



Besluit

Besluit van de Autoriteit Consument en Markt op het verzoek van KPN B.V. om een beschikking als bedoeld in artikel 5.3, derde lid, van de Telecommunicatiewet te geven in het geschil met Masys B.V.

Ons kenmerk : ACM/UIT/577349
Zaaknummer : ACM/22/177796
Datum : 18 juli 2022

1. Samenvatting

1. De Autoriteit Consument en Markt (hierna: ACM) heeft een verzoek tot geschilbeslechting ontvangen van KPN B.V. (hierna: KPN) inzake een geschil met Masys B.V. (hierna: Masys). KPN is voornemens glasvezelkabels aan te leggen in verschillende percelen van Masys, omdat Abbott B.V. (hierna: Abbott) om aansluiting op het netwerk van KPN heeft gevraagd. Volgens KPN dient Masys op grond van artikel 5.2, derde lid, van de Telecommunicatiewet (hierna: Tw) te gedogen dat KPN deze kabels in of op haar percelen aanlegt. De ACM heeft onderzoek gedaan en is tot de volgende conclusies gekomen.
2. Voor zover Masys aandraagt dat de aanvraag van KPN niet ontvankelijk verklaard dient te worden omdat de termijnen van artikel 5.3, tweede lid, van de Tw zijn overschreden, gaat de ACM hier niet in mee. Op basis van de wetsgeschiedenis concludeert de ACM dat er, onder het huidige artikel 5.3 van de Tw, bij termijnoverschrijding geen inbreuk plaatsvindt op het eigendomsrecht van de gedoogplichtige. Termijnoverschrijding heeft slechts tot gevolg dat de aanbieder, in dit geval KPN, de voorgenomen werkzaamheden niet kan uitvoeren. Nu KPN de partij is die buiten de termijn een verzoek tot geschilbeslechting heeft ingediend, valt niet in te zien dat Masys hierdoor in haar belangen is geschaad. Bovendien merkt de ACM op dat een niet-ontvankelijkheidsverklaring van het geschilverzoek in dit geval slechts zal leiden tot een vertraagde behandeling van het geschil en niet tot een oplossing. De ACM is daarom van oordeel dat zij bevoegd is om de geschilaanvraag inhoudelijk te behandelen.
3. De ACM merkt op dat partijen niet van mening verschillen over (de noodzaak van) het kabeltracé wat KPN voornemens is aan te leggen. Het geschil spitst zich toe op het tracé van de aanhaalroute van de kabel. KPN heeft de kabel reeds tot aan de grens van de percelen van Masys aangelegd. Dit deel van het kabeltracé, de aanhaalroute, wordt door Masys betwist. Masys is van mening dat KPN een andere aanhaalroute had moeten volgen en draagt dit aan als alternatief. Echter zou, indien de alternatieve route wordt gevolgd, KPN alsnog de voorgenomen werkzaamheden in de percelen van Masys uit moeten voeren. Zie ter illustratie ook figuur 2 bij randnummer 60. De ACM komt tot de conclusie dat de alternatieve aanhaalroute niet relevant is voor de vraag of Masys de door KPN voorgenomen werkzaamheden dient te gedogen.
4. De ACM beslist dat Masys de voorgenomen werkzaamheden van KPN dient te gedogen op grond van artikel 5.2, derde lid, van de Tw.

2. Verloop van de procedure

5. Bij brief van 30 maart 2022,¹ door de ACM ontvangen op 1 april 2022, verzoekt KPN de ACM om een beschikking als bedoeld in artikel 5.3 van de Tw in het geschil met Masys (hierna: de aanvraag). Het geschil betreft de aanleg van kabels ten behoeve van een openbaar elektronisch communicatienetwerk om het adres aan Bavelseparklaan 1-3 in de gemeente Breda op dit netwerk aan te sluiten.
6. Bij e-mail van 4 april 2022 heeft de ACM de ontvangst van de aanvraag bevestigd.²
7. De ACM heeft bij brief van 11 april 2022 KPN bericht de aanvraag in behandeling te nemen en heeft KPN om verdere informatie verzocht.³ KPN heeft deze op 19 april aan de ACM doen toekomen.⁴
8. De ACM heeft tevens bij brief van 11 april 2022 de aanvraag aan Masys gestuurd met het verzoek om een zienswijze.⁵ Op 20 april 2022 heeft de ACM per e-mail ook een niet-vertrouwelijke versie van de aanvullende informatie van KPN doorgestuurd naar Masys.⁶
9. Bij e-mail van 10 mei 2022 heeft Masys haar zienswijze aan de ACM doen toekomen.⁷ Op verzoek van de ACM⁸ heeft Masys op 13 mei 2022 een niet-vertrouwelijke versie van haar zienswijze per e-mail gestuurd.⁹
10. Bij brief van 16 mei 2022 heeft de ACM de zienswijze van Masys aan KPN gestuurd. Daarnaast heeft de ACM KPN om aanvullende informatie gevraagd en geïnformeerd dat de beslistermijn met twee maanden is verlengd.¹⁰
11. Tevens bij brief van 16 mei 2022 heeft de ACM Masys om verdere informatie gevraagd en geïnformeerd dat de beslistermijn met twee maanden is verlengd.¹¹ Masys heeft deze informatie op 24 mei 2022 per e-mail aan de ACM verstrekt.¹²
12. Bij brief van 27 mei 2022 heeft de ACM KPN verzocht een reactie te geven op de zienswijze van Masys.¹³ Bij brief van 8 juni heeft KPN haar reactie aan de ACM toegestuurd.¹⁴
13. Bij brief van 10 juni 2022 heeft de ACM de reactie van KPN doorgestuurd naar Masys en heeft Masys in de gelegenheid gesteld hierop te reageren.¹⁵ Bij e-mail van 24 juni heeft Masys haar reactie aan de ACM toegestuurd.¹⁶
14. Bij e-mails van 29 juni, 4 juli, 6 juli, 7 juli en 8 juli 2022, heeft de ACM met KPN en Masys afgestemd dat twee tekeningen van de verschillende kabeltracés zijn opgenomen in het besluit.¹⁷

¹ Aanvraag KPN, ACM/IN/687912.

