

Beleidsregels inzake de aanleg, instandhouding en opruiming van kabels

9 juni 2008/Nr. OPTA/
ACNB/2008/201263

Zaaknummer: 08.0148.24

1 Inleiding

1. Het college van de Onafhankelijke Post en Telecommunicatie Autoriteit (hierna: het college) geeft in de onderhavige beleidsregels invulling aan zijn taken en bevoegdheden die verband houden met de aanleg, instandhouding en opruiming (hierna gezamenlijk: aanleg) van kabels ten behoeve van openbare elektronische communicatienetwerken (hierna: kabels).

2. De aanleg van kabels is geregeld in hoofdstuk 5 Telecommunicatiewet (hierna: Tw). Onder bepaalde voorwaarden moet de gedoogplichtige op grond van artikel 5.2 Tw de aanleg van kabels in en op gronden of gebouwen of de aanleg van netwerk-aansluitpunten in en aan gebouwen toestaan. Het college is bevoegd om geschillen te beslechten ten aanzien van de gedoogplicht (artikel 5.3 Tw), de kosten die verband houden met het nemen van maatregelen ten aanzien van kabels (artikel 5.8 Tw) en het medegebruik van voorzieningen (artikel 5.12 Tw jo. artikel 12.2, eerste lid, Tw). Daarnaast heeft het college een handhavende bevoegdheid.

3. Hoofdstuk 5 Tw is op 1 februari 2007 ingrijpend gewijzigd. Op grond van artikel 5.1 Tw en artikel 5.15 Tw is hoofdstuk 5 Tw¹ sindsdien tevens van toepassing op het in eigen naam en voor eigen rekening aanleggen van kabels en ondergrondse ondersteunings- en beschermingswerken waarin of waarop geen kabels zijn aangebracht, en die zijn of worden aangelegd met het oogmerk deel uit te zullen maken van een openbaar elektronisch communicatienetwerk. De aanlegger hoeft het netwerk derhalve niet zelf te exploiteren noch zelf diensten aan te bieden over het netwerk. Thans valt al hetgeen wordt aangelegd (met uitzondering van de zelfstandige aanleg van luchtkabels),

onder de gedoogplicht (artikel 5.2 Tw) en geldt daarvoor de verplichting om overeenstemming te bereiken met de gedoogplichtige (artikel 5.3 Tw).

4. De herziening van hoofdstuk 5 Tw vormt aanleiding om de beleidsregels van het college van 23 juli 2003 (OPTA/IBT/2003/202555) aan te passen. De voornoemde beleidsregels worden hierbij ingetrokken. De onderhavige beleidsregels hebben ten doel inzicht te verschaffen in de criteria die het college hanteert bij de uitoefening van zijn bevoegdheden ex hoofdstuk 5 Tw. De procedures voor geschilbeslechting en handhaving komen vrijwel overeen. Het college toetst in deze procedures aan de hand van dezelfde criteria en het college dient daarbij over dezelfde informatie te beschikken. Het college beslecht een geschil indien partijen geen overeenstemming ten aanzien van een verzoek kunnen bereiken. Een geschil wordt beslecht middels een beslechting. In het geval dat een wetsovertreding wordt vermoed, kan het college worden verzocht handhavend op te treden. Tevens kan het college handhavend optreden indien hij zelf een wetsovertreding vermoedt of constateert. Handhaving ziet op reparatie (last onder dwangsom) en/of sanctienering (boete).

5. De onderhavige beleidsregels beperken zich tot de bevoegdheden van het college ten aanzien van het beslechten van geschillen en het behandelen van handhavingsverzoeken met betrekking tot hoofdstuk 5 Tw. De beleidsregels hebben geen betrekking op de taken en bevoegdheden van andere (bestuurs)organen die hen in het kader van hoofdstuk 5 Tw zijn toebedeeld. Tevens laten de beleidsregels bezwaarprocedures bij andere instanties en de mogelijkheid geschillen bij de civiele dan wel de bestuursrechter aanhangig te maken buiten beschouwing. Ook het snoeien van bomen (artikelen 5.10 en 5.11 Tw), het overgangsrecht ten aanzien van luchtkabels (artikel 20.11 Tw), ernstige belemmeringen en storingen

(artikel 5.6 Tw) en de tien jaar termijn voor ingebruikname van kabels (artikel 5.2, achtste lid, Tw) vallen buiten het bereik van deze beleidsregels. Hinder ten aanzien van andere ondergrondse infrastructuur (artikel 5.9 Tw) vormde onderdeel van de consultatie, maar niet van de onderhavige beleidsregels, aangezien de betreffende bepaling vervalt met de inwerkingtreding van de Wet informatie-uitwisseling ondergrondse netten.² Aan zijn adviserende rol ten aanzien van het continueren of afstoten van gemeentelijke belangen in ondernemingen die openbare elektronische communicatienetwerken of -diensten aanbieden zal het college wellicht over vier jaar invulling geven (artikel 5.14 Tw).

6. Voorafgaand aan het opstellen van deze beleidsregels heeft het college op 16 november 2007 een consultatiedocument gepubliceerd, getiteld 'Consultatiedocument inzake de gedoogplicht voor de aanleg, instandhouding en opruiming van kabels' (hierna: codo). In het kader van het consultatieproces hebben belanghebbenden op 10 januari 2008 tijdens een hoorzitting hun eerder schriftelijk ingediende zienswijzen ten aanzien van het codo toegelicht. Het college heeft bij het opstellen van de onderhavige beleidsregels de reacties van belanghebbenden betrokken. In een nota van bevindingen gaat het college nader in op de zienswijzen van belanghebbenden (ons kenmerk: OPTA/ACNB/2008/201264).

7. De opbouw van de beleidsregels is als volgt. Allereerst zal een aantal definities worden vastgesteld. Daarna wordt kort ingegaan op de bevoegdheden van het college ten aanzien van procedures waarin gemeentes en andere overheden zijn betrokken. Vervolgens worden de geschilbeslechtingprocedures uiteengezet. In dit verband wordt (voor zover relevant) een onderscheid gemaakt tussen de aanleg van kabels, de maatregelen ten aanzien van kabels en het medegebruik van voorzieningen. Het college zet

uiteen wat partijen in de voorfasen van elkaar kunnen verwachten, wat het college voor partijen kan betekenen op het gebied van bemiddeling, welke informatie het college nodig heeft om een geschil te kunnen beslechten en op welke wijze het college invulling geeft aan zijn bevoegdheid ter zake. Ten slotte wordt de handhavingsprocedure uiteengezet. De relevante wetsartikelen zijn als bijlage opgenomen.

