakt<sup>11</sup> dat op 22 juni 2022 is toegezonden aan partijen.<sup>12</sup> De opmerkingen van partijen zijn vervolgens toegevoegd aan het dossier.<sup>13</sup>
15. Naar aanleiding van de hoorzitting heeft de ACM op 28 juni 2022 aanvullende informatie opgevraagd bij Relined en TenneT. Bij brieven van 12 juli 2022 (Relined)<sup>14</sup> en 29 juli 2022 (TenneT)<sup>15</sup> hebben zij hierop gereageerd. De ACM heeft partijen in de gelegenheid gesteld een reactie te geven op de door Relined en TenneT aangeleverde informatie. De FPG heeft bij brief van 8 september 2022 van deze gelegenheid gebruikgemaakt.<sup>16</sup>

## 3. Bevindingen onderzoek en zienswijzen

16. In dit hoofdstuk benoemt de ACM de voor de beoordeling relevante feiten en omstandigheden. In paragraaf 3.1 beschrijft de ACM de resultaten van het aanvullend onderzoek, zoals vastgelegd in het rapport van bevindingen van DTVP. TenneT en Relined hebben opmerkingen geplaatst bij enkele

---

<sup>5</sup> ACM/UIT/557284.

<sup>6</sup> ACM/UIT/571893, ACM/UIT/571921, ACM/UIT/572332.

<sup>7</sup> ACM/UIT/574700, ACM/UIT/574816, ACM/UIT/574822.

<sup>8</sup> ACM/UIT/575328, ACM/UIT/575332, ACM/UIT/575329.

<sup>9</sup> ACM/IN/692739.

<sup>10</sup> ACM/IN/692742 en ACM/IN/692800.

<sup>11</sup> ACM/UIT/578620.

<sup>12</sup> ACM/UIT/579241, ACM/UIT/579248, ACM/UIT/579249.

<sup>13</sup> ACM/IN/700859.

<sup>14</sup> ACM/IN/703747.

<sup>15</sup> ACM/IN/709329.

<sup>16</sup> ACM/IN/714210.

feitelijke vaststellingen in het rapport. Partijen hebben vervolgens schriftelijk en mondeling hun zienswijzen gegeven (paragraaf 3.2). In paragraaf 3.3 beschrijft de ACM de reacties van partijen op aanvullende vragen van de ACM.

### 3.1. Het rapport van feitelijke bevindingen

17. Hierna worden de belangrijkste bevindingen en de voorlopige conclusies samengevat uit het rapport van feitelijke bevindingen van DTVP.

#### 3.1.1. Overeenkomsten en afspraken TenneT en Relined (paragraaf 3.1)

18. In paragraaf 3.1 van het rapport stelt DTVP vast dat tussen TenneT en Relined afspraken zijn gemaakt over het gebruik van de overcapaciteit van TenneT. Tussen hen is in februari 2017 een gebruiksovereenkomst gesloten met verschillende bijlagen. De overeenkomst bevat een definitie van de overcapaciteit van TenneT en de afspraak dat deze in gebruik wordt gegeven aan Relined, alsmede de voorwaarden waaraan Relined moet voldoen.

19. Artikel 1, sub e van de gebruiksovereenkomst definieert het begrip ‘overcapaciteit’ en luidt:

*“De capaciteit op de glasvezelinfrastructuur van TenneT welke niet benodigd is voor het uitvoeren van wettelijke taken of overige activiteiten door TenneT.”*

20. Artikel 2, eerste lid, van de gebruiksovereenkomst luidt:

*“Met deze gebruiksovereenkomst geeft TenneT de overcapaciteit in gebruik aan Relined.”*

21. Artikel 4, eerste lid, van de gebruiksovereenkomst luidt:

*“Relined verkrijgt het recht om na overleg met TenneT de overcapaciteit te gebruiken voor de aanleg van nieuwe glasvezelinfrastructuur. Aanlegmethode, herstellmethode en gebruikte materialen moeten voldoen aan het technisch beleid, programma van eisen en de specificaties die TenneT stelt.”*

22. In de bijlagen bij de gebruiksovereenkomst worden de financiële en operationele afspraken en procedures tussen TenneT en Relined nader uitgewerkt. In de bijlage “Dossier Afspraken en procedures (DAP) & Service Level Agreement (SLA)” (hierna: DAP/SLA)<sup>17</sup> wordt onder 3.3 ingegaan op het vezelgebruik. Paragraaf 3.3 DAP/SLA vermeldt daarover:

*“Onder de aan Relined ter beschikking gestelde overcapaciteit van glasvezelkabels in het TenneT glasvezelnetwerk wordt verstaan alle glasvezelkabels waaraan door TenneT geen functie is toegekend.*

- Voor glasvezelkabels bestaande uit minder dan 24 vezels zijn 8 vezels bestemd voor gebruik door TenneT. Aan de overige vezels heeft TenneT geen functie toegekend en staan dus ter beschikking aan Relined.*
- Voor glasvezelkabels bestaande uit 24 of meer vezels zijn 12 vezels bestemd voor gebruik door TenneT. Aan de overige vezels heeft TenneT geen functie toegekend en staan dus ter beschikking aan Relined.”*

23. Uit de DAP/SLA volgt volgens de onderzoekers verder dat TenneT en Relined eigen informatiesystemen gebruiken voor de registratie van de ligging en de lasgegevens van het glasvezelnetwerk. Relined en TenneT kunnen daarbij elkaars administratie raadplegen. De onderzoekers stellen vast dat TenneT jaarlijks factureert voor het gebruik van overcapaciteit.

---

<sup>17</sup> Deze bijlage bevat gecombineerd de in de gebruiksovereenkomst vermelde bijlagen 3 SLA en 4 DAP (ACM/IN/653174).

24. Het rapport beschrijft verder de gebruikelijke procedure bij een aanvraag van Relined om glasvezelcapaciteit bij TenneT op een bepaald tracé. Als grondeigenaren bezwaar hebben gemaakt tegen commercieel gebruik, weigert TenneT het verzoek.
25. Tot slot van paragraaf 3.1 van het rapport stellen de onderzoekers vast dat uit het onderzoek bij TenneT is gebleken dat TenneT bij het ontwerpen van de bovengrondse glasvezelverbindingen rekening houdt met de mogelijkheid van afname van glasvezeltoegang door Relined. De onderzoekers wijzen daarbij op een foto van een bovengrondse glasvezelinstallatie, waarop een fysieke koppeling mogelijk is gemaakt ten behoeve van (partners van) Relined.

### **3.1.2. Overeenkomsten en regelingen tussen TenneT en grondeigenaren (paragraaf 3.2)**

26. In paragraaf 3.2 van het rapport stellen de onderzoekers vast dat TenneT gerechtigd is om de hoogspanningstracés (inclusief het glasvezelnetwerk) aan te leggen op basis van een beschikking zoals bedoeld in artikel 5 van de Wet BP dan wel op basis van een zakelijk recht overeenkomst (ZRO) met de betreffende grondeigenaar. De glasvezelverbindingen worden beschouwd als onderdeel van het hoogspanningsnetwerk. Middels de beschikking of ZRO wordt een recht van opstal gevestigd ten behoeve van TenneT. De standaard aangeboden ZRO bevat geen clausules of verklaringen over de mogelijkheid van beschikbaarstelling van glasvezelovercapaciteit aan Relined. Grondeigenaren zijn langs die weg niet op de hoogte van deze mogelijkheid. TenneT heeft echter aangegeven dat er niet wordt overgegaan tot commercieel gebruik van overcapaciteit bij verzoeken of klachten van grondeigenaren hieromtrent. Voor de vier onderzochte locaties is een beschikking op grond van de Wet BP afgegeven. De beschikking van locatie 4 dateert van lang voor de totstandkoming van Relined.
27. In dat verband is relevant dat de onderzoekers in paragraaf 4.3 van het rapport vaststellen dat in de beschikking bij locatie 3<sup>18</sup> is opgenomen dat die beschikking niet ziet op commercieel gebruik. Een dergelijke overweging ontbreekt in de beschikkingen bij de locaties 1, 2 en 4.