² ACM/UIT/573657.

³ ACM/UIT/574898.

⁴ ACM/IN/691148.

⁵ ACM/UIT/575100.

⁶ ACM/UIT/578553.

⁷ Zienswijze Masys, ACM/IN/693711.

⁸ E-mail ACM van 11 mei 2022, ACM/UIT/576990.

⁹ ACM/IN/694290.

¹⁰ ACM/UIT/576919.

¹¹ ACM/UIT/576937.

¹² ACM/IN/695926.

¹³ ACM/UIT/577759.

¹⁴ Reactie KPN, ACM/IN/697880.

¹⁵ ACM/UIT/578662.

¹⁶ Reactie Masys, ACM/IN/700938.

¹⁷ ACM/UIT/580276, ACM/IN/703519, ACM/IN/703522, ACM/UIT/580274, ACM/UIT/580265, ACM/UIT/580262, ACM/IN/703516.

15. De ACM en partijen hebben in samenspraak besloten dat er geen hoorzitting plaatsvindt.¹⁸

3. Juridisch kader

16. Onder het aanbieden van een openbaar elektronisch communicatienetwerk wordt op grond van artikel 1.1 van de Tw verstaan: het bouwen, exploiteren, beheren of beschikbaar stellen van een elektronisch communicatienetwerk.
17. Op grond van artikel 5.2, eerste lid, van de Tw is de rechthebbende op of de beheerder van openbare gronden verplicht te gedogen dat ten dienste van een openbaar elektronisch communicatienetwerk kabels in en op deze gronden worden aangelegd, in standgehouden, of opgeruimd.
18. Het derde lid van artikel 5.2 van de Tw bepaalt dat voor zover het voor het aansluiten van gebruikers op een openbaar elektronisch communicatienetwerk nodig is, de gedoogplicht zich wat lokale kabels betreft tevens uitstrekt tot niet-openbare gronden, met inbegrip van tuinen en erven die met bewoonde percelen één geheel vormen.
19. Op grond van artikel 5.3, eerste lid, onder a, van de Tw stelt de aanbieder van een openbaar elektronisch communicatienetwerk die het voornemen heeft werkzaamheden uit te voeren in verband met de aanleg, instandhouding of opruiming van kabels of netwerkaansluitpunten, de rechthebbende of de beheerder, bedoeld in artikel 5.2, schriftelijk in kennis van dit voornemen en streeft vervolgens naar overeenstemming over de plaats, het tijdstip en de wijze van uitvoering van de werkzaamheden.
20. Indien binnen twee maanden na de datum van verzending van de schriftelijke kennisgeving geen overeenstemming is bereikt, kan de aanbieder alsmede de rechthebbende of de beheerder, op grond van artikel 5.3, tweede lid, van de Tw binnen twee weken de ACM verzoeken een beschikking te geven over de toepasselijkheid van de gedoogplicht of de plaats, het tijdstip en de wijze van de uit te voeren werkzaamheden.
21. Op grond van artikel 5.3, derde lid, van de Tw geeft de ACM de beschikking zo spoedig mogelijk, doch uiterlijk binnen twee maanden na ontvangst van het verzoek. Artikel 12.5, derde lid, van de Tw, dat aangeeft dat de ACM deze termijn in uitzonderlijke gevallen kan verlengen, is van overeenkomstige toepassing.

4. Standpunten van partijen

4.1. Inleiding

22. KPN heeft een verzoek tot aansluiting op een openbaar elektronisch communicatienetwerk ontvangen van Abbott B.V. (hierna: Abbott) voor het adres Bavelseparklaan 1-3 te Breda. KPN wil ten behoeve van het aansluiten van Abbott een kabeltracé leggen langs de Bavelseparklaan. Hiertoe is KPN voornemens werkzaamheden uit te voeren in of op de percelen, kadastraal bekend als, Nieuw-Ginneken M 1030, M 849 en K 6155. De voornoemde percelen behoren toe aan Masys.
23. KPN heeft per brief van 6 december 2021 aan Masys een kennisgeving over de aanleg van het kabeltracé gezonden met het verzoek om overeenstemming te bereiken over het tijdstip, de wijze van uitvoering en de plaats van het door KPN aan te leggen kabeltracé. KPN heeft op 30 maart 2022 bij de ACM een verzoek tot geschilbeslechting ingediend, inzake een geschil tussen KPN en Masys. KPN is van mening dat Masys op grond van artikel 5.2, derde lid, van de Tw de werkzaamheden

¹⁸ E-mail wisseling tussen KPN en ACM van 1 juli 2022, ACM/UIT/578644; e-mail van Masys van 27 juni 2022, ACM/IN/701023.

hiertoe dient te gedogen.

24. Masys is primair van mening dat het geschilverzoek niet ontvankelijk is omdat de termijn, zoals vastgesteld in artikel 5.3, tweede lid, van de Tw, is overschreden. Daarnaast stelt Masys dat de gedoogplicht zoals die volgt uit artikel 5.2, derde lid, van de Tw niet van toepassing is, omdat er een redelijk alternatief tracé bestaat.
25. In dit hoofdstuk worden de standpunten van KPN en Masys samengevat weergegeven. Hierbij worden eerst de standpunten met betrekking tot de ontvankelijkheid beschreven en vervolgens die met betrekking tot de vraag of Masys gedoogplichtig is.