2 Definities

8. Het college vult de volgende begrippen uit hoofdstuk 5 Tw die door de wetgever niet zijn gedefinieerd als volgt in:

a) *Gedoogplichtige*: degene die een recht heeft in de zin van het burgerlijk recht op de gronden, gebouwen, lucht en wateren (hierna te samen: gronden) waarin de kabels worden aangelegd. Hierbij kan gedacht worden aan de eigenaar, beheerder of degene die een recht van erfpacht, opstal, vruchtgebruik, gebruik, huur of pacht heeft ten aanzien van dat deel van de gronden waar de kabels worden aangelegd.³

b) *Lokale kabels van een openbaar elektronisch communicatienetwerk*: alle kabels van een openbaar elektronisch communicatienetwerk tussen netwerkaansluitpunten zoals bedoeld in artikel 1.1, onder k, Tw en een lokale centrale, concentrator of een vergelijkbare faciliteit. Daar waar een openbaar elektronisch communicatienetwerk niet op traditionele wijze is opgebouwd, zijn dit de kabels vanaf de netwerkaansluitpunten tot aan de dichtstbijzijnde plaats in het netwerk waar routing van signalen plaatsvindt.

c) *Lokale kabels van een omroepnetwerk*:⁴ alle kabels van een omroepnetwerk tussen netwerkaansluitpunten van een omroepnetwerk en het dichtstbijzijnde wijkcentrum in het netwerk waar overdracht, conversie of manipulatie van de signalen die over het netwerk worden verzonden, kan plaatsvinden. Dit houdt in dat de veelal stervormige distributienetten als lokaal worden aangemerkt en de ringvormige trunkkabels als interlokaal.

d) *Andere dan lokale kabels*: trunkkabels, die de punten waarin (andere dan) lokale kabels bijeenkomen (wijkcentrum, lokale centrale, concentrator

of vergelijkbare faciliteit) met elkaar verbinden.

e) *Instemmingsbesluit*: beschikking waarin een gemeente instemming geeft omtrent tijdstip, plaats en werkwijze van uitvoering van de werkzaamheden met betrekking tot de aanleg, instandhouding of de opruiming van kabels ten dienste van een openbaar elektronisch communicatienetwerk in openbare grond.

f) *Maatregelen*: 1) het nemen van beschermingsmaatregelen ten behoeve van de instandhouding van kabels, die het daadwerkelijk op een andere plek neerleggen van een kabel voorkomt; 2) het buiten werking stellen (en eventueel verwijderen) van kabels ten dienste van een openbaar elektronisch communicatienetwerk, en mogelijk het aankoppelen op een andere reeds bestaande kabel, dan wel het op een andere plaats neerleggen van een nieuwe kabel die de verwijderde kabel vervangt.

g) *Overgaan tot maatregelen*: de voorbereiding en de uitvoering van het nemen van maatregelen binnen de gestelde termijn dan wel de termijn die de gedoogplichtige heeft aangegeven.

h) *Werken*: het oprichten van een constructie, niet zijnde een gebouw, zoals een viaduct, een tunnel, een kade, een dijk, alsmede de uitvoering van werkzaamheden, bijvoorbeeld het afgraven van grond, het verwijderen van riolering, en dergelijke.

i) *Door of vanwege*: de gedoogplichtige geeft zelf opdracht om (ten behoeve van hem) een gebouw op te richten dan wel werken uit te voeren, waarvan de gedoogplichtige de rechthebbende is of wordt alsmede zeggenschap heeft over de wijze van uitvoering van de werkzaamheden.

j) *Voldoende bepaalbaar*: de oprichting van een of meer voor bewoning bestemde gebouwen is voldoende bepaalbaar indien een aanvraag voor een bouwvergunning, waaruit concrete bouwplannen blijken, ontvankelijk is verklaard.

3 Gemeenten en andere overheden

9. Hoofdstuk 5 Tw geeft tevens bevoegdheden aan gemeenten, andere (overheids)instellingen die op basis van andere wetgeving vergunningen verlenen ten aanzien van de aanleg van kabels en de kantonrechter. De beleidsregels geven, zoals reeds aange-

geven, alleen invulling aan de bevoegdheden van het college. Het college constateert evenwel dat er misverstanden kunnen ontstaan omtrent de invulling van een aantal specifiek op gemeenten en andere voornoemde instellingen toegesneden bepalingen⁵ en de bevoegdheden van het college. In de onderstaande twee randnummers geeft het college aan in welke situatie hij zich in beginsel bevoegd acht een geschil te beslechten als bedoeld in artikel 5.3 Tw.

10. Artikel 5.2 Tw brengt alle rechthebbenden en beheerders van gronden onder de gedoogplicht van hoofdstuk 5 Tw. Echter, aan het college zijn niet voor alle gevallen gelijke bevoegdheden toegekend. Het college constateert dat enerzijds op grond van artikel 5.4 Tw (instemmingsbesluit voor aanleg in openbare gronden) voor gemeenten een aparte regeling is getroffen, anderzijds gelden onverminderd op grond van artikel 5.2, tiende lid, Tw voorschriften bij of krachtens andere wetten ter zake van het gebruik van gronden, waaraan artikel 5.5, derde lid, Tw⁶ invulling geeft. Daar waar hoofdstuk 5 Tw een dergelijke bevoegdheid verleent aan gemeenten of de bevoegdheid van andere (overheids)instellingen op basis van andere wetgeving onderschrijft, komt het college geen geschilbeslechtende bevoegdheid toe.

11. Dit neemt niet weg dat het college bevoegdheden ter zake heeft. Het college is in ieder geval in de volgende situaties bevoegd:

- gemeenten en andere overheden kunnen het college op grond van artikel 5.3 Tw om een beschikking vragen indien zij menen ten onrechte in hun civielrechtelijke hoedanigheid als gedoogplichtige te zijn aangesproken;
- gemeenten en andere overheden kunnen het college op grond van artikel 5.3 Tw om een beschikking vragen indien zij in hun civielrechtelijke hoedanigheid als gedoogplichtige geen overeenstemming kunnen bereiken met een aanbieder inzake de gedoogplicht;
- gemeenten kunnen het college om een beschikking vragen in alle gevallen waarin geen sprake is van openbare grond, waarover zij in hun civielrechtelijke hoedanigheid als gedoogplichtige met de aanbieder geen overeenstemming kunnen bereiken;

– andere overheden kunnen het college om een beschikking vragen in alle gevallen waarin de vigerende regelgeving niet voorziet;

– gemeenten en andere overheden kunnen het college om een beschikking vragen indien zij geen overeenstemming kunnen bereiken met een aanbieder over het medegebruik van voorzieningen ex artikel 5.2, zevende lid, Tw of artikel 5.12 Tw; en

– in de gevallen waarin een aanbieder van mening is dat een gemeente of een ander overheidsorgaan ten onrechte andere wetgeving aanwendt om zich te onttrekken aan de gedoogplicht, staat het college zijn handhavende bevoegdheid ter beschikking.