### **3.1.3. Onderzoek in de technische administraties voor de vier in het geding zijnde locaties (paragrafen 3.3 t/m 3.5)**

28. In de paragrafen 3.3 t/m 3.5 van het rapport hebben de onderzoekers de resultaten opgenomen van het onderzoek in de technische administraties van Relined en TenneT voor de vier locaties waar het handhavingsverzoek betrekking op heeft.
29. In de technische administratie van Relined worden de tracés weergegeven waarop Relined gebruik kan maken van glasvezel van TenneT. Deze informatie is gebaseerd op een datadump afkomstig van TenneT van begin jaren 2000, aangevuld met door Relined daadwerkelijk verhuurde *dark fiber*-tracés. Desgevraagd heeft Relined laten zien dat de tracés over locaties 1, 2 en 3 niet in haar technische administratie zijn opgenomen. Relined heeft aangegeven dat deze tracés dan niet in de datadump van TenneT zullen hebben gezeten. Ten aanzien van locatie 4 heeft Relined laten zien dat dit tracé wel in haar technische administratie voorkomt, maar dat er op dat tracé geen actieve leveringen zijn of in het verleden hebben plaatsgevonden.
30. Uit de technische administratie van TenneT blijkt dat, voor zover zich op de vier locaties glasvezelkabels van TenneT bevinden, er geen registratie is van gebruik door Relined. Op locaties waar zich geen glasvezels bevinden, liggen een aantal lege PVC-buizen die gebruikt kunnen worden voor (het inblazen van) telecomkabels (hierna: mantelbuizen of *ducts*). Er is daarom ook geen registratie van gebruik van Relined.

---

<sup>18</sup> In het rapport staat hier abusievelijk locatie 4 vermeld.

### 3.1.4. Voorlopige conclusies rapport van bevindingen (paragrafen 4.1 t/m 4.4)

31. De paragrafen 4.1 en 4.2 van het rapport bevatten een verkorte weergave van de onderzoeksopzet en van de bevindingen. In de paragrafen 4.3 en 4.4 zijn de voorlopige conclusies opgenomen. Zij luiden - samengevat weergegeven - als volgt:

#### Toepasselijkheid hoofdstuk 5 van de Tw

Volgens de onderzoekers heeft TenneT (nagenoeg) ongeclausuleerd de overcapaciteit van zijn glasvezelnetwerk bij voorbaat aan Relined ter beschikking gesteld ten behoeve van (hoofdzakelijk openbare) elektronische communicatiediensten (OECN). Hiermee wordt het glasvezel, dat in principe is aangelegd als ondersteunend onderdeel van het hoogspanningsnetwerk, tevens een OECN. Daarmee zijn volgens de onderzoekers de bepalingen van Hoofdstuk 5 van de Tw van toepassing op de aanleg, instandhouding en opruiming van de glasvezelinfrastructuur van TenneT. TenneT treedt bij de aanleg van het glasvezel (waarvan overcapaciteit aan Relined wordt verkocht) vermoedelijk op als degene die in eigen naam en voor eigen rekening kabels ten dienste van een OECN aanlegt als bedoeld in artikel 5.1 van de Tw. Uit Hoofdstuk 5 van de Tw vloeien zodoende verplichtingen voort voor TenneT als aanbieder van een OECN. De onderzoekers wijzen erop dat op de eigenaars van de betrokken locaties een gedoogplicht rust (artikel 5.2, tweede lid, jo. artikel 5.2, zesde lid Tw). Op TenneT rust een informatieverplichting (artikel 5.2, tiende lid Tw en artikel 5.3, eerste lid, aanhef en onder a Tw).

#### Mogelijke overtreding artikel 5.2, tiende lid Tw (melding ingebruikname kabels)

Volgens de onderzoekers kan deze informatieverplichting (zijn) ontstaan ofwel op het moment waarop de gebruiksovereenkomst werd gesloten (eerste lezing), ofwel op het moment dat sprake is van daadwerkelijke levering van (actieve) telecommunicatiediensten (tweede lezing). Wordt de tweede lezing gevolgd, dan is in dat geval geen sprake van schending van de informatieverplichting omdat op de vier onderzochte locaties geen actieve diensten zijn geleverd. De onderzoekers voegen hieraan toe dat de gevolgen van het niet melden van de in- of uitgebruikname in de praktijk beperkt zijn, aangezien de aanleg van het netwerk plaatsvond op basis van de Wet BP. De kabels blijven daarmee onder een gedoogplicht vallen en hoeven daardoor niet verwijderd te worden, ook al zijn zij niet in gebruik als OECN.

#### Mogelijke overtreding artikel 5.3, eerste lid, aanhef en onder a Tw (melding bij werkzaamheden)

De onderzoekers stellen vast dat – wanneer wordt uitgegaan van de eerste lezing hiervoor – bij eventuele werkzaamheden uitgevoerd na de inwerkingtreding van de gebruiksovereenkomst t.b.v. de aanleg, instandhouding of opruiming van kabels, mantelbuizen of netwerkaansluitpunten, op TenneT de plicht rustte om de rechthebbenden ten aanzien van de onderzochte locaties van die werkzaamheden in kennis te stellen. Nu TenneT de rechthebbenden van locaties 1, 2 en 3 niet in kennis heeft gesteld van de aanleg van een OECN, zou zij daarmee in strijd hebben gehandeld met de verplichtingen van artikel 5.3, eerste lid, aanhef en onder a van de Tw. Ten aanzien van locatie 4 geldt dit alleen voor zover er onderhoud is gedaan aan de kabels, aangezien deze infrastructuur reeds voor de inwerkingtreding van de gebruiksovereenkomst is aangelegd. Ook hier is het volgens de onderzoekers de vraag welke gevolgen het niet melden van de aanleg van een OECN in de praktijk heeft, in dit geval bij een gezamenlijke aanleg van een elektriciteitsnetwerk en telecomnetwerk (eigen gebruik en commercieel gebruik). De glasvezelkabels betreffen (op basis van de Wet BP rechtmatig aangelegde) bestaande kabels. Een melding bij de aanleg zou de grondeigenaar geen additionele rechten of mogelijkheden hebben verschaft.

### 3.2. Schriftelijk reacties en mondelinge toelichting naar aanleiding van het rapport van feitelijke bevindingen

#### Feitelijke opmerkingen TenneT bij het rapport

32. Na ontvangst van het rapport heeft TenneT op 18 maart 2022 opmerkingen geplaatst bij een van de feitelijke bevindingen in het rapport. In paragraaf 3.1 van het rapport wordt vastgesteld dat TenneT bij het ontwerpen van de bovengrondse glasvezelverbindingen rekening houdt met de mogelijkheid van afname van glasvezeltoegang door Relined. Het rapport wijst daarbij op een door TenneT verstrekte foto met daarop *“een bovengrondse glasvezelinstallatie waarop een fysieke koppeling mogelijk is gemaakt ten behoeve van (partners van) Relined”*. TenneT stelt echter dat zij bij de aanleg van haar netwerk geen rekening houdt met toegang voor Relined. Het op de foto afgebeelde netwerkdeel dient ertoe de glasvezelkabels van twee netwerksecties met elkaar te verbinden. Een dergelijke ‘lus’ kan ook worden gebruikt als koppelpunt voor Relined, maar is daar niet specifiek voor bedoeld.<sup>19</sup> Het verslag van het bedrijfsbezoek aan TenneT is dienovereenkomstig gewijzigd.<sup>20</sup>
33. Partijen zijn vervolgens in de gelegenheid gesteld om hun zienswijzen te geven op het rapport van bevindingen van de onderzoekers van DTVP en het door de ACM verstrekte dossier. Samengevat weergegeven hebben partijen het volgende aangevoerd.