4.2. Standpunten KPN

4.2.1. Ontvankelijkheid van het verzoek om geschilbeslechting

26. KPN bestrijdt de stelling van Masys dat het verzoek tot geschilbeslechting niet-ontvankelijk zou moeten worden verklaard.¹⁹
27. In dit verband voert KPN aan dat Masys een te strikte uitleg van artikel 5.3 van de Tw voorstaat. KPN stelt dat de twee maanden termijn beoogt te voorkomen dat partijen lichtvaardig naar de ACM stappen om een beschikking te vragen, zonder eerst zelf een serieuze poging te hebben ondernomen om tot overeenstemming te komen. De genoemde termijn dient, aldus KPN, meer als een (minimale) richtlijn voor het bereiken van overeenstemming te worden gezien. Daarnaast stelt KPN dat wanneer de termijn uit artikel 5.3, van de Tw moet worden gezien als maximum termijn, dit verstrekkende consequenties zal hebben voor de praktijk. Aanbieders zullen, volgens KPN, vaker meteen een schriftelijk kennisgeving versturen en indien er niet binnen 2 maanden overeenstemming is een verzoek tot geschilbeslechting indienen.²⁰
28. Ten slotte stelt KPN dat het niet-ontvankelijk verklaren van het verzoek van KPN het geschil niet oplost. Aldus KPN zal hij dan een 'hernieuwd' verzoek moeten doen aan Masys voor het bereiken van overeenstemming over de aanleg. Hierdoor zal de aanvrager van de glasvezelaansluiting nog langer moeten wachten.²¹

4.2.2. Verzoek om te bepalen dat Masys de voorgenomen werkzaamheden dient te gedogen

29. KPN stelt dat zij een aanbieder is van een openbaar elektronisch communicatienetwerk zoals bedoeld in de Tw. KPN heeft een aanvraag gekregen van Abbott B.V. (hierna: Abbott) om het adres Bavelseparklaan 1-3 te Breda aan te sluiten op dit netwerk. Hiervoor is KPN voornemens een glasvezelkabel aan te leggen in of op de percelen kadastraal bekend als Nieuw-Ginneken M 1030, M 849 en K 6155. Volgens KPN kwalificeert deze glasvezelkabel als een kabel die wordt aangelegd in niet-openbare gronden in de zin van artikel 5.2, derde lid, jo. artikel 1.1 van de Tw, namelijk een aansluitkabel door niet-openbare gronden. Op de rechthebbende van deze gronden, in dit geval de besloten vennootschap Masys, rust volgens KPN de verplichting om de aanleg van de glasvezelkabel te gedogen.²²
30. KPN geeft aan dat zij al langere tijd bezig is om overeenstemming te bereiken met Masys over het nog aan te leggen kabeltracé. Echter weigert Masys medewerking omdat zij eist dat de aanhaalroute van de glasvezelkabel anders wordt aangelegd dan de reeds door KPN gerealiseerde aanhaalroute.

¹⁹ Reactie KPN, ACM/IN/697880, p. 2-3.

²⁰ Reactie KPN, ACM/IN/697880, p. 2-3.

²¹ Reactie KPN, ACM/IN/697880, p. 3.

²² Aanvraag KPN, ACM/IN/687912, p. 2.

De reeds gerealiseerde aanhaalroute loopt over gronden van derden, maar Masys verlangt dat de route over haar gronden aangelegd moet (had moeten) worden, aldus KPN. Zie ter illustratie ook figuur 2 in randnummer 60.²³

31. KPN licht toe dat de aanvraag tot aansluiting van Abbott een tweede aansluiting betreft, die het adres Bavelseparklaan 1-3 redundant verbonden moet maken. Volgens KPN wilde Masys graag dat deze verbinding over haar gronden en via haar PoP (Point of Presence, ook wel verdeelkast genoemd) zou worden aangelegd, zodat ook haar PoP redundant verbonden kon worden.²⁴
32. Voor zover Masys stelt dat er overeenstemming was bereikt met KPN over de aanhaalroute over de gronden van Masys, betwist KPN dit. Allereerst heeft KPN in september 2020 de door Masys voorgestelde route duidelijk afgewezen. Bovendien was de aanhaalroute van KPN eind juni 2020 al gerealiseerd. Voor zover overeenstemming tussen KPN en Masys zou blijken uit correspondentie tussen Abbott en Masys, stelt KPN dat Abbott en Masys niet (dwingend) kunnen besluiten hoe KPN moet aanleggen, omdat zij de netwerkligging niet kennen.²⁵
33. Verder geeft KPN aan dat de aannemer van KPN de minst risicovolle aanhaalroute heeft gekozen. KPN licht toe dat de aannemer de aanhaalroute van Masys heeft onderzocht, maar de risico's en kans op graafschades te groot achtte. Zo liggen er op de route van Masys aanzienlijk meer kabels, waarvan sommige niet correct vermeld schijnen te zijn bij de Kadaster Dienst KLIC. Ook zou één of meerdere buizen van de Gas Unie moeten worden gekruist waarvoor eigenlijk altijd voorzorgsmaatregelen moeten worden genomen.²⁶
34. KPN is van mening dat Masys niet mag en kan eisen dat de aanhaalroute alsnog over haar gronden komt te lopen. Hiertoe voert KPN allereerst aan dat het aan KPN is om te bepalen hoe de routes van het netwerk worden aangelegd. Daarnaast stelt KPN dat uit artikel 5.3, eerste lid, van de Tw voortvloeit dat Masys slechts voorwaarden mag stellen omtrent plaats, tijdstip en wijze van uitvoering van de voorgenomen werkzaamheden door KPN. Masys mag en kan KPN op grond hiervan niet verplichten om percelen van derden te mijden en af te dwingen dat de aanleg van de aanhaalroute (alsnog) volledig over gronden van Masys geschiedt.²⁷
35. Tot slot merkt KPN op dat het geschil niet ziet op de aanhaalroute maar juist op (de weigering van Masys voor) de uitvoering van de werkzaamheden van het laatste deel van de aansluiting, vanaf de rotonde naar het pand van Abbott. Welke aanhaalroute er ook gekozen zou zijn, is daarbij niet relevant. Masys brengt geen bedenkingen naar voren tegen deze concrete werkzaamheden, aldus KPN. Bovendien tekent KPN aan dat zowel de gerealiseerde aanhaalroute als de route van Masys erin resulteren dat het laatste deel van het netwerk vanaf de rotonde moet worden aangelegd naar het pand van Abbott. Er bestaat derhalve een noodzaak om graafwerkzaamheden te verrichten in de gronden van Masys.²⁸
36. KPN verzoekt de ACM Masys te gebieden dat de voorgenomen werkzaamheden dienen te worden gedoogd, zodat KPN de aangevraagde diensten aan het adres Bavelseparklaan 1-3 kan leveren.²⁹