4 Procedure geschilbeslechting

12. In het onderstaande worden drie procedures van hoofdstuk 5 Tw uiteengezet: de aanleg van kabels, het nemen van maatregelen ten aanzien van kabels en het medegebruik van voorzieningen. Voor elke procedure gelden andere toetsingscriteria, die per procedure worden uitgewerkt.

13. Het college geeft aan dat indien het noodzakelijk is in het kader van prioriteitstelling een keuze aan te brengen in de volgorde van de behandeling van geschillen op grond van hoofdstuk 5 Tw, aanleggeschillen in beginsel voor zullen gaan ten opzichte van geschillen met betrekking tot het nemen van maatregelen. Het college motiveert dit als volgt. Een aanleggeschil betreft het aansluiten van klanten of het uitrollen van een netwerk. Dit komt naar de mening van het college in beginsel meer prioriteit toe dan het, achteraf, toebedelen van kosten voor het nemen van maatregelen. De reden hiervoor is, dat de aanleg naar zijn aard meer spoed vereist, omdat hierbij acute belangen spelen, zoals (infrastructurele) concurrentieverhoudingen tussen aanbieders en het toegang krijgen tot elektronische communicatiediensten voor eindgebruikers.

4.1 Streven naar overeenstemming

14. Alvorens tot de aanleg van kabels, het nemen van maatregelen ten aanzien van kabels of het medegebruik van voorzieningen wordt overgegaan, dienen de betrokkenen te streven naar overeenstemming ter

zake. Het college vult deze verplichting als volgt in.

4.1.1 Aanleg van kabels

15. Het uitgangspunt van artikel 5.3, eerste lid, Tw is dat de aanbieder na het schriftelijk in kennis stellen van de gedoogplichtige van zijn voornemen tot de aanleg van kabels moet streven naar overeenstemming met de gedoogplichtige over de plaats, het tijdstip en de wijze van uitvoering van de werkzaamheden. Hiertoe heeft de gedoogplichtige informatie nodig van de aanbieder, op grond waarvan hij kan beoordelen of hij de aanleg van kabels dient te gedogen.

16. De informatie die de aanbieder aan de gedoogplichtige moet verstrekken en de wijze van verzending daarvan, wordt voorgeschreven in de artikelen 2 en 3 van de ministeriële regeling over de schriftelijke kennisgeving⁷ ex artikel 5.3, zesde lid, Tw.⁸ In de kennisgeving is de informatie opgenomen, die de gedoogplichtige in staat stelt te beoordelen of hij aan het daarin gestelde moet voldoen.

17. Indien geen overeenstemming wordt bereikt, geeft de aanbieder op grond van artikel 5.3, tweede lid, Tw een tweede schriftelijke kennisgeving aan de gedoogplichtige. De gedoogplichtige staat daarna voor een keuze: hij staat de aanleg toe of hij vraagt het college een beschikking te geven. In het geval hij nalaat te handelen, kan de aanbieder op de aangekondigde datum zijn voorgenomen werkzaamheden uitvoeren.

4.1.2 Maatregelen ten aanzien van kabels

18. Artikel 5.8 Tw voorziet in een regeling met betrekking tot de maatregelen die een aanbieder op verzoek van de gedoogplichtige dient te nemen en de daaraan verbonden kosten. Uit artikel 5.8, zevende lid, Tw volgt dat partijen moeten streven naar overeenstemming. Dit vergt inspanning van beide partijen. In het onderhandelingsproces dienen partijen informatie uit te wisselen, op grond waarvan zij vervolgens een afweging moeten maken omtrent de kosten en/of de te nemen maatregelen. Het college stelt vast dat de Tw niet voorziet in een procedure volgens

welke de betrokken partijen informatie moeten uitwisselen. Wel valt uit de eisen waaraan de gedoogplichtige en de aanbieder moeten voldoen om aanspraak te maken op de regeling af te leiden over welke informatie zij moeten beschikken om een juiste inschatting te kunnen maken. Deze informatie wijkt niet wezenlijk af van de informatie die het college nodig heeft om een beschikking te geven.

19. Een gedoogplichtige verschaft een aanbieder in ieder geval de volgende informatie:

- een bewijs de gedoogplichtige te zijn;
- een beschrijving van de aard van de (bouw)werkzaamheden vergezeld van de bouw- of bestektekeningen⁹ waarin in ieder geval de afstand tussen de voorgenomen werken en de in het geding zijnde kabel(s) is opgenomen;
- een eventuele opdracht tot het uitvoeren van de werkzaamheden;
- de termijn waarbinnen de werkzaamheden zijn gepland of afgerond;
- een voorstel tot het nemen van maatregelen en een omschrijving van de voorziene maatregelen;
- een onderbouwing van de noodzaak tot het nemen van maatregelen;
- de termijn waarbinnen de maatregelen dienen te worden getroffen;
- indien mogelijk, een omschrijving van het voorgestelde nieuwe tracé van de onderhavige kabel; en
- waar van toepassing, dat de bestemming van de grond is veranderd.

20. Op basis van deze informatie kan een aanbieder inschatten wat van hem wordt verwacht, welke maatregelen gepast zijn en of hij van mening is dat hij de kosten dient te dragen. Indien de aanbieder van mening is dat de maatregelen waarom wordt verzocht niet proportioneel zijn, kan hij een alternatief voorstellen. De aanbieder moet vervolgens informatie verstrekken aan de gedoogplichtige. Dit betreft in ieder geval:

- de exacte ligging van de kabel;
- soort kabel;
- een in detail uitgewerkt plan waarin de door hem voorgestelde maatregelen zijn uitgewerkt;
- uitleg dat zijn voorstel past in de plannen van de gedoogplichtige;
- de termijn waarbinnen de maatregelen worden genomen;
- de planning en werkzaamheden die

moeten worden verricht voordat de maatregelen worden genomen, uitgewerkt in een tijdpad;

- een onderbouwde vergelijking tussen de kosten van de maatregelen en een volledige verplaatsing (ook indien de kabels reeds op verzoek volledig zijn verplaatst);
- indien er een alternatief tracé is voorgesteld, een reactie daarop; en
- indien de grond van bestemming is veranderd, splitst de aanbieder zijn kabels uit in lokale en interlokale kabels.