#### Zienswijze FPG

34. De FPG betoogt dat de ACM haar onderzoek niet had moeten beperken tot de vier voorbeeldlocaties die de FPG eerder in de procedure had aangevoerd. Na de vernietiging van de eerste beslissing op bezwaar door de rechtbank Rotterdam heeft de FPG bij brief van 21 juli 2021 een overzicht toegestuurd aan de ACM van andere percelen van FPG-leden waarop of waarin zich hoogspanningsverbindingen bevinden en waar zich overtredingen van de Tw zouden kunnen voordoen.<sup>21</sup> In deze brief verzocht de FPG de ACM nadrukkelijk om die percelen te betrekken in haar onderzoek, maar dit heeft de ACM ten onrechte niet gedaan.
35. Volgens de FPG bevestigt het rapport van bevindingen voorts haar vermoeden dat TenneT en Relined zonder instemming van grondeigenaren OECN's in gebruik hebben genomen boven of in de vier onderzochte percelen, of dat tenminste op deze locaties met die doelstelling overcapaciteit is gecreëerd. Uit de gebruiksovereenkomst blijkt dat in de praktijk vrijwel altijd meer glasvezelinfrastructuur wordt aangelegd dan benodigd voor het beheer van een hoogspanningsverbinding, en dat Relined gebruik van deze overcapaciteit kan afdwingen zonder de daarvoor benodigde toestemming van de grondeigenaar. Ook blijkt uit het rapport van bevindingen dat TenneT bij het ontwerpen van bovengrondse glasvezelverbindingen rekening houdt met de mogelijkheid van afname van glasvezeltoegang door Relined. De voorlopige gevolgtrekkingen die DTVP aan deze feiten verbindt zijn volgens de FPG echter onjuist althans onvolledig. De FPG betoogt dat de Wet BP geen grondslag biedt voor het creëren van overcapaciteit. Dat betekent dat TenneT in overeenstemming met de artikelen 5.2 en 5.3 van de Tw dient te handelen, zodra er sprake van is dat zij ruimte in of boven de grond van grondeigenaren wenst te gebruiken ten behoeve van voorzieningen bedoeld voor een OECN. De praktijk leert dat TenneT dat niet doet. Voor zover de FPG bekend is, wordt in de gesprekken tussen TenneT en grondeigenaren nimmer separaat invulling gegeven aan de overlegverplichting van artikel 5.3 van de Tw en wordt ook nimmer door TenneT een beschikking bij de ACM aangevraagd als bedoeld in artikel 5.3, tweede lid, van de Tw.
36. De FPG betoogt voorts dat er nooit een wettelijke gedoogplicht kan ontstaan voor een OECN in of boven particulier terrein voor zover sprake is van lokale kabels in de zin van artikel 5.2, tweede lid, van de Tw, en evenmin voor een OECN boven of in een tuin of erf, behoudens indien dit noodzakelijk is om gebruikers aan te sluiten zoals bedoeld in artikel 5.2, derde lid, van de Tw. De algemene stelling in het

<sup>19</sup> ACM/IN/445860.

<sup>20</sup> ACM/INT/436901. Het verslag van het bedrijfsbezoek aan Relined is eveneens opnieuw vastgesteld (ACM/INT445853 en ACM/INT/437548).

<sup>21</sup> ACM/IN/653172.

rapport van bevindingen dat op de eigenaars van de in het geding zijnde locaties een wettelijke gedoogplicht rust, is dus niet correct. Voor mantelbuizen geldt ingevolge de Tw überhaupt geen wettelijke gedoogplicht, aldus de FPG. Voor het gebruik hiervan is toestemming van de eigenaar nodig op de voet van art. 5a.7 van de Tw.

37. De FPG komt tot de slotsom dat TenneT door (i) het creëren van overcapaciteit en (ii) het aan Relined ter beschikking stellen van overcapaciteit in strijd handelt met het eigendomsrecht van artikel 5:1 van het Burgerlijk Wetboek en de artikelen 5.2, tweede en derde lid, en 5.3 van de Tw.

Zienswijzen TenneT en Relined

38. Ten aanzien van de reikwijdte van het onderzoek betoogt TenneT dat de ACM zich terecht beperkt heeft tot de vier in het rapport van bevindingen genoemde voorbeeldlocaties. TenneT verzet zich tegen verdere uitbreiding van het onderzoek binnen de context van de onderhavige bezwaarprocedure. Zij betoogt dat de FPG voor een breder onderzoek een nieuw handhavingsverzoek zou moeten indienen, waarop een nieuw primair besluit zou moeten volgen.
39. Wat de uitkomsten van het aanvullend onderzoek betreft, stellen TenneT en Relined zich beide op het standpunt dat DTVP in haar rapport van bevindingen ten onrechte concludeert dat Hoofdstuk 5 van de Tw van toepassing is op de aanleg van glasvezelinfrastructuur door TenneT. Noch uit de gebruiksovereenkomst, noch uit de inrichting van het glasvezelnetwerk van TenneT blijkt volgens hen dat die infrastructuur wordt aangelegd voor een ander doel dan het beheer van het hoogspanningsnetwerk.
40. Volgens TenneT en Relined legt TenneT haar glasvezelnetwerk aan op grond van een gedoogplicht op grond van de Wet BP of op basis van een ZRO, ten behoeve van haar eigen – gesloten – telecommunicatienetwerk. De gebruiksovereenkomst tussen TenneT en Relined vermeldt weliswaar dat TenneT de overcapaciteit in gebruik geeft aan Relined, maar dit houdt niet per definitie in dat Relined op alle hoogspanningstracés ook daadwerkelijk gebruik kan maken van glasvezels. Voor daadwerkelijke ingebruikname op een bepaald tracé is eerst concrete toestemming van TenneT nodig. Wanneer een klant van Relined geïnteresseerd is in een glasvezelverbinding op het netwerk van TenneT, dient Relined een verzoek tot gebruik van die glasvezelverbinding in. Het is aan TenneT om dit verzoek al dan niet te accorderen. Hierbij geldt dat de wettelijke beheertaken van TenneT altijd voorrang hebben. De gebruiksovereenkomst legt ook vast dat (slechts) een *deel* van de overcapaciteit van TenneT in gebruik is bij Relined. Dit is ook in lijn met (Bijlage 1 bij) de gebruiksovereenkomst, waaruit blijkt dat Relined alleen een vergoeding betaalt voor het daadwerkelijke aantal glasvezels dat zij gebruikt.
41. Ook de stelling in het rapport van bevindingen dat TenneT in de ontwerpfase van glasvezelverbindingen rekening zou houden met de mogelijkheid van afname van glasvezeltoegang door Relined, is volgens beide partijen feitelijk onjuist. TenneT legt haar glasvezelverbindingen enkel aan ten behoeve van haar eigen beheertaak van het hoogspanningsnetwerk. Tijdens het onderzoek heeft TenneT aan DTVP toegelicht op welke plekken in haar netwerk Relined verbindingen kan inkoppelen. Dit kan zij doen bij zogenoemde koppelpunten, die zich op verschillende plekken in de glasvezelinfrastructuur van TenneT bevinden. De aanwezigheid en de locatie van deze koppelpunten worden echter gedictieerd door technische omstandigheden, die samenhangen met de beheertaak van TenneT, en niet door eventuele wensen van Relined. De glasvezeltracés van TenneT bestaan namelijk niet uit één kabel, maar uit meerdere kabels – van maximaal enkele kilometers lang – die door middel van koppelpunten aan elkaar dienen te worden bevestigd. De koppelpunten worden dus niet aangelegd ten behoeve van toekomstig gebruik door Relined, maar betreffen feitelijk de enige punten in het netwerk waarop Relined haar verbindingen in *kan* koppelen.
42. Het voorgaande betekent in de visie van TenneT en Relined dat Hoofdstuk 5 van de Tw niet van toepassing is op de aanleg van glasvezelinfrastructuur door TenneT, nu die aanleg niet plaatsvindt ten dienste van een OECN. Een glasvezelverbinding van TenneT wordt pas onderdeel van een OECN wanneer de betreffende glasvezel(paren) daadwerkelijk door Relined in gebruik worden genomen. Op dat moment wordt de gedoogplicht uit de Tw van rechtswege van toepassing. Nu op de vier



onderzochte percelen geen sprake is van gebruik van glasvezelverbindingen door Relined, is Hoofdstuk 5 van de Tw daarop niet van toepassing.