4.3. Standpunten Masys

4.3.1. Ontvankelijkheid van het verzoek om geschilbeslechting

²³ Aanvraag KPN, ACM/IN/687912, p. 3.

²⁴ Reactie KPN, ACM/IN/697880, p. 4.

²⁵ Reactie KPN, ACM/IN/697880, p. 3-4.

²⁶ Reactie KPN, ACM/IN/697880, p. 3-4.

²⁷ Aanvraag KPN, ACM/IN/687912, p. 3.

²⁸ Reactie KPN, ACM/IN/697880, p. 4.

²⁹ Aanvraag KPN, ACM/IN/687912, p. 3

37. In de eerste plaats stelt Masys zich op het standpunt dat het verzoek tot geschilbeslechting van KPN niet-ontvankelijk dient te worden verklaard. Masys stelt, onder verwijzing naar artikel 5.3, tweede lid, van de Tw, dat een verzoek aan de ACM om een beschikking te geven over de toepasselijkheid van de gedoogplicht door de aanbieder binnen twee weken dient te worden ingediend indien binnen twee maanden na de datum van verzending van de schriftelijke kennisgeving geen overeenstemming is bereikt. Nu de schriftelijke kennisgeving van KPN aan Masys op 6 december 2021 is verstuurd en het verzoek tot geschilbeslechting van KPN op 30 maart 2022 is ingediend, is daarmee de termijn van twee maanden plus twee weken ruimschoots overschreden.³⁰
38. Masys is van mening dat de expliciete bewoordingen van artikel 5.3, tweede lid, van de Tw uitdrukkelijk weergeven dat er een bepaalde termijn bestaat waarbinnen een verzoek kan worden ingediend. De wettekst spreekt van een *kunnen*, wat dientengevolge inhoudt dat er ook een *niet kunnen* is. Masys is daarom van mening dat KPN buiten de gestelde termijn geen verzoek tot geschilbeslechting kan indienen. Dat trajecten van lange duur zijn of dat KPN waarde zou hechten aan een zorgvuldige afstemming doet hier niet aan af. Ook bestrijdt Masys dat aanbieders gelijk een kennisgeving en vervolgens een aanvraag tot geschilbeslechting zullen doen. Bovendien hebben hiervoor genoemde argumenten van KPN geenszins te maken met het onderhavige geschil, aldus Masys.³¹
39. Nu partijen al geruime tijd met elkaar in overleg zijn, is er volgens Masys voldoende tijd geweest voor KPN om een verzoek bij de ACM in te dienen. Masys is van mening dat het op de weg van KPN had gelegen eerder stappen te ondernemen, ook gegeven dat KPN aangeeft bekend te zijn met het bepaalde in artikel 5.3 van de Tw.³²
40. Tot slot stelt Masys, onder verwijzing naar het besluit van de ACM van 3 juni 2020,³³ dat uit eerdere geschilbeslechtingen blijkt dat een voorliggend verzoek tot geschilbeslechting pas in behandeling kan worden genomen als voldaan is aan de voorwaarden die zijn neergelegd in artikel 5.3 Tw.³⁴

4.3.2. Masys hoeft werkzaamheden niet te gedogen

41. Masys is het niet eens met de door KPN gerealiseerde aanhaalroute en heeft daarom de toestemming aan KPN om toegang te krijgen tot de percelen kadastraal bekend als Nieuw-Ginneken M 1030, M 849 en K 6155 ten behoeve van de graafwerkzaamheden geweigerd.³⁵
42. Allereerst is er volgens Masys overeenstemming bereikt, in de zin van artikel 5.3, eerste lid, van de Tw, tussen Masys, Abbott en KPN over de aanhaalroute en over de voorwaarden waaronder KPN toegang zou krijgen tot de percelen van Masys. Hiertoe voert Masys aan dat KPN zelf een plattegrond van de voorgestelde aanhaalroute heeft overgelegd, wat als instemming met de route kan worden gezien. Daarnaast betwist Masys dat KPN in september 2020 de voorgestelde aanhaalroute duidelijk heeft afgewezen. De door KPN aangehaalde correspondentie tussen KPN, Masys en Abbott laat volgens Masys slechts een discussie zien omtrent het aanvragen van een offerte voor een aanvullende dienst, niet over de aanhaalroute. Bovendien was KPN ervan op de hoogte dat er een offerteaanvraag liep voor de aanvullende dienst. Masys heeft derhalve gerechtvaardigd kunnen vertrouwen op de overeenstemming omtrent de afspraken over de aanhaalroute. Masys heeft in dit kader KPN verzocht herstelwerkzaamheden uit te voeren om het nieuwe tracé te realiseren.³⁶

³⁰ Zienswijze Masys, ACM/IN/693711, p. 2.

³¹ Reactie Masys, ACM/IN/700938, p. 2-3.

³² Reactie Masys, ACM/IN/700938, p. 2-3.

³³ ACM/UIT/535098.

³⁴ Reactie Masys, ACM/IN/700938, p. 3.

³⁵ Zienswijze Masys, ACM/IN/693711, p. 2.