4.1.3 Medegebruik van voorzieningen

21. Zowel ten aanzien van het medegebruik zoals bedoeld in artikel 5.2, zevende lid, Tw (medegebruik van voorzieningen op verzoek van de gedoogplichtige die door hem of een derde zijn aangelegd) als ten aanzien van het medegebruik zoals bedoeld in artikel 5.12 Tw (medegebruik van voorzieningen waarop de gedoogplicht van toepassing is tussen aanbieders onderling) geldt dat partijen naar overeenstemming moeten streven. Indien er ten aanzien van de laatstgenoemde vorm van medegebruik een geschil ontstaat, kunnen aanbieders het college op grond van artikel 12.2, eerste lid, Tw verzoeken het geschil te beslechten. Ook hieruit leidt het college af dat partijen moeten hebben gestreefd naar overeenstemming. Voor een geschil op basis van artikel 5.2, zevende lid, Tw moet de procedure van artikel 5.3 Tw gevolgd worden.

22. Bij een verzoek tot medegebruik stuurt de verzoekende aanbieder (hierna: verzoeker) schriftelijk een concreet en gespecificeerd verzoek tot medegebruik aan de aanbieder wiens voorziening hij wil gebruiken (hierna: ontvanger). In het verzoek is in ieder geval opgenomen:

- (een beschrijving van) de locaties voor het gewenste medegebruik;
- de gewenste voorzieningen;
- een omschrijving van hetgeen in, aan of op de voorzieningen wordt aangelegd;
- een omschrijving van de wijze waarop de werken worden uitgevoerd, inclusief een opsomming van de daarbij te gebruiken materialen en het tijdstip waarop de werkzaamheden aanvangen; en
- de gewenste contractduur.

23. Het college is van oordeel dat een zorgvuldige behandeling van een verzoek er toe strekt dat de ontvanger gehouden is aan de verzoeker aan te geven wanneer een verzoek onvoldoende is gespecificeerd en deze in staat te stellen om het verzoek nader te specificeren. Het enkele feit dat een verzoek niet voldoende is gespecificeerd, kan op voorhand geen aanleiding zijn voor de ontvanger het verzoek niet in behandeling te nemen.

24. De ontvanger beslist binnen twee weken na ontvangst van een verzoek tot medegebruik of aan het verzoek kan worden voldaan. De ontvanger dient in een eventueel onderzoek tevens voorzieningen te betrekken, waarvan de capaciteit niet volledig door hem wordt benut.

25. Wanneer de ontvanger van mening is dat sprake is van een redelijk verzoek, dient hij in zijn antwoord aan de verzoeker alle relevante informatie met betrekking tot het verzoek te verstrekken. Dit omvat in ieder geval:

- informatie over de locatie, die in ieder geval technische informatie met betrekking tot de voorzieningen bevat;
- informatie over de toegang tot de voorziening;
- het tarief waartegen van de voorziening gebruik kan worden gemaakt; en
- een voorstel betreffende de contractperiode.

26. De ontvanger willigt in beginsel op basis van het 'first come, first served' principe redelijke verzoeken om medegebruik van voorzieningen in.

27. Indien de ontvanger van oordeel is dat er geen sprake is van een redelijk verzoek, dient hij het verzoek onderbouwd en gemotiveerd af te wijzen. Hierbij gaat hij in ieder geval in op de reden(en) van de onredelijkheid van het verzoek. Een verzoek om medegebruik van voorzieningen is in ieder geval onredelijk wanneer:

- inwilliging van het verzoek zou leiden tot technische onbruikbaarheid of ingrijpende verandering van de voorziening; of
- er geen voorzieningen beschikbaar zijn of deze nieuw dienen te worden aangelegd.

4.2 Bemiddeling

4.2.1 Geschilbeslechting

28. Als onderdeel van – of voorafgaand aan – het proces van geschilbeslechting kan het college worden verzocht, of kan hij aan partijen aanbieden, om onder leiding van een neutrale voorzitter (alsnog) op minnelijke wijze overeenstemming trachten te bereiken. Deze optie bergt in zich dat de kosten van langdurige procedures kunnen worden voorkomen, indien het bemiddelingsproces tot een voor beide partijen aanvaardbaar resultaat leidt.

29. Partijen mogen van het college verwachten dat:

- zij niet verplicht kunnen worden gesteld om deel te nemen aan de bemiddelingssessie;
- het college een neutrale voorzitter levert, die voldoende gekwalificeerd is de sessie te leiden;
- de sessie in een voor partijen neutrale omgeving wordt gehouden; en
- indien partijen geen overeenstemming bereiken, alsnog om een onafhankelijke beschikking kan worden gevraagd.

30. Van partijen vraagt het college op voorhand, nadat zij hebben ingestemd met bemiddeling, dat zij vooraf:

- akkoord gaan met het opschorten van de wettelijke beslistermijn;
- zich bereid verklaren met open vizier deel te nemen aan het bemiddelingsproces;
- per partij één van de afgevaardigden machtigen een beslissing te nemen indien de situatie daar om vraagt;
- zich een beeld vormen van de punten die hen gescheiden houden; en
- zich een beeld vormen van de punten waarover zij het eens zijn.

4.2.2 Handhaving

31. Het college behoudt zich de vrijheid voor om per verzoek tot handhaving te beoordelen of bemiddeling mogelijk is. Voor de voorwaarden verwijst het college naar paragraaf 4.2.1.

32. In de gevallen waarin alleen een boete de geëigende sanctie is, dan wel

het college ambtshalve optreedt, ligt bemiddeling niet altijd voor de hand.

4.3 Aanvraag tot geschilbeslechting

33. Voor de gevallen waarin partijen er niet in slagen om overeenstemming te bereiken, is aan het college geschilbeslechtende bevoegdheid toegekend. Daarnaast heeft het college handhavende bevoegdheid (paragraaf 5).

34. Na de ontvangst van een aanvraag beoordeelt het college of hij deze in behandeling moet nemen. Indien de aanvraag onvolledig is, verzoekt het college de aanvrager nadere informatie en gegevens te overleggen.