43. Ter hoorzitting heeft TenneT hier nog aan toegevoegd dat de datum van sluiten van de gebruiksovereenkomst aanmerken als het moment van ingebruikname als bedoeld in artikel 5.2, tiende lid, van de Tw niet zou passen bij het systeem van Hoofdstuk 5 van de Tw. In dat geval zou een aanbieder van een OECN namelijk een permanente gedoogplicht kunnen creëren door al zijn kabels ter beschikking te stellen aan een dochteronderneming, ongeacht of die dochteronderneming daar daadwerkelijk van gebruikmaakt. In het licht van de opruimplicht van artikel 5.2, negende lid, van de Tw kan dit volgens TenneT niet de bedoeling zijn. Ook dit duidt erop dat pas sprake is van instandhouding van kabels ten behoeve van een OECN wanneer de betreffende kabels daadwerkelijk als zodanig worden gebruikt.

### 3.3. Aanvullende informatie van Relined en TenneT

44. In vervolg op de hoorzitting heeft de ACM Relined op 28 juni 2022 gevraagd om bijlage 1 bij de gebruiksovereenkomst in te brengen. Relined heeft deze bijlage toegestuurd aan de ACM.<sup>22</sup> De bijlage bevat een overzicht van de verschillende tracéstukken die door Relined in gebruik zijn. Dit betreft de jaarlijks door TenneT aan Relined ter beschikking gestelde overcapaciteit sinds 2017 tot en met 2021. In de bijlage is voor ieder jaar opgenomen hoeveel meter vezels worden gebruikt per SPANID. Het SPANID is volgens Relined een unieke code waarmee in het systeem van Relined de lijnen waar vezels gebruikt worden, worden aangegeven. Uit het overzicht blijkt dat in de meeste gevallen per SPANID 2 vezels (1 paar) of 4 vezels (2 paar), dan wel 6 vezels (3 paar) van een glasvezelkabel worden gebruikt door Relined. Een enkele keer gaat het om 8 vezels (4 paar) per SPANID.
45. De ACM heeft eveneens op 28 juni 2022 TenneT gevraagd een nadere toelichting te geven over de wijze waarop zij haar netwerk inricht. De ACM verzocht TenneT onder meer haar standpunt toe te lichten dat zij bij de aanleg van haar netwerk gebruik maakt van standaard beschikbare glasvezelkabels, als gevolg waarvan overcapaciteit ontstaat. Verder heeft de ACM gevraagd om toe te lichten op welke punten Relined doorgaans toegang krijgt tot het netwerk van TenneT en om toe te lichten hoe regelmatig in termen van afstand koppelpunten (bovengronds en ondergronds) worden aangelegd. TenneT heeft bij brief van 29 juli 2022 toegelicht dat zij sinds de jaren '80 van de vorige eeuw glasvezelkabels aanlegt in haar netwerk.<sup>23</sup> Het huidige netwerk stamt grotendeels uit het begin van de jaren '90. Voor grondgebonden kabels stelt TenneT dat zij sindsdien steeds in de markt beschikbare kabels met 48 vezels heeft gebruikt. In de telecommarkt zijn inmiddels ook kabels met hogere aantallen vezels beschikbaar (96, 144 of meer). Voor luchtkabels (OPGW) geldt volgens TenneT dat in de jaren '90 het aantal vezels lager was (8 tot 24), maar dat thans bij een uitbreiding de standaard van 48-vezelige kabels worden gebruikt. Deze standaarden zijn neergelegd in door de afdeling Asset Management opgestelde specificatiedocumenten, waarvan TenneT bij haar reactie een uitsnede heeft overgelegd. Gebruik van deze standaard leidt volgens TenneT tot een uniform en daarmee kostenefficiënt netwerk. De in paragraaf 3.3 van de DAP/SLA genoemde (afwijkende) vezelaantallen zijn terug te voeren op de historische ontwikkeling en het verschil tussen ondergrondse en OPGW-kabels.
46. TenneT stelt bij ieder project uit te gaan van haar standaardconfiguratie. Voor wat betreft de vier locaties die voorwerp zijn van dit besluit, geldt dat op twee locaties conform de standaard een 48-vezelige kabel is neergelegd, op één locatie nog geen kabels zijn neergelegd (alleen lege *ducts*) en op één locatie een 14-vezelige OPGW-kabel is neergelegd. Deze kabel dateert uit 1993.
47. Met betrekking tot de koppelpunten is volgens TenneT het uitgangspunt dat Relined op bestaande koppelpunten in het netwerk inkoppelt, zoals een mast waar twee OPGW-secties elkaar ontmoeten of

<sup>22</sup> ACM/IN/703747.

<sup>23</sup> ACM/IN/709329.

een stationslocatie. Als dat niet mogelijk is, is bij wijze van uitzondering een aftakking mogelijk. Dit keuzeprocess is volgens TenneT beschreven in Bijlage D bij de DAP/SLA. De aanleg van koppelpunten in het netwerk wordt ingegeven door verschillende technische en omgevingsfactoren. Daarvoor is volgens TenneT in abstracto geen antwoord te geven. TenneT noemt onder meer de maximale lengte van een ondergrondse boring, de kruising met een object en de lengte van de glasvezelbuis. TenneT streeft daarbij naar een minimaal aantal koppelpunten.

48. De FPG geeft in reactie op de aanvullende informatie van TenneT en Relined aan dat de aangeleverde informatie over glasvezelstandaarden voor haar oncontroleerbaar is. Zij benadrukt dat commercieel medegebruik volgens haar nooit is toegestaan, omdat dit niet overeenstemt met het doel waarvoor de betreffende infrastructuur op grond van de Wet BP is aangelegd. Ook verzoekt zij de ACM opnieuw haar onderzoek uit te breiden naar alle percelen waarop zich glasvezels bevinden die door Relined worden verhuurd.

## 4. Beoordeling door de ACM

### 4.1. De reikwijdte van het aanvullend onderzoek

49. Uit de zienswijze van de FPG blijkt dat zij het niet eens is met enkele uitgangspunten van het aanvullend onderzoek dat de ACM heeft uitgevoerd. Ten eerste vindt zij dat de ACM haar (onderzoeks)taak nog steeds te beperkt opvat, nu zij haar onderzoek niet heeft uitgebreid naar de locaties die de FPG noemde in haar brief van 21 juli 2021. Ten tweede stelt de FPG dat TenneT en Relined ook artikel 5a.7 van de Tw zouden schenden, terwijl het aanvullend onderzoek alleen was gericht op (de naleving van) de artikelen 5.2 en 5.3 van de Tw. Hierover overweegt de ACM het volgende.

#### Reikwijdte onderzoek is terecht niet uitgebreid

50. Naar het oordeel van de ACM is het aanvullend onderzoek terecht beperkt tot de vier locaties die de FPG ter ondersteuning van haar handhavingsverzoek had aangevoerd. Het zijn immers deze vier locaties waarnaar de ACM blijkens de uitspraak van de rechtbank onderzoek diende te doen.<sup>24</sup>

#### Hoofdstuk 5a van de Telecommunicatiewet is niet van toepassing

51. Ook volgt de ACM de FPG niet in haar betoog dat TenneT en Relined artikel 5a.7 van de Tw zouden hebben overtreden. Zoals de rechtbank in haar uitspraak heeft bevestigd, draait deze zaak niet om 'medegebruik' zoals in die bepaling is bedoeld.<sup>25</sup> Dit betekent dat DTVP artikel 5a.7 van de Tw terecht buiten beschouwing heeft gelaten bij haar aanvullend onderzoek.