³⁶ Zienswijze Masys, ACM/IN/693711, p. 2-3; reactie Masys, ACM/IN/700938, p. 3-4.

43. Voor zover KPN aanvoert dat het Masys niet is toegestaan voorwaarden te stellen aan de toegang tot haar percelen, stelt Masys dat haar voorwaarde, te weten de aanhaalroute, betrekking heeft op zowel de plaats als de wijze van uitvoering van de werkzaamheden. Deze stroken derhalve niet met het bepaalde in artikel 5.3, eerste lid, van de Tw.³⁷
44. Volgens Masys heeft KPN zelf een aanvang gemaakt met de werkzaamheden van de aanhaalroute, welke niet overeenstemde met de afspraken tussen Masys en Abbott. KPN heeft pas in december 2021 laten weten dat zij niet instemt met het door Masys voorgestelde tracé, aldus Masys. Om Masys nu pas achteraf te verplichten tot gedogen omdat KPN simpelweg 'al begonnen is met de aanlegwerkzaamheden' is volgens Masys een zeer bezwaarlijke manier van het toepassen van artikel 5.3 van de Tw.³⁸
45. Daarnaast stelt Masys dat de gedoogplicht niet van toepassing is omdat er niet is voldaan aan de eis van noodzakelijkheid. Masys voert aan dat de gedoogplicht, op basis van artikel 5.2, derde lid, van de Tw, van toepassing is voor zover de aanleg van het openbaar elektronisch communicatienetwerk nodig is voor het aansluiten van gebruikers op het betreffende netwerk. Van deze noodzaak is volgens Masys geen sprake omdat de gebruiker ook via de aanhaalroute waarover Masys en Abbott overeen zijn gekomen, kan worden aangesloten.³⁹
46. Tot slot is Masys van mening dat de gedoogplicht niet van toepassing is omdat er een redelijk alternatief bestaat voor de door KPN voorgenomen werkzaamheden. Hierbij verwijst Masys naar de Memorie van Toelichting (hierna: MvT) bij artikel 5.2, derde lid, van de Tw waarin is opgenomen dat alleen in gevallen waarin er geen redelijk alternatief is, de gedoogplicht zich tot niet openbare gronden sterkt.⁴⁰ Masys is van mening dat de aanhaalroute zoals zij die voorstelt en waar KPN volgens haar mee heeft ingestemd een redelijk alternatief vormt. Volgens Masys is haar aanhaalroute niet technisch ingewikkeld, geschikt voor graafwerkzaamheden, niet ontoereikend en ligt de route langs een toegankelijk pad voor gemotoriseerde voertuigen. KPN heeft niet betoogd dat het in dit kader gaat om een onredelijk alternatief. Gelet op de MvT, dient de gedoogplicht in dit geval niet te worden toegepast.⁴¹
47. Masys verzoekt de ACM dan ook het verzoek van KPN af te wijzen en KPN te gebieden de werkzaamheden te herstellen conform de voorgestelde aanhaalroute zodat de aangevraagde diensten geleverd kunnen worden.⁴²

5. Overwegingen van de ACM

48. In dit hoofdstuk worden de overwegingen van de ACM uiteengezet. Hierbij gaat de ACM eerst in op de ontvankelijkheid van het geschilverzoek. Vervolgens behandelt de ACM de vraag of Masys verplicht is om te gedogen dat KPN glasvezelkabels in haar grond aanlegt.

5.1. Het verzoek tot geschilbeslechting is ontvankelijk

49. In artikel 5.3, tweede lid, van de Tw is, zoals Masys terecht stelt, opgenomen dat, indien binnen twee maanden na de datum van verzending van de schriftelijke kennisgeving geen overeenstemming is bereikt, de aanbieder alsmede de rechthebbende of de beheerder binnen twee weken de ACM kan verzoeken een beschikking te geven.

³⁷ Zienswijze Masys, ACM/IN/693711, p. 3.

³⁸ Zienswijze Masys, ACM/IN/693711, p. 2-3; reactie Masys, ACM/IN/700938, p. 4.

³⁹ Zienswijze Masys, ACM/IN/693711, p. 3.

⁴⁰ Kamerstukken II, vergaderjaar 2004/2005, 29 834, nr. 3, p. 48.

⁴¹ Zienswijze Masys, ACM/IN/693711, p. 3; reactie Masys, ACM/IN/700938, p. 5.

⁴² Zienswijze Masys, ACM/IN/693711, p. 3.