35. Indien blijkt dat partijen onvoldoende hebben getracht tot overeenstemming te komen, dan is het college niet bevoegd de aanvraag in behandeling te nemen¹⁰ en draagt hij partijen op alsnog de benodigde informatie uit te wisselen en/of nader te onderhandelen.

36. Het college is overigens van oordeel dat, indien één van de partijen weigert aan de eis tot het delen van informatie tegemoet te komen of aan het bereiken van overeenstemming mee te werken, er sprake is van een geschil dat het college in behandeling kan nemen.

37. Nadat het college het verzoek in behandeling heeft genomen, verzoekt hij de wederpartij zijn zienswijze te geven op de bedenkingen die de aanvrager in zijn verzoek tot geschilbeslechting aan het college heeft gericht. De wederpartij verschaft de informatie waar het college om verzoekt, aangevuld met de informatie waarover het college volgens de wederpartij moet beschikken om een afweging te kunnen maken.

38. Een hoorzitting kan onderdeel uitmaken van de procedure.

4.3.1 Aanleg van kabels

39. In het verzoek om een beschikking verstrekt de gedoogplichtige in ieder geval de volgende informatie:
– een kopie van de schriftelijke kennisgevingen;
– een kopie van alle relevante verdere correspondentie, gespreksverslagen, etc.; en

– de bedenkingen tegen de voorgenomen werkzaamheden. Deze kunnen tevens zijn gebaseerd op lokale omstandigheden, plannen ten aanzien van gronden, bepalingen bij of krachtens andere wetgeving, etc.

40. Na ontvangst van een verzoek van een gedoogplichtige neemt het college per omgaande contact op met de aanbieder en wijst hem er op dat het recht op uitvoering van de werkzaamheden op grond van artikel 5.3, vijfde lid, Tw is geschorst.

41. Het college oordeelt in een geschil of de aanbieder terecht aanspraak maakt op de gedoogplicht zoals geregeld in artikel 5.2 Tw. De aanbieder moet in ieder geval voldoen aan de volgende randvoorwaarden:

- hij is een aanbieder van een openbaar elektronisch communicatienetwerk;
- hij legt kabels aan die ten dienste komen van een dergelijk netwerk;
- er is sprake van een gedoogplicht, zoals omschreven in artikel 5.2, eerste tot en met vijfde lid, Tw of artikel 20.11, eerste lid, Tw; en
- de ontvanger van de schriftelijke kennisgevingen dient als gedoogplichtige te kunnen worden aangemerkt.

42. Voorts worden de bedenkingen van de gedoogplichtige beoordeeld ten aanzien van de voorgenomen plaats, het tijdstip en de wijze van uitvoering, waarbij de lokale omstandigheden in acht kunnen worden genomen, alsmede het gestelde bij of krachtens artikel 5.2, zesde¹¹ en zevende¹² lid, Tw. Het college kan in dit verband bijvoorbeeld het bestemmingsplan bij zijn toets betrekken.

43. Op grond van artikel 5.2, derde lid, Tw moeten lokale kabels ook worden gedoogd in niet-openbare gronden, met inbegrip van tuinen en erven die met bewoonde percelen één geheel vormen, op voorwaarde dat dit nodig is voor het aansluiten van gebruikers op een openbaar elektronisch communicatienetwerk. De memorie van toelichting gaat in dit verband uit van “de kabel die vanaf de openbare grond tot aan het netwerkaansluitpunt in een gebouw wordt gelegd”.¹³ Het college leidt hieruit af dat artikel 5.2, derde lid, Tw slechts ziet op de zogenaamde aansluitlijn, die loopt vanaf de open-

bare grond tot aan het gebouw ten behoeve van het netwerkaansluitpunt in het gebouw waar de aansluiting moet worden gerealiseerd.

44. Het college stelt vast dat hier sprake is van een uitzondering op de algemene regel dat lokale kabels alleen in openbare grond worden aangelegd. Dit betekent dat de aanbieder additioneel de noodzaak van de gedoogplicht moet aantonen indien hij lokale kabels in niet-openbare grond wil aanleggen. Hij onderzoekt daartoe of er redelijkerwijs alternatieven zijn voor de aanleg. Alleen als deze er aantoonbaar of redelijkerwijs niet zijn – hetgeen afhankelijk is van de lokale omstandigheden – is er sprake van een gedoogplicht. In dit verband kan worden gedacht aan geografische, fysieke of technische omstandigheden, een instemmingsbesluit van gemeente, etc. Daarbij kan het college meewegen dat de kosten van een alternatief zodanig hoog zijn, dat dit niet als redelijk kan worden aangemerkt. De uitkomst van het onderzoek dat de aanbieder heeft verricht, voegt hij toe aan de informatie die hij de gedoogplichtige in het kader van de schriftelijke kennisgevingen verstrekt. Het college zal de aanbieder vragen aan te tonen dat er redelijkerwijs geen alternatieven bestaan en dit meenemen in zijn beoordeling.

45. Artikel 5.2, vierde lid, Tw regelt de aanleg van (kabels ten behoeve van) netwerkaansluitpunten in en aan gebouwen. Deze regeling maakt het bijvoorbeeld mogelijk dat aanbieders op netwerkniveau kunnen concurreren in nieuw te bouwen projecten, maar ook dat eindgebruikers op verzoek kunnen worden aangesloten op een netwerk. Aangezien het aanleggen van kabels en netwerkaansluitpunten in en aan een gebouw doorgaans van ingrijpende aard is dan het aanleggen van kabels in de grond, geeft de aanbieder, in aanvulling op de algemene gegevens die hij aan de gedoogplichtige moet verstrekken, de gedoogplichtige een gedetailleerd inzicht in de uit te voeren werkzaamheden, het tijdstip waarop wordt gewerkt en de plaats waar de kabels worden aangelegd. Het college toetst tevens deze gedetailleerde informatie met betrekking tot de voorgenomen werkzaamheden ten opzichte van de omstandig-

heden in en rond het gebouw. Met inachtneming van deze werkzaamheden en omstandigheden kan het college, indien nodig, aan de aanbieder regels opleggen, zodat deze op proportionele wijze de werkzaamheden kan uitvoeren zonder overmatige overlast.¹⁴

4.3.2 Maatregelen ten aanzien van kabels

46. Artikel 5.8 Tw schrijft voor wie de kosten van maatregelen ten aanzien van kabels moet dragen. Het college neemt waar het de te volgen procedure betreft in beginsel het volgende standpunt in.