### 4.2. De Tw en de Wet BP als beoordelingskader

52. De onderhavige zaak draait om de toepassing van de artikelen 5.2 en 5.3 van de Tw. Deze artikelen regelen onder welke omstandigheden sprake is van een plicht om te gedogen dat ten dienste van een OECN kabels in of op bepaalde gronden worden aangelegd, instandgehouden of opgeruimd. Bij de toepassing van deze artikelen doet zich in de onderhavige zaak echter een bijzondere omstandigheid voor. De TenneT-infrastructuur die zich op de vier onderzochte locaties bevindt, is namelijk aangelegd op basis van gedoogbeschikkingen op grond van de Wet BP. Dit betekent dat mogelijk sprake is van samenloop van gedoogplichten op grond van deze twee wettelijke regimes. Hierna licht de ACM toe hoe zij de artikelen 5.2 en 5.3 van de Tw toepast in dit soort samenloopsituaties. Daartoe gaat de ACM eerst in op het doel en de strekking van de beide gedoogregimes.

#### Doel en strekking gedoogplichten Wet BP en Hoofdstuk 5 Tw

<sup>24</sup> Uitspraak van de rechtbank Rotterdam van 18 mei 2021, ECLI:NL:RBROT:2021:4237, r.o. 37-38.

<sup>25</sup> Uitspraak van de rechtbank Rotterdam van 18 mei 2021, ECLI:NL:RBROT:2021:4237, r.o. 24 en 25.

53. De Wet BP en Hoofdstuk 5 van de Tw streven beide vergelijkbare doelen na. De Wet BP maakt de aanleg en instandhouding mogelijk van openbare werken op gronden die niet toebehoren aan de eigenaar van die werken. Daarbij gaat het om werken waarvan het algemeen belang volgt uit specifieke wet- of regelgeving,<sup>26</sup> zoals – in het geval van TenneT – de Elektriciteitswet 1998. De Wet BP is bedoeld om een goede balans te bereiken tussen enerzijds het belang dat met de aanleg van een werk is gemoeid en anderzijds de belangen van de betrokken grondeigenaren.
54. Ook Hoofdstuk 5 van de Tw dient ertoe de aanleg en instandhouding mogelijk te maken van werken met een algemeen belang. Dat belang betreft de snelle uitrol van elektronische communicatie-infrastructuur. Om die reden maakt Hoofdstuk 5 van de Tw het mogelijk kabels ten behoeve van een OECN aan te leggen op gronden die niet toebehoren aan de eigenaar van die kabels. Hoofdstuk 5 van de Tw is erop gericht het belang van snelle uitrol van elektronische communicatie-infrastructuur te waarborgen en tegelijkertijd de belangen van andere betrokken partijen (met name grondeigenaren) voldoende te beschermen.<sup>27</sup>
55. De manier waarop een gedoogplicht tot stand komt onder de Wet BP en Hoofdstuk 5 van de Tw verschilt. De Wet BP voorziet in een *situationele* gedoogplicht die in een concreet geval bij beschikking kan worden opgelegd. Het is ook mogelijk dat tussen TenneT en de grondeigenaar onderling afspraken worden gemaakt door middel van een ZRO.<sup>28</sup> De Tw voorziet daarentegen in een *generieke* gedoogplicht die rechtstreeks uit de wet volgt.<sup>29</sup> Vanwege deze andersoortige systematiek is de rechtsbescherming voor grondeigenaren in beide wetten op een andere manier geborgd. Waar grondeigenaren onder de Wet BP hun belangen kunnen verdedigen in het kader van het traject tot oplegging van een gedoogbeschikking, kan een grondeigenaar onder Hoofdstuk 5 van de Tw om geschilbeslechting verzoeken bij de ACM (artikel 5.3, derde lid van de Tw). Het beschikkingstraject onder de Wet BP en de geschilbeslechtingmogelijkheid bij de ACM zijn er beide op gericht te borgen dat bij de uitvoering van werkzaamheden aan de vereisten voor oplegging c.q. toepassing van de gedoogplicht is voldaan, en zo ja, dat deze werkzaamheden worden uitgevoerd op een wijze die zo min mogelijk hinder oplevert voor de grondeigenaar.<sup>30</sup> Ook bevatten beide wetten een schadevergoedingsregeling in relatie tot de gedoogplicht. Die schadevergoedingsregelingen staan echter los van de oplegging c.q. toepassing van die gedoogplicht.<sup>31</sup>

Bevoegdheid ACM bij samenloop Wet BP en Hoofdstuk 5 Tw

56. Tijdens de hoorzitting bij de ACM heeft de FPG onder meer betoogd dat de wetgever een scherp onderscheid zou hebben beoogd tussen werken die op grond van de Wet BP worden aangelegd en werken die ten behoeve van een OECN worden aangelegd.<sup>32</sup> Deze werken kunnen elkaar naar hun aard niet overlappen, aldus de FPG. Dit zou betekenen dat als een gedoogplicht op grond van de ene wet van toepassing is op bepaalde infrastructuur, toepassing van een gedoogplicht op grond van de andere wet op dezelfde infrastructuur of een deel daarvan per definitie niet mogelijk zou zijn.
57. De ACM volgt de FPG niet in dit standpunt. Noch uit de Wet BP, noch uit de Tw volgt dat parallelle toepassing van beide gedoogregimes op dezelfde infrastructuur zou zijn uitgesloten. De beide wetten bevatten geen voorrangs- of conflictregeling. De ACM is daarom van oordeel dat infrastructuur

<sup>26</sup> Art. 1 van de Wet BP.

<sup>27</sup> TK 2004-2005, Kst. 29834 Nr. 3, p. 1.

<sup>28</sup> Het maken van onderlinge civiele afspraken is ook mogelijk in de context van Hoofdstuk 5 van de Tw. Zie overweging 34 van de rechtbankuitspraak: "Op grond van hoofdstuk 5 van de Tw is een rechthebbende of beheerder van een stuk grond verplicht te gedogen dat ten dienste van een OECN kabels worden aangelegd, instandgehouden of opgeruimd. Hiervoor is – anders dan FPG meent – geen toestemming van de gedoogplichtige vereist. De gedoogverplichting is een verplichting van rechtswege. Hoofdstuk 5 van de Tw laat echter onverlet dat een aanbieder civiele afspraken maakt met een rechthebbende of beheerder van een stuk grond."

<sup>29</sup> TK 2004-2005, Kst. 29834 Nr. 3, p. 5.

<sup>30</sup> Art. 1 Wet BP, "...en in het gebruik van de zaken niet meer belemmering wordt gebracht, dan redelijkerwijs voor den aanleg en de instandhouding van het werk noodig is." Op grond van de Tw wordt de hinder beperkt door aanleg op niet-openbare gronden slechts voor bepaalde soorten kabels toe te staan (art. 5.2, tweede en derde lid, van de Tw) en door geschilbeslechting mogelijk te maken over de plaats, het tijdstip en de wijze van de uit te voeren werkzaamheden (art. 5.3, tweede lid, van de Tw).

<sup>31</sup> Art. 14 van de Wet Bp, art. 5.13 van de Tw.

<sup>32</sup> ACM/UIT/578620, p. 2-3.

tegelijktijd onder beide regimes kan vallen, indien aan de voorwaarden daarvoor wordt voldaan. Bij de concrete uitleg en toepassing van de ene wet dient rekening te worden gehouden met het feit dat de andere wet ook (reeds) van toepassing is.

58. Daarbij geldt dat in geval van samenloop van regimes rekening dient te worden gehouden met de reikwijdte van de bevoegdheden van de ACM. Zoals de rechtbank overwoog, heeft de ACM geen bevoegdheden op grond van de Wet BP. Zo is de ACM niet bevoegd om de Wet BP te handhaven en evenmin om toezicht te houden op de naleving van civiele afspraken die TenneT met grondeigenaren maakt. Ook is de ACM niet bevoegd te onderzoeken of TenneT in strijd handelt met een op grond van de Wet BP opgelegde gedoogbeschikking.<sup>33</sup> De ACM dient er – met andere woorden – vanuit te gaan dat de ZRO's en gedoogbeschikkingen die zijn overeengekomen of opgelegd in de context van de Wet BP rechtmatig tot stand zijn gekomen en dat de infrastructuur die TenneT op grond hiervan heeft aangelegd noodzakelijk is voor haar publieke taken. Toepassing van Hoofdstuk 5 van de Tw mag er niet toe leiden dat een ZRO of gedoogbeschikking wordt doorkruist.
59. Hierna bespreekt de ACM hoe Hoofdstuk 5 van de Tw – gelet op het voorgaande – kan worden toegepast in relatie tot infrastructuur waarvoor een gedoogplicht geldt uit hoofde van de Wet BP.