50. De ACM stelt vast dat KPN op 6 december 2021 een schriftelijke kennisgeving met betrekking tot de aanleg van glasvezel aan Masys heeft verstuurd.⁴³ Vervolgens heeft de ACM op 1 april 2022 een verzoek tot geschilbeslechting van KPN ontvangen.⁴⁴ Hiermee is de in artikel 5.3, tweede lid, van de Tw opgenomen termijn van twee maanden plus twee weken overschreden. Anders dan Masys betoogt, leidt deze vaststelling niet tot de conclusie dat het verzoek van KPN niet-ontvankelijk dient te worden verklaard. De ACM licht dit oordeel navolgend toe.
51. Bij de wijziging van de Tw met betrekking tot de aanleg, instandhouding of opruiming van kabels,⁴⁵ heeft de wetgever bepaald dat de aanbieder van een elektronisch communicatienetwerk die voornemens is om over te gaan tot het uitvoeren van werkzaamheden voor de aanleg, de instandhouding of de opruiming van kabels ten dienste van een openbaar elektronisch communicatienetwerk, dient te streven naar overeenstemming met de gedoogplichtige. Hierover is in de MvT het volgende toegelicht:
- “Om de fase van overeenstemming enigszins af te bakenen is in het tweede lid opgenomen dat indien na vier weken geen overeenstemming is bereikt, de aanbieder een tweede schriftelijke kennisgeving dient te geven aan de gedoogplichtige waarin zijn definitieve voorstel wordt toegelicht. [...] Het voorgestelde tijdstip van aanvang van de werkzaamheden kan niet eerder gelegen zijn dan drie weken na verzending van de tweede kennisgeving. Reden hiervoor is dat gedoogplichtige voldoende gelegenheid dient te krijgen om zich te verzetten tegen het voorstel door het college [van de Onafhankelijke Post en Telecommunicatie Autoriteit⁴⁶] om een beschikking te vragen.”⁴⁷*
52. Hieruit volgde dat slechts de gedoogplichtige de mogelijkheid had om binnen twee weken na ontvangst van de tweede kennisgeving het college te verzoeken een beschikking te geven over de plaats, het tijdstip en de wijze van de uit te voeren werkzaamheden.⁴⁸ Bij het ongebruikt verstrijken van de twee weken termijn had de aanbieder een zelfstandig recht de werkzaamheden uit te voeren als er geen overeenstemming was bereikt.
53. Bij de wijziging van de Tw ter implementatie van Richtlijn 2014/61/EU,⁴⁹ is artikel 5.3 zodanig aangepast dat zowel de gedoogplichtige als de aanbieder bij gebreke van overeenstemming de zaak na verloop van twee maanden kunnen voorleggen aan de ACM. In tegenstelling tot het oude artikel 5.3 heeft de aanbieder echter geen zelfstandig recht meer om de werkzaamheden uit te voeren als er geen overeenstemming is bereikt.⁵⁰
54. Gelet op het vorenstaande stelt de ACM vast dat het uitgangspunt van artikel 5.3 van de Tw is dat overeenstemming wordt bereikt over de uit te voeren werkzaamheden. Ook stelt de ACM vast dat met de invoering van het huidige artikel 5.3 van de Tw het zelfstandige recht van de aanbieder om de werkzaamheden uit te voeren als er geen overeenstemming is bereikt, is komen te vervallen. Dit houdt in dat wanneer de termijnen opgenomen in artikel 5.3 van de Tw worden overschreden er geen inbreuk plaatsvindt op het eigendomsrecht van de gedoogplichtige. Termijnoverschrijding heeft daarom slechts tot gevolg dat de aanbieder bij het ontbreken van overeenstemming de voorgenomen werkzaamheden niet kan uitvoeren.
55. Nu KPN in dit geval de partij is die buiten de termijn een verzoek tot geschilbeslechting heeft ingediend, valt niet in te zien dat Masys hierdoor in haar belangen is geschaad. In het geval Masys eerder een beoordeling van het geschil had willen hebben, had hijzelf een verzoek hiertoe aan de

⁴³ Aanvraag KPN, ACM/IN/687912, bijlage 3.

⁴⁴ Aanvraag KPN, ACM/IN/687912.

⁴⁵ Telecommunicatiewet (oud; inwerkingtreding 1 februari 2007).

⁴⁶ Een van de rechtsvoorgangers van de ACM.

⁴⁷ Tweede Kamer, vergaderjaar 2004–2005, 29 834, nr. 3, p. 51.

⁴⁸ Artikel 5.3, tweede lid, van de Tw (oud; inwerkingtredingsdatum 1 februari 2007).

⁴⁹ Richtlijn 2014/61/EU van het Europese Parlement en de Raad van 15 mei 2014 inzake maatregelen ter verlaging van de kosten van de aanleg van elektronische communicatienetwerken met hoge snelheid, PbEU 2014, L 155.

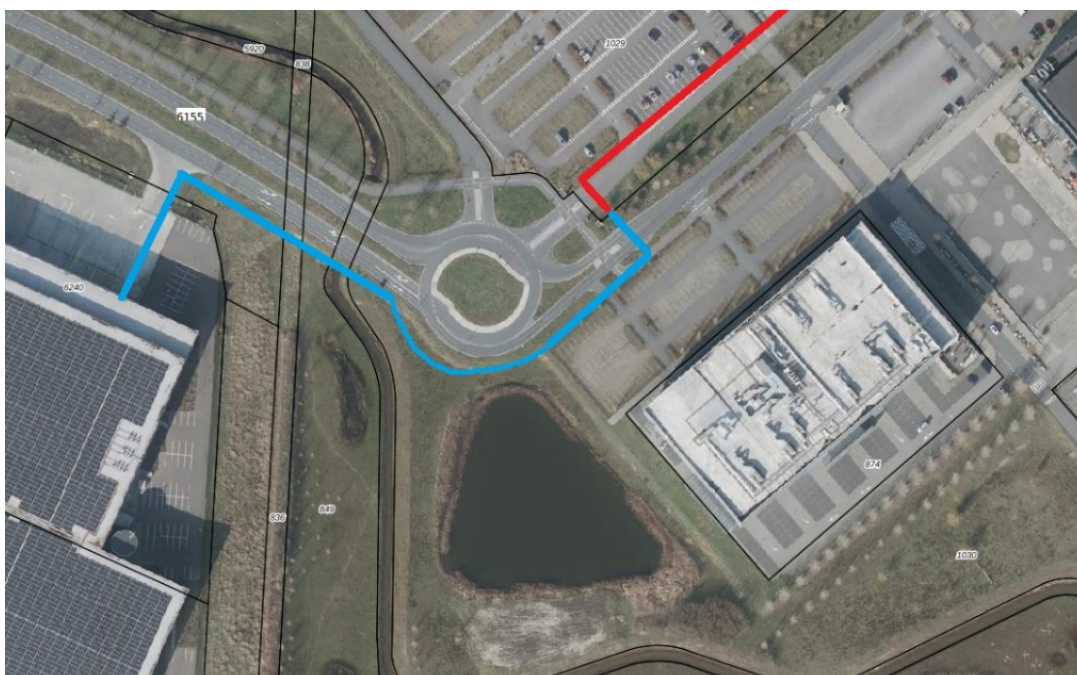
⁵⁰ Kamerstukken II, vergaderjaar 2016–2017, 34 739, nr. 3, p. 57–58.