47. Naar de mening van het college verhouden artikel 5.8, eerste en tweede lid, Tw zich als volgt tot artikel 5.8, vijfde lid, Tw. Het staat de aanbieder niet vrij om te bepalen of artikel 5.8, vijfde lid, Tw van toepassing is als de gedoogplichtige hem verzoekt over te gaan tot het nemen van maatregelen.¹⁵ De aanbieder kan slechts het verzoek tot maatregelen beoordelen. Indien hij daar bedenkingen tegen heeft, maakt hij deze kenbaar aan de gedoogplichtige. Daarna is het aan beide partijen om nadere informatie uit te wisselen en te trachten tot overeenstemming te komen. Als dit niet lukt, kan de gedoogplichtige vervolgens een keuze maken. Indien de gedoogplichtige wederom verzoekt maatregelen te nemen, is de aanbieder verplicht daartoe over te gaan. Beide partijen kunnen het college daarna verzoeken een beschikking te geven die ziet op de kostenverdeling. Het college concludeert op basis van de wetssystematiek dat slechts indien de gedoogplichtige op voorhand stelt niet aan de vereisten te voldoen, de regeling van artikel 5.8, vijfde lid, Tw van toepassing is. In dat geval komen de kosten van de maatregelen voor rekening van de gedoogplichtige.

48. Voorop staat dat de gedoogplichtige niet kan worden verplicht zijn plannen bij te stellen vanwege de kabels van de aanbieder. Dit neemt niet weg dat hij gehouden is mee te denken over de proportionaliteit van (alternatieve) maatregelen. De gedoogplichtige moet zich actief inspannen om te voorkomen dat onnodig kosten worden gemaakt. Gebeurt dit

niet en de aanbieder kan in een geschilprocedure aantonen dat minder vergaande maatregelen redelijkerwijs mogelijk waren geweest, dan kan dit financiële consequenties hebben voor de gedoogplichtige, aangezien het verschil in kosten aan hem kan worden toegerekend.

49. Het college leidt uit de memorie van toelichting af dat het adagium 'eens gedoogd, altijd gedoogd' niet langer van toepassing is. Hieruit volgt dat een gedoogplichtige volledige verplaatsing van kabels kan eisen op basis van een verandering van bestemming van grond. Desgevraagd toetst het college deze verandering van bestemming indien partijen niet tot overeenstemming kunnen komen.

50. Als aanbieder en gedoogplichtige geen overeenstemming kunnen bereiken over de toedeling van de kosten van de maatregelen, kan een van beide partijen het college verzoeken een beschikking te geven. De geschilbehandeling schorst de voorgenomen werkzaamheden niet, doch biedt de aanbieder een (financiële) waarborg tegen misbruik van deze regeling.

51. Bij een aanvraag ontvangt het college van de aanbieder in ieder geval de volgende informatie:

- een beschrijving van het onderhandelingsproces, inclusief een afschrift van het verzoek, correspondentie, verslagen, etc. en zijn gemotiveerde bedenkingen tegen het verzoek tot maatregelen;
- kaarten waarop de ligging van de kabel is gemarkeerd ten opzichte van de plaats van de voorziene werkzaamheden; en
- informatie betreffende de (on)mogelijkheid dan wel noodzaak tot het nemen van maatregelen; of
- een omschrijving van een alternatieve maatregel, die hetzelfde effect bereikt, maar waarschijnlijk goedkoper is.

52. Bij een aanvraag overlegt de gedoogplichtige in ieder geval de volgende informatie:

- een beschrijving van het onderhandelingsproces, inclusief een afschrift van het verzoek en kopieën van verdere correspondentie en gespreksverslagen;
- een bewijs de gedoogplichtige te zijn;

- een beschrijving van de aard van de (bouw)werkzaamheden onderbouwd met de bouw- of bestektekeningen, waarin in ieder geval is opgenomen de afstand tussen de voorgenomen werken en de in het geding zijnde kabel;
- een eventuele opdracht tot het uitvoeren van de werkzaamheden;
- de onderbouwing van de noodzaak tot maatregelen;
- de termijn waarbinnen de verplaatsing dient plaats te vinden;
- voor zover van toepassing, een omschrijving van het voorgestelde nieuwe tracé van de onderhavige kabel; en
- voor zover van toepassing, zijn bedenkingen tegen de alternatieve maatregelen die de aanbieder voorstelt.

53. In het geval de aanbieder twijfelt of de om maatregelen verzoekende partij de gedoogplichtige is, vraagt hij deze om zijn status aan te tonen. Indien partijen hierover geen overeenstemming kunnen bereiken, kan dit worden meegenomen in de normale procedure.

54. Indien de aanbieder en de gedoogplichtige geen overeenstemming kunnen bereiken over de ligging van de kabel, stelt de aanbieder de ligging vast.

55. Het college oordeelt in een geschil of de beoogde gedoogplichtige terecht aanspraak maakt op de regeling betreffende de maatregelen ten aanzien van kabels. Hij moet voldoen aan de volgende randvoorwaarden:

- hij moet de gedoogplichtige zijn;
- door of vanwege hem;
- worden gebouwen opgericht of werken uitgevoerd;
- de maatregelen moeten noodzakelijk zijn; en
- waar van toepassing dient de gedoogplichtige mee te denken over alternatieve maatregelen.

Indien de gedoogplichtige aan deze criteria voldoet, dient de aanbieder op eigen kosten maatregelen te nemen.

56. Overigens stelt het college vast dat een geschil ook de vraag zou kunnen betreffen of bepaalde kosten aan de genomen maatregelen kunnen worden toegerekend of niet. Het college zal per geval beoordelen welke

informatie hij nodig heeft om een dergelijk geschil te beslechten.

57. Het college toetst de in de Tw opgenomen criteria en de kosten van maatregelen als volgt.

a) Gedoogplichtige

De gedoogplichtige toont zijn status aan door gegevens betreffende zijn rechten te overleggen. Dit gebeurt bij voorkeur door middel van kadastrale gegevens of een contract.

b) Peildatum

De peildatum is de datum waarop het begrip gedoogplichtige wordt getoetst. Het college gaat uit van de datum waarop het verzoek tot het nemen van maatregelen tot de aanbieder wordt gericht.¹⁶

c) Door of vanwege

Het begrip ‘door of vanwege’ ziet op de omstandigheid dat de (bouw)werkzaamheden door of in opdracht van de gedoogplichtige worden uitgevoerd. Dit kan bijvoorbeeld worden aangetoond door het overleggen van contracten, opdrachtbonnen, een (bouw)vergunning, etc.

d) Oprichten van gebouwen of uitvoeren van werken

Het oprichten van gebouwen en het uitvoeren van werken, dat ook werkzaamheden omvat, wordt aangetoond door het overleggen van de betreffende (bestek)tekeningen, plannen, etc. De ligging van de kabel(s) van de aanbieder ten opzichte van de voorgenomen werken wordt in de tekeningen verwerkt.

e) Noodzakelijk

Het nemen van maatregelen is noodzakelijk indien de gedoogplichtige het werk redelijkerwijs niet kan uitvoeren of gebouwen niet kan oprichten zoals hij dit zelf wenst.¹⁷ Deze regel geldt ongeacht waar de gedoogplichtige in, aan of op zijn (van) eigendom (afgeleide rechten) kabels of netwerkaansluitpunten gedooft. De noodzaak tot maatregelen wordt aangetoond door middel van bijvoorbeeld een kaart waarop de voorgenomen (bouw)werkzaamheden afgezet zijn tegen de betrokken kabel(s) en schriftelijke omschrijving van de hinder die de aanwezigheid van de kabel oplevert voor de werkzaamheden.

f) Alternatief tracé

Het college meent dat het al dan niet aangeven van een alternatief tracé niet bepalend mag zijn voor de uitkomst van een verzoek tot het nemen van maatregelen. Enerzijds is de gedoogplichtige in de gevallen dat hij zinvolle suggesties kan doen over maatregelen ten aanzien van kabels in zijn eigen grond, daartoe gehouden, anderzijds bepaalt een aanbieder zelf zijn netwerkstructuur. Het aanbieden van een alternatief tracé door de gedoogplichtige kan een procedure echter wel versnellen.

g) Kosten van maatregelen

Als kosten van maatregelen kunnen in ieder geval worden opgevoerd: uitgaven die rechtstreeks, hetzij door planning, overleg, voorbereiding, gebruikt materiaal en materieel, noodzakelijke over- en/of instemmingen en arbeid, zijn toe te schrijven aan de maatregelen, inclusief uitgaven die in opdracht van de gedoogplichtige geschieden en aan de maatregelen zijn toe te schrijven.

58. Een aanbieder moet een goede inschatting kunnen maken van wat van hem wordt geëist en of hij de kosten van de maatregelen die hij moet treffen (geheel) dient te dragen. Daarvoor heeft hij de voornoemde informatie nodig. Het is mogelijk dat de aanbieder, op grond van de aan hem verstrekte informatie, concludeert dat hij de kosten van de maatregelen niet hoeft te dragen. Hij kan dit aan de gedoogplichtige mededelen. Als er geen overeenstemming is, kan zowel de aanbieder als de gedoogplichtige een geschil indienen. Het college zal beslissen op basis van de hierboven genoemde criteria.

59. Artikel 5.8, tweede lid, Tw verklaart het eerste lid van toepassing indien de gedoogplichtige jegens een derde is gehouden grond, die door de gedoogplichtige is bestemd voor het oprichten van één of meerdere gebouwen met een woonbestemming,¹⁸ zodanig op te leveren dat die derde na verkrijging van die grond bij het door of vanwege hem op te richten gebouw niet wordt gehinderd door in de grond aanwezige kabels. Deze bepaling beoogt dat kabels kunnen worden verplaatst in een situatie waarin de gedoogplichtige zelf geen werken uitvoert, bijvoorbeeld om de

grond bouwrijp te maken, althans geen werken die op zichzelf het nemen van maatregelen rechtvaardigen. Was dit wel het geval, dan kan de gedoogplichtige immers op grond van artikel 5.8, eerste lid, Tw aanspraak maken op het nemen van maatregelen.

60. De Tw bevat de volgende criteria waaraan een verzoek van de gedoogplichtige in dit geval additioneel moet voldoen en die het college dient te volgen moet toetsen in het geval van een geschil:

- het betreft gebouwen met een woonbestemming;
- de gedoogplichtige heeft de bestemming gegeven of veranderd;
- het contract tussen de gedoogplichtige en de derde;
- de bepalingen in het contract met betrekking tot de aangegane verplichtingen;
- de vastlegging dat de genoemde derde de grond in eigendom zal verkrijgen;
- de oprichting van het gebouw moet voldoende bepaald zijn; en
- de hinder¹⁹ door kabels ten opzichte van de bouwplannen.

61. Het college constateert dat artikel 5.8, eerste lid, Tw in grote lijnen geldt in de situatie van artikel 5.8, tweede lid, Tw. Er zijn twee verschillen: “door of vanwege” is vervangen door een verplichting die de gedoogplichtige ten opzichte van een derde is aangegaan over de wijze waarop de grond wordt opgeleverd aan deze derde; en de noodzaak wordt mede bepaald door de voldoende betaalbaarheid van de bouwplannen.

62. Artikel 5.8, derde lid, Tw biedt de aanbieder een waarborg tegen onjuist gebruik of misbruik van de regeling in artikel 5.8, tweede lid, Tw. Indien de aanbieder, nadat hij zijn kabels heeft verplaatst, het vermoeden heeft dat de aangekondigde gebouwen niet of anders zijn opgetrokken, kan hij de gedoogplichtige om de volgende informatie vragen:

- het (gewijzigde) tijdstip van uitvoering;
- wijzigingen in het werkschema;
- wijzigingen ten opzichte van het eerder gepresenteerde bouwplan;
- het effect van de wijziging ten aanzien van de kabels; en

– indien van toepassing, definitief afstel.

63. Het college acht het denkbaar dat de grond aan het eerste verzoek ontvalt, indien de werkzaamheden zijn of worden uitgevoerd door of vanwege een derde, zijnde een niet bij het verzoek betrokken partij.

64. Het college hanteert geen termijn voor het indienen van een verzoek tot het nemen van een beschikking.

65. Het college beoordeelt per individueel geval of de reden van het uitstel of de wijzigingen ten opzichte van het verzoek ex artikel 5.8, tweede lid, Tw valt te verwijten aan de gedoogplichtige. Op basis daarvan bedeeft hij de kosten toe aan een van beide partijen.

66. Indien voor de aanbieder duidelijk is dat de plannen van de gedoogplichtige niet of niet in de originele vorm worden uitgevoerd, heeft de aanbieder mogelijk recht op restitutie van de door hem gemaakte kosten. Indien partijen, na onderhandelingen, geen overeenstemming bereiken, behouden beide het recht om een geschil bij het college aan te brengen. De Tw stelt hiervoor geen termijn. Het college toetst langs de in randnummers 60 en 61 aangegeven criteria.

67. Het college verneemt in het geval van een geschil van de gedoogplichtige de mogelijke redenen die hebben geleid tot uitstel, afstel of bijstelling van de bouwplannen. Daarnaast ontvangt het college gegevens waaruit blijkt dat het verplaatsen van de kabels ook in de nieuwe omstandigheden noodzakelijk was geweest, indien de kabels niet zouden zijn verplaatst. Het uitstel, afstel of de bijstelling van de bouwplannen moet binnen de originele aanvraag plaatsvinden en door dezelfde partij worden uitgevoerd.

68. Het college stelt vast dat de gedoogplichtige zoals bedoeld in artikel 5.8, tweede lid, Tw ook naderhand de partij is die het verzoek toentertijd tot de aanbieder heeft gericht. Het college acht het redelijk dat het risico bij deze partij ligt, aangezien hij de verplichting is aangegaan de grond kabelvrij op te leveren.

69. Artikel 5.8, vierde lid, Tw schrijft voor dat in het geval de gedoogplichtige binnen vijf jaar na het eerste verzoek opnieuw een verzoek tot maatregelen aan de aanbieder richt, de kosten van de maatregelen voor rekening van de gedoogplichtige zijn.²⁰

70. Het college stelt dat sprake is van het opnieuw doen van een verzoek, indien dezelfde gedoogplichtige binnen vijf jaar een nieuw verzoek om maatregelen ten aanzien van dezelfde kabel(s) richt aan dezelfde aanbieder. Hieruit volgt dat in het geval van een (vermeend) nieuw verzoek:

- het slechts die kabels betreft, die onderwerp waren van het eerste verzoek van de gedoogplichtige om maatregelen, waaronder verplaatsing, te treffen;
- de betreffende kabels slechts op twee plaatsen kunnen liggen, te weten: de locatie waar maatregelen zijn getroffen dan wel de nieuwe locatie van de kabels;
- alle andere kabels, dat wil zeggen de niet bij het eerste verzoek betrokken kabels, van de aanbieder hiervan uitgesloten zijn;
- kabels van een andere aanbieder, waarop het verplaatsingsverzoek geen betrekking heeft, hiervan uitgesloten zijn;
- derde locaties uitgesloten zijn; en
- deze regeling pas geldt voor een nieuwe gedoogplichtige, indien hij een nieuw verzoek tot de aanbieder richt. Hij heeft immers niet eerder een verzoek tot de aanbieder gericht.

71. Het college constateert dat er ten aanzien van gronden meerdere gedoogplichtigen kunnen zijn. Het college is van mening dat een andere rechthebbende op dezelfde grond die niet betrokken is geweest bij het eerste verzoek, een verzoek tot het nemen van maatregelen tot de aanbieder kan richten, ook indien een andere gedoogplichtige binnen vijf jaar een eerder verzoek tot de aanbieder heeft gericht. Er is dan geen sprake van “opnieuw”.

72. Het college toetst desgevraagd de bedenkingen die de aanbieder heeft tegen het laatstgenoemde verzoek.

73. Tevens stelt het college vast dat in sommige gevallen sprake is van gefaseerde maatregelen. Het college is van

mening dat indien de gedoogplichtige dit duidelijk in het eerste verzoek aangeeft, de gefaseerde maatregelen als één verzoek moeten worden beschouwd.

74. In het geval partijen geen overeenstemming kunnen bereiken over de toerekening van de kosten kunnen zij het college om een beschikking vragen. Als peildata neemt het college de data waarop het eerste en het tweede verzoek aan de aanbieder zijn gericht. Het college zal het geschil, naast de vijf jaar termijn, langs de in randnummer 69 aangegeven criteria toetsen.

75. Op grond van artikel 5.8, vijfde lid, Tw kan een gedoogplichtige het nemen van maatregelen afdwingen door de kosten daarvan in zijn geheel aan de aanbieder te vergoeden. In dit geval is het de gedoogplichtige op voorhand duidelijk dat hij niet aan (één van) de criteria in artikel 5.8, eerste of tweede lid, Tw voldoet.

4.3.3 Medegebruik van voorzieningen

76. Hoofdstuk 5 Tw kent twee artikelen waarin medegebruik wordt voorgeschreven aan aanbieders: artikel 5.2, zevende lid, Tw en artikel 5.12 Tw. In beginsel zal de wijze waarop het college geschillen over het begrip marktconforme vergoeding beoordeelt, overeenstemmen.²¹ Het college constateert dat de voorzieningen die zijn aangelegd op grond van artikel 5.2, zevende lid, Tw zijn aangelegd om graafrust te garanderen en dat de voorzieningen zoals bedoeld in artikel 5.12 Tw met een winstoogmerk zijn aangelegd.

Medegebruik artikel 5.2, zevende lid, Tw

77. Op grond van artikel 5.2, zevende lid, Tw kan de gedoogplichtige de aanbieder verzoeken gebruik te maken van een ondergrondse voorziening die de gedoogplichtige of een derde²² tegen een marktconforme prijs aanbiedt. Hierbij is van belang dat artikel 5.12 Tw niet van toepassing is op voorzieningen die een gedoogplichtige zelf heeft aangelegd om de overlast van het graven dan wel zeer geregeld graven te beperken ten einde een vorm van graafrust te bewerkstelligen.²³

78. Ten aanzien van de marktconforme prijs die de gedoogplichtige mag vragen als vergoeding voor het ter beschikking stellen, kan tussen de gedoogplichtige en de aanbieder een gebrek aan overeenstemming ontstaan. Artikel 5.3 Tw voorziet in een geschilregeling. Het college kan indien daartoe verzocht, vaststellen of het gevraagde tarief marktconform is.

79. Artikel 5.14 Tw verbiedt gemeenten openbare elektronische netwerken of -diensten aan te bieden en een belang te hebben in ondernemingen die voornoemde netwerken en diensten aanbieden.²⁴ Hieruit volgt dat een gemeente geen lege voorzieningen mag aanleggen met een winstoogmerk. De wetgever staat wel toe dat een gemeente ter bevordering van graafrust voorzieningen aanlegt in zijn grond.

80. Het college vult het toezicht hierop als volgt in. Daar waar de voorziening op niet commerciële wijze wordt aangeboden, is het niet gerechtvaardigd dat een rendement wordt behaald. De voorziening is immers niet met een commercieel oogmerk aangelegd.

81. Het college sluit voor wat betreft de invulling die hij zal geven aan de term 'marktconform' ex artikel 5.2, zevende lid, Tw aan bij het begrip 'redelijke vergoeding