Toepassing van Hoofdstuk 5 van de Tw op Wet BP-gedoogplichtige infrastructuur

60. Hoofdstuk 5 van de Tw is van toepassing, zo volgt uit art. 5.1 van de Tw, op de aanleg, instandhouding en opruiming van kabels ten dienste van een OECN. De rechtbank heeft daarover opgemerkt in overweging 23 van de rechtbankuitspraak: *“De hamvraag is dus of TenneT kwalificeert als aanbieder van een openbaar elektronisch communicatienetwerk. TenneT kwalificeert als zodanig als zij (...) kabels heeft aangelegd en instandhoudt om overcapaciteit aan Relined te leveren ten behoeve van een openbaar elektronisch communicatienetwerk. Eerst indien dit het geval is, kan sprake zijn van overtreding van artikel 5.2, tiende lid, dan wel artikel 5.3, eerste lid, van de Tw (...) door het niet melden van werkzaamheden of van medegebruik aan degene op wie de gedoogplicht rust.”*
61. Uit deze passage volgt dat de ACM in een concreet geval allereerst dient te onderzoeken of bepaalde kabels ten dienste van een OECN zijn aangelegd. Zijn de betreffende kabels niet met dit doel aangelegd, dan is Hoofdstuk 5 van de Tw in principe niet van toepassing. Hoofdstuk 5 van de Tw kan echter ook ná het moment van aanleg alsnog van toepassing worden op kabels die met een ander doel zijn aangelegd. Dit kan het geval zijn indien (delen van) die kabels op een later moment in gebruik worden genomen ten behoeve van een OECN. Vanaf dat moment worden deze kabels immers ten dienste van een OECN in stand gehouden. Daarom dient de ACM ook te onderzoeken of de betreffende kabels op enig moment ná de aanleg ten behoeve van een OECN zijn gebruikt. Zijn de kabels noch ten dienste van een OECN aangelegd, noch naderhand voor een OECN in gebruik genomen, dan is Hoofdstuk 5 van de Tw daar hoe dan ook niet op van toepassing.
62. Stelt de ACM vast dat bepaalde kabels ten behoeve van een OECN zijn aangelegd en/of in stand worden gehouden, dan dient zij vervolgens te onderzoeken of degene die verantwoordelijk is voor de aanleg en/of instandhouding heeft voldaan aan de artikelen 5.2, tiende lid, en 5.3, eerste lid, van de Tw.
63. Artikel 5.2, tiende lid, van de Tw brengt met zich dat degene die kabels aanlegt en/of instandhoudt die (ook) ten dienste staan van een OECN het in of uit gebruik nemen hiervan ten behoeve van een OECN dient te melden aan degene op wie de gedoogplicht rust. Dit is immers relevant voor de mogelijkheid om in de toekomst eventueel een opruimingsverzoek in te dienen als bedoeld in artikel 5.2, negende lid, van de Tw. Hoewel een opruimingsverzoek niet zal kunnen worden ingewilligd zolang de gedoogplicht op grond van de Wet BP van toepassing is, kan artikel 5.2, negende lid, van de Tw immers wel relevant worden indien de Wet BP-gedoogplicht in de toekomst zou komen te vervallen.
64. Tot slot overweegt de ACM ten aanzien van samenloopsituaties tussen de Wet BP en Hoofdstuk 5 van de Tw nog het volgende. In het geval de aanleg en/of instandhouding van bepaalde kabels reeds onder

<sup>33</sup> Uitspraak van de rechtbank Rotterdam van 18 mei 2021, ECLI:NL:RBROT:2021:4237, r.o. 23 en 34.

een gedoogplicht van de Wet BP valt, verliest een belangrijk deel van Hoofdstuk 5 van de Tw naar het oordeel van de ACM zijn praktische betekenis. Doel van Hoofdstuk 5 van de Tw is immers te borgen dat een werk dusdanig wordt vormgegeven en uitgevoerd dat hiermee een zo beperkt mogelijke inbreuk wordt gemaakt op de belangen van de grondeigenaar. In het geval op de betreffende kabels al een gedoogplicht van toepassing is op grond van de Wet BP, dan liggen de vormgeving en uitvoering van het werk – en de daarmee gepaard gaande hinder voor de grondeigenaar – reeds vast op grond van een ZRO of gedoogbeschikking. Een eventueel geschilbesluit op grond van artikel 5.3 Tw zal er dan niet toe kunnen leiden dat de op grond van de Wet BP vereiste werkzaamheden niet of op een andere wijze worden uitgevoerd.

#### 4.3. Is er in deze zaak sprake van een overtreding van de Telecommunicatiewet?

65. Vervolgens ziet de ACM zich voor de vraag gesteld of het rapport van bevindingen voldoende aanknopingspunten biedt om vast te stellen dat TenneT en/of Relined artikel 5.2, tiende lid, dan wel artikel 5.3, eerste lid, van de Tw heeft/hebben overtreden in relatie tot de vier door de FPG genoemde locaties. Zoals hiervoor is uiteengezet, dient daarvoor eerst te worden beoordeeld of TenneT kwalificeert als aanbieder van een OECN. Zij kwalificeert als aanbieder van een OECN als zij kabels aanlegt en/of instandhoudt om overcapaciteit aan Relined te leveren ten behoeve van een OECN.

##### 4.3.1. Met welk doel heeft TenneT haar glasvezelinfrastructuur aangelegd?

66. Op basis van de stukken en de zienswijzen van partijen concludeert de ACM dat TenneT haar glasvezelinfrastructuur niet heeft aangelegd om overcapaciteit aan Relined te leveren ten behoeve van een OECN. Het enige doel dat TenneT heeft bij de aanleg van haar infrastructuur betreft het beheer van het hoogspanningsnet. Niet is gebleken dat TenneT bij het ontwerp en/of de aanleg van haar glasvezelinfrastructuur op enige manier rekening houdt met de wensen van Relined om van de overcapaciteit gebruik te maken. Evenmin is gebleken dat Relined een ongeclausuleerd gebruiksrecht zou hebben ten aanzien van die overcapaciteit. Dit licht de ACM hierna toe.

##### TenneT legt glasvezelinfrastructuur aan ten behoeve van het beheer van het hoogspanningsnet

67. De ACM stelt vast dat TenneT de glasvezels en mantelbuizen die centraal staan in het handhavingsverzoek van de FPG heeft aangelegd ten behoeve van haar beheertaken voor het hoogspanningsnet. Dit blijkt uit een tweetal gedoogbeschikkingen, die de FPG ter ondersteuning van haar handhavingsverzoek heeft overgelegd. Uit die beschikkingen blijkt dat de Minister van I&W de betreffende infrastructuur als noodzakelijk onderdeel beschouwt van de te gedogen werken.
68. Zo heeft TenneT in het kader van de bezwaarprocedure inzake de aan **[vertrouwelijk: locatie 3]** opgelegde gedoogbeschikking een toelichting gegeven op het ontwerp van haar telecommunicatienetwerk.<sup>34</sup> Hierbij heeft TenneT onder andere uitgelegd dat zij glasvezelkabels aanlegt die méér vezels bevatten dan zijzelf benut voor haar telecommunicatiefunctie ten behoeve van het hoogspanningsnet. Deze overcapaciteit is, aldus TenneT, redelijkerwijs niet te vermijden, mede als gevolg van de gebruikelijke standaarden voor dit type kabels in de telecommarkt. Ook heeft TenneT uitgelegd dat de extra (lege) mantelbuis die zij standaard meelegt een storingsreserve is, die eveneens noodzakelijk is voor het beheer van het hoogspanningsnet. In het licht van deze toelichting heeft de Minister in zijn beslissing op bezwaar van 31 januari 2018 bevestigd dat deze (extra) glasvezels en mantelbuis ook onder het bereik van de gedoogbeschikking vallen:

*“Uit de reactie van TenneT van 7 december 2017 en uit de toelichting van TenneT tijdens de hoorzitting blijkt dat voor het functioneren van de 150kV-hoogspanningsverbinding Middenmeer-Westwoud een telecommunicatienetwerk moet worden aangelegd. (...) Daarmee maakt de aanleg*

<sup>34</sup> ACM/IN/438199, brief van TenneT van 7 december 2017.

van een telecommunicatienetwerk, i.c. de mantelbuizen en glasvezelkabel, terecht onderdeel uit van het werk waarvoor de gedoogplicht is opgelegd.<sup>35</sup>

69. En ook uit de beslissing op bezwaar van 19 november 2018 ten aanzien van het perceel van **[vertrouwelijk: locatie 2]** blijkt dat de mantelbuizen en glasvezelkabel onder de reikwijdte van de Wet BP-gedoogbeschikking vallen:

*“Gezien het bovenstaande zijn naar mijn oordeel de mantelbuizen en glasvezelkabel onlosmakelijk verbonden met het werk en zijn deze daarvoor ook nodig, omdat zonder telecommunicatienetwerk het werk niet kan functioneren.”<sup>36</sup>*

70. Uit het voorgaande blijkt dat TenneT de betrokken glasvezelinfrastructuur aanlegt ten behoeve van haar eigen – niet-openbare – elektronische communicatienetwerk, waarvoor gedoogplichten gelden op grond van de Wet BP.

*TenneT legt haar netwerk niet mede ten behoeven van een OECN aan*

71. Zoals hierboven uiteengezet onder randnummer 58 kan de aanleg van elektronische communicatie-infrastructuur gelijktijdig onder de Wet BP en Hoofdstuk 5 van de Tw vallen. Daarvoor is dan wel vereist dat de overcapaciteit van de infrastructuur mede ten dienste van een OECN wordt aangelegd. TenneT dient derhalve bij de aanleg het oogmerk te hebben gehad om de infrastructuur als OECN te gebruiken.
72. Uit het rapport van feitelijke bevindingen volgt dat de onderzoekers van DTVP concluderen dat TenneT de overcapaciteit van haar glasvezelnet met een dergelijk oogmerk zou aanleggen. Zij baseren deze conclusie op de volgende omstandigheden:<sup>37</sup>
- In de gedoogbeschikkingen op grond van de Wet BP voor **[vertrouwelijk: locaties 1, 2 en 4]** is niet vermeld dat de beschikkingen niet zien op aanleg of gebruik voor OECN (commercieel gebruik), terwijl dat wel het geval is in de beschikking voor **[vertrouwelijk: locatie 3]**.<sup>38</sup>
  - In de gebruiksovereenkomst stelt TenneT bij voorbaat en (nagenoeg) ongeclausuleerd de overcapaciteit aan Relined ter beschikking ten behoeve van (hoofdzakelijk openbare) elektronische communicatiediensten (OECN). Commerciële benutting van de overcapaciteit gebeurt al vanaf 2003 standaard.
73. Ook wijzen de onderzoekers in paragraaf 3.1 van het rapport van feitelijke bevindingen op de door TenneT ter beschikking gestelde foto van een bovengrondse glasvezelinstallatie. Volgens de onderzoekers is daarop een fysieke koppeling mogelijk gemaakt ten behoeve van (partners van) Relined.
74. Naar het oordeel van de ACM bieden deze bevindingen echter onvoldoende steun voor de conclusie dat TenneT de overcapaciteit aanlegt (mede) ten dienste van een OECN.
75. *Ten eerste* volgt uit de Gebruiksovereenkomst niet dat Relined een “(nagenoeg) ongeclausuleerd” gebruiksrecht zou hebben op de overcapaciteit van TenneT. Op het eerste oog schept artikel 2, eerste lid, van de Gebruiksovereenkomst inderdaad een algemeen gebruiksrecht voor Relined.<sup>39</sup> Uit diezelfde overeenkomst blijkt evenwel dat:
- Het gebruiksrecht pas in een concreet geval ontstaat na overleg met TenneT (art. 4, eerste lid, Gebruiksovereenkomst);
  - De werkzaamheden voor en werking van het hoogspanningsnet voorrang hebben boven werkzaamheden van Relined (art. 4, derde lid, Gebruiksovereenkomst);

<sup>35</sup> ACM/IN/438199, besluit van 31 januari 2018 met kenmerk RWS-2018/782, p. 3-4.

<sup>36</sup> ACM/IN/436290, besluit van 18 november 2018 met kenmerk RWS-2018/40811, p. 13.

<sup>37</sup> ACM/INT/442986 (rapport van feitelijke bevindingen), paragraaf 4.3.

<sup>38</sup> In het rapport van feitelijke bevindingen wordt **[vertrouwelijk: locatie 3]** in paragraaf 4.3 ten onrechte aangeduid als locatie 4.

<sup>39</sup> ACM/IN/653174, bijlage 1: “Met deze Gebruiksovereenkomst geeft TenneT de Overcapaciteit in gebruik aan Relined.”

- TenneT gebruik van overcapaciteit door Relined kan beëindigen indien TenneT de infrastructuur nodig heeft voor haar beheertaken (art. 2, derde lid, Gebruiksovereenkomst); en
  - Relined alleen een vergoeding betaalt aan TenneT voor de overcapaciteit die zij daadwerkelijk gebruikt (art. 5 Gebruiksovereenkomst, gelezen in samenhang met Bijlagen 1 en 2 daarbij).
76. Gelet hierop creëert de Gebruiksovereenkomst naar het oordeel van de ACM niet een *algemeen* gebruiksrecht voor Relined op alle overcapaciteit van TenneT, maar een *voorwaardelijk* recht om *waar mogelijk* gebruik te maken van specifieke, in onderling overleg te bepalen, overcapaciteit.
77. *Ten tweede* kan uit de vermelding in de beschikking op grond van de Wet BP voor **[vertrouwelijk: locatie 3]**, dat die beschikking niet ziet op commercieel gebruik van overcapaciteit, niet worden afgeleid dat TenneT haar overcapaciteit op deze of andere locaties aanlegt met het oogmerk om die te gebruiken voor een OECN. De reikwijdte van een Wet BP-beschikking is immers per definitie beperkt tot het algemeen belang waarvoor die beschikking is aangevraagd en laat – zoals in randnummer 58 hiervoor is vermeld – eventuele toepassing van Hoofdstuk 5 van de Tw onverlet. Daarbij kan uit de aanwezigheid van een dergelijke passage dan wel het ontbreken daarvan, niet worden afgeleid dat TenneT de infrastructuur aanlegt of heeft aangelegd met het oogmerk om de overcapaciteit daarvan te gebruiken ten dienste van een OECN.
78. *Ten derde* heeft het onderzoek geen aanwijzingen opgeleverd waaruit zou blijken dat TenneT bij haar netontwerp op enige wijze rekening houdt met de wens van Relined om van aanwezige overcapaciteit gebruik te maken. Het enkele feit dat TenneT haar glasvezelnet met een bepaalde mate van overcapaciteit aanlegt, duidt er niet op dat zij die overcapaciteit *ten behoeve van Relined* zou aanleggen. TenneT heeft verklaard dat de aanleg van haar glasvezelnetwerk enkel plaatsvindt ten behoeve van haar eigen gesloten elektriciteitsnetwerk.<sup>40</sup> TenneT heeft op meerdere momenten uiteengezet hoe zij haar net voor wat betreft de glasvezelkabels ontwerpt (zie onder meer de weergave in de paragrafen 3.2 en 3.3 van dit besluit).<sup>41</sup> Op grond van deze toelichting acht de ACM aannemelijk dat de overcapaciteit die daarbij ontstaat het gevolg is van de beheertaken van TenneT voor het hoogspanningsnet. Zo heeft TenneT uiteengezet dat zij in haar netwerk een type kabel gebruikt met 48 glasvezels dat standaard in de markt beschikbaar is, wat leidt tot een uniform netontwerp. TenneT heeft daartoe uitsneden uit interne specificatiedocumenten overgelegd. Uit de toelichting blijkt ook dat TenneT reeds sinds de jaren '90 van de vorige eeuw – en dus ruim vóórdat zij overging tot verhuur van overcapaciteit – (standaard)glasvezelkabels aanlegt waarvan het aantal vezels groter is dan het aantal vezels dat zij in gebruik heeft voor het beheer van haar transportnet. Ook deze omstandigheid duidt erop dat het ontstaan van overcapaciteit een gevolg is van het netontwerp van TenneT en niet van enige wens om glasvezels op commerciële basis te verhuren.
79. Voorts overweegt de ACM dat de stelling in het rapport van feitelijke bevindingen dat TenneT ten behoeve van Relined koppelpunten in haar netwerk zou hebben gerealiseerd, op een misverstand berust. Dit blijkt overtuigend uit de schriftelijke en mondelinge toelichtingen van TenneT bij de betreffende door TenneT ter beschikking gestelde foto (zoals toegelicht in de paragrafen 3.2 en 3.3 van dit besluit) en uit Bijlage D bij de DAP/SLA, waarin de procedure voor de aanleg van een aansluiting op het net van TenneT staat beschreven.<sup>42</sup> Van de zijde van de onderzoekers van DTVP werd tijdens de hoorzitting bevestigd dat de betreffende koppelpunten een gebruikelijk onderdeel vormen van het netwerk dat TenneT ten behoeve van haar eigen beheertaken aanlegt.<sup>43</sup>
80. Ten slotte maakt ook de omstandigheid dat er reeds meerdere jaren (sinds 2003) een praktijk bestaat waarbij bepaalde overcapaciteit wordt verhuurd aan Relined, niet dat TenneT haar overcapaciteit met dat oogmerk aanlegt.