ACM kunnen richten. Daarbij merkt de ACM op dat beide partijen te kennen hebben gegeven vast te houden aan hun ingenomen materiële standpunten, waardoor het onwaarschijnlijk is dat partijen alsnog overeenstemming zullen bereiken in een nieuwe termijn van twee maanden voor overeenstemming. Een niet-ontvankelijkheidsverklaring van het verzoek zal derhalve slechts leiden tot een vertraagde behandeling van het geschil en niet tot een oplossing.

56. Gelet op het vorenstaande ziet de ACM aanleiding om het verzoek om geschilbeslechting van KPN inhoudelijk te beoordelen.

5.2. Masys dient de voorgenomen werkzaamheden van KPN te gedogen

57. Het geschil betreft de aanleg van kabels door KPN ten behoeve van een openbaar elektronisch communicatienetwerk om het adres aan Bavelseparklaan 1-3 in de gemeente Breda⁵¹ op haar netwerk aan te sluiten. Daartoe is KPN voornemens graafwerkzaamheden te verrichten in de percelen van Masys, kadastraal bekend als Nieuw-Ginneken M 1030, M 849 en K 6155. Het tracé wat KPN voornemens is aan te leggen, is opgetekend in figuur 1 hieronder. De reeds gerealiseerde aanhaalroute is weergegeven in rood en loopt vanuit noordoostelijke richting langs de Bavelseparklaan richting de rotonde. Het tracé voor de nog uit te voeren werkzaamheden, met betrekking waartoe dit geschil nu bij de ACM voorligt, is weergegeven in lichtblauw. Dit tracé steekt vanaf de noordoostelijke kant van de rotonde de Bavelseparklaan over, waarna deze onderlangs de rotonde een bocht maakt in zuidwestelijke richting. Het tracé vervolgt daarna zijn weg door de berm van de Bavelseparklaan tot het een bocht van 90 graden maakt bij het aan te sluiten adres.

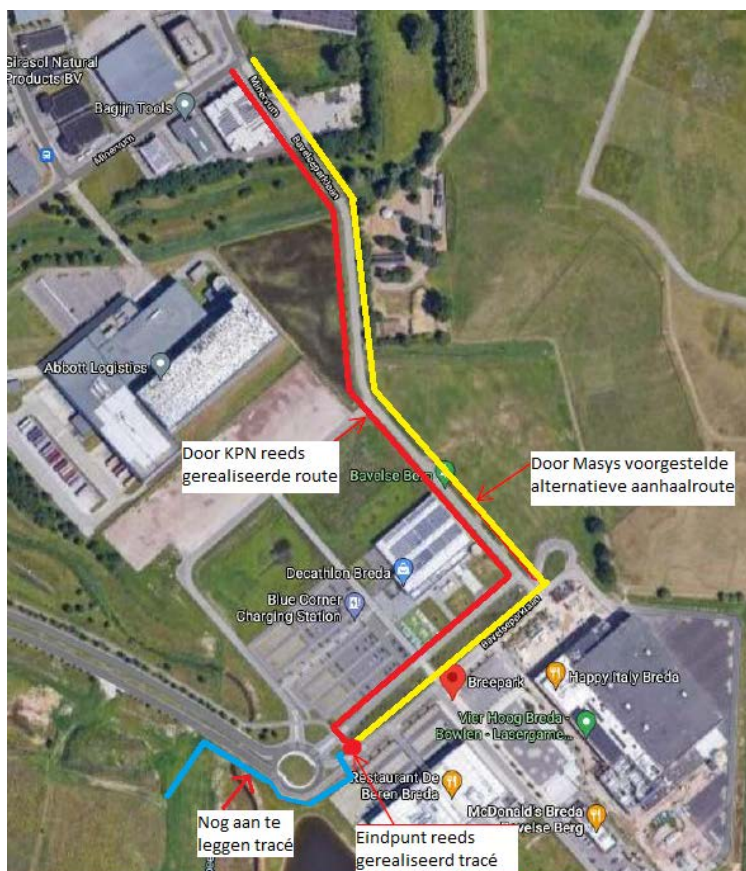


Figuur 1: Kaart met het voorgenomen kabeltracé (lichtblauw) en de reeds gerealiseerde aanhaalroute (rood).

58. KPN heeft de ACM op grond van artikel 5.2, derde lid, van de Tw, verzocht Masys te gebieden dat zij de voorgenomen werkzaamheden op de percelen van Masys - kadastraal bekend als Nieuw-Ginneken M 1030, M 849 en K 6155 - dient te gedogen. Bij de beoordeling van geschillen dient de ACM binnen de reikwijdte van het geschilverzoek te blijven. Voor dit geschil betekent dit dat de ACM dient te beoordelen of er op grond van artikel 5.2, derde lid, van de Tw, voor Masys een gedoogplicht bestaat op voormelde percelen.

⁵¹ Aanvraag tot aansluiting, bijlage 1 bij de e-mail van KPN van 19 april 2022, kenmerk: ACM/IN/691148.

59. De ACM stelt voorop dat tussen partijen niet in geschil is dat het, voor het aansluiten van het adres Bavelseparklaan 1-3 op het netwerk van KPN, noodzakelijk is dat het kabeltracé door de percelen van Masys komt te liggen. Masys heeft evenmin bezwaren aangevoerd tegen de door KPN voorgestelde locatie van het kabeltracé, noch tegen de wijze en het tijdstip van uitvoering van de werkzaamheden.
60. Masys heeft echter aangegeven dat zij KPN de toegang tot haar percelen geweigerd heeft, omdat zij het niet eens is met de reeds door KPN gerealiseerde aanhaalroute. In dit verband stelt Masys dat zij, Abbott en KPN een andere aanhaalroute zijn overeengekomen, welke voor een groter deel over de gronden van Masys zou lopen dan het voorgenomen tracé dat nu voorligt in geschil. Zie ter illustratie figuur 2. Masys wil enkel de werkzaamheden ten behoeve van het nog aan te leggen tracé gedogen, als KPN de aanhaalroute ook in of op haar perceel, Nieuw-Ginneken M 1030, aanlegt. In dit kader verzoekt Masys de ACM dan ook om KPN te gebieden herstelwerkzaamheden uit te voeren met betrekking tot de reeds gerealiseerde aanhaalroute in of op gronden van derden.



Figuur 2: Kaart met door Masys voorgestelde aanhaalroute (geel), door KPN reeds gerealiseerde aanhaalroute (rood) en het nog aan te leggen tracé (lichtblauw).

Omschrijving figuur 2: Zowel het reeds gerealiseerde tracé als het door Masys voorgestelde tracé volgen de Bavelseparklaan vanuit het noordwesten richting het zuidoosten totdat de weg een bocht van negentig graden maakt en verder gaat in zuidwestelijke richting tot aan de rotonde. Het reeds gerealiseerde tracé ligt in de westelijke berm van deze weg. Het tracé wat Masys voorstelt ligt in de oostelijke berm van de weg. Het nog aan te leggen tracé komt overeen met de beschrijving van figuur 1 in randnummer 57.

61. De ACM merkt op dat een eventuele gedoogplicht voor Masys zich naar zijn aard slechts uitstrekt tot de percelen waarvan Masys rechthebbende of beheerder is. In dit verband heeft de wetgever ook het volgende opgemerkt in de MvT:

“Aangezien een gedoogplicht alleen dan betekenis heeft indien de gedoogplichtige een recht heeft waarop een inbreuk wordt gemaakt door de aanleg, instandhouding en opruiming van kabels dan wel dat zijn medewerking hiervoor vereist is, is ervoor gekozen de gedoogplichtige zodanig te omschrijven dat duidelijk wordt gesteld dat het hier een rechthebbende op of een beheerder van de gronden betreft waarin of waarop de kabels zijn of worden aangelegd.”⁵²

62. De ACM stelt vast dat de reeds door KPN gerealiseerde aanhaalroute zich in percelen bevindt waarvan Masys rechthebbende noch beheerder is. De Tw biedt derhalve geen grondslag voor de ACM om op verzoek van Masys de rechtmatigheid van de aanleg, instandhouding en opruiming van kabels in gronden van derden te beoordelen.
63. Voor zover Masys betoogt dat de gedoogplicht niet van toepassing is, omdat de door Masys en Abbott overeengekomen aanhaalroute een redelijk alternatief vormt voor de door KPN voorgenomen werkzaamheden, kan de ACM hier niet in meegaan.
64. In dit verband merkt de ACM op dat het door Masys aangedragen alternatief slechts ziet op de aanhaalroute en niet op het voorgenomen tracé wat in deze geschilbeslechtsingsprocedure voorligt. Indien de alternatieve aanhaalroute wordt gevolgd, zullen de door KPN voorgenomen graafwerkzaamheden alsnog moeten worden uitgevoerd om het adres Bavelseparklaan 1-3 vanaf de rotonde aan de sluiten op het netwerk van KPN. Zie ter illustratie de lichtblauwe lijnen in figuur 1 en 2. De ACM concludeert dat Masys geen alternatief aandraagt voor de graafwerkzaamheden die in dit geschil ter beslechting voorliggen.
65. Nu de door Masys voorgestelde alternatieve aanhaalroute niet relevant is voor de vraag of zij de door KPN voorgenomen werkzaamheden dient te gedogen, zal de ACM niet ingaan op de vraag in hoeverre KPN en Masys hierover overeenstemming over hebben bereikt.
66. Nu de klacht met betrekking tot de aanhaalroute niet slaagt en er, zoals overwogen in randnummer 59, geen verschil van mening is over (de noodzaak van) het aan te leggen kabeltracé in of op de percelen van Masys, komt de ACM tot de volgende conclusie. Op grond van artikel 5.2, derde lid, van Tw, is Masys verplicht de door KPN voorgenomen werkzaamheden op de percelen Nieuw-Ginneken M 1030, M 849 en K 6155 voor het aansluiten van het adres Bavelseparklaan 1-3 te gedogen.
67. Voor zover Masys de ACM heeft verzocht KPN te gebieden herstelwerkzaamheden uit te voeren met betrekking tot de aanhaalroute, ziet de ACM hier geen aanleiding toe.

⁵² Kamerstukken II, vergaderjaar 2004/2005, 29 834, nr. 3, p. 47.

6. Dictum

- I. De Autoriteit Consument en Markt beslist op het verzoek tot geschilbeslechting van KPN B.V. van 1 april 2022 dat Masys B.V. als grondeigenaar op grond van artikel 5.2, derde lid, van de Telecommunicatiewet verplicht is te gedogen dat door KPN ten dienste van een openbaar elektronisch communicatienetwerk kabels worden aangelegd ten behoeve van aansluiting van het adres Bavelseparklaan 1-3:
 - a) voor zover deze worden aangelegd in of op de percelen, kadastraal bekend als Nieuw-Ginneken M 1030, M 849 en K 6155; en
 - b) op de locatie zoals aangegeven in de schriftelijke kennisgeving die KPN op 6 december 2021 naar de grondeigenaar heeft gestuurd.

Autoriteit Consument en Markt,
namens deze,

A.J. de Goei
Teammanager Directie Telecom Vervoer en Post

Beroep

Tegen dit besluit kan degene wiens belang rechtstreeks is betrokken, binnen zes weken na bekendmaking van dit besluit een gemotiveerd beroepschrift indienen bij de rechtbank Rotterdam, sector bestuursrecht, Postbus 50951, 3007 BM Rotterdam. Nadere informatie over de beroepsprocedure is te vinden op www.rechtspraak.nl.