<sup>40</sup> Zie o.a. de zienswijze van 3 mei 2022 (ACM/IN/692800) en tijdens de hoorzitting op 17 mei 2022 (ACM/UIT/578620).

<sup>41</sup> Zie verslag naar aanleiding van het bedrijfsbezoek (ACM/INT/445860), de zienswijze van TenneT (ACM/IN/692800) en de hoorzitting op 17 mei 2022 (ACM/UIT/578620), alsmede de reactie op het verzoek om nadere informatie (ACM/IN/709329).

<sup>42</sup> ACM/IN/653174, bijlage 5.

<sup>43</sup> ACM/UIT/578620 (verslag hoorzitting), p. 13.

Tussenconclusie

81. Op basis van het voorgaande concludeert de ACM dat TenneT de overcapaciteit van haar glasvezelnet niet ten behoeve van een OECN heeft aangelegd. Derhalve was Hoofdstuk 5 van de Tw ten tijde van de aanleg van dat net hier niet op van toepassing.

**4.3.2. Heeft TenneT haar glasvezelinfrastructuur op een later moment in gebruik gegeven als OECN (in stand houden)?**

82. Hoofdstuk 5 van de Tw kan – als aangegeven – ook op een later moment van toepassing worden op reeds aangelegde elektronische communicatie-infrastructuur. Derhalve dient te worden beoordeeld of TenneT de op de vier onderzochte locaties aangelegde glasvezelinfrastructuur op enig moment na de aanleg ervan aan Relined in gebruik heeft gegeven als OECN. Ook die vraag beantwoordt de ACM ontkennend.
83. In het rapport van bevindingen is beschreven welke onderzoekshandelingen DTVP heeft verricht naar locaties 1, 2, 3 en 4. DTVP heeft onder meer stukken opgevraagd bij TenneT en Relined en heeft tijdens bedrijfsbezoeken de technische administratie van beide ondernemingen onderzocht. Hieruit is het volgende gebleken.<sup>44</sup>

**[vertrouwelijk: Locatie 1]**

84. Op deze locatie bevindt zich een glasvezelkabel van TenneT. Uit de technische administratie van TenneT blijkt dat een deel van de in de kabel beschikbare glasvezels ‘op voorraad’ is (dat wil zeggen: niet door TenneT wordt gebruikt). Er is echter geen registratie van gebruik van deze glasvezels door Relined. Dit wordt bevestigd door de technische administratie van Relined: het tracé dat over **[vertrouwelijk: locatie 1]** loopt, komt in die administratie niet voor.
85. De ACM concludeert dat op **[vertrouwelijk: locatie 1]** geen sprake is van instandhouding van een OECN door TenneT en/of Relined.

**[vertrouwelijk: Locatie 2]**

86. Op deze locatie bevindt zich blijkens de technische administratie van TenneT geen (actieve) infrastructuur voor datacommunicatie. Gelet hierop kan op deze locatie geen sprake zijn van een OECN.
87. De ACM concludeert dat op **[vertrouwelijk: locatie 2]** geen sprake is van instandhouding van een OECN door TenneT en/of Relined.

**[vertrouwelijk: Locatie 3]**

88. Op deze locatie bevindt zich een glasvezelkabel van TenneT. Uit de technische administratie van TenneT blijkt dat een deel van de in de kabel beschikbare glasvezels ‘op voorraad’ is. Er is echter geen registratie van gebruik van deze glasvezels door Relined. Dit wordt bevestigd door de technische administratie van Relined: het tracé dat over **[vertrouwelijk: locatie 3]** loopt, komt in die administratie niet voor.
89. De ACM concludeert dat op **[vertrouwelijk: locatie 3]** geen sprake is van instandhouding van een OECN door TenneT en/of Relined.

**[vertrouwelijk: Locatie 4]**

90. Ook op deze locatie bevindt zich een glasvezelkabel van TenneT. Uit de technische administratie van TenneT blijkt dat een deel van de in de kabel beschikbare glasvezels ‘op voorraad’ is. Er is echter geen registratie van gebruik van deze glasvezels door Relined. Dit wordt bevestigd door de technische administratie van Relined. Hoewel het betreffende tracé in die administratie is opgenomen, blijkt daaruit dat er op dit tracé geen actieve leveringen zijn of in het verleden hebben plaatsgevonden.

---

<sup>44</sup> ACM/INT/442986 (rapport van feitelijke bevindingen), blz. 4-6.



91. De ACM concludeert dat op **[vertrouwelijk: locatie 4]** geen sprake is van instandhouding van een OECN door TenneT en/of Relined.

*Tussenconclusie*

92. Op geen van de onderzochte locaties is sprake van instandhouding van een OECN door TenneT en/of Relined.

#### 4.4. Conclusie beoordeling bezwaren FPG

93. De ACM concludeert dat op de vier onderzochte locaties geen sprake is van aanleg of instandhouding door TenneT van kabels ten dienste van een OECN. Dit betekent dat Hoofdstuk 5 van de Telecommunicatiewet niet op de aanleg en instandhouding van die kabels van toepassing is. Van overtreding van artikel 5.2, tiende lid, en/of 5.3, eerste lid, van de Tw kan derhalve geen sprake zijn.
94. Gelet op het voorgaande bevestigt de ACM – onder aanvulling van de motivering – haar beslissing tot afwijzing van het handhavingsverzoek van de FPG.

## 5. Besluit

De Autoriteit Consument en Markt:

- i. verklaart het bezwaar van de Federatie Particulier Grondbezit tegen het primaire besluit van 13 maart 2019 gegrond;
- ii. wijst het handhavingsverzoek van de Federatie Particulier Grondbezit af, nu ten aanzien van **[vertrouwelijk: locaties 1, 2, 3 en 4]** niet is gebleken van een overtreding van enig artikel uit Hoofdstuk 5 van de Tw.

Den Haag, **3 november 2022**

Hoogachtend,

Autoriteit Consument en Markt,  
namens deze,

mr. M.T.P.J. van Oers  
Directeur Juridische Zaken

*Als u 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 de dag waarop dit besluit bekend is gemaakt. Meer informatie over de beroepsprocedure vindt u op [www.rechtspraak.nl](http://www.rechtspraak.nl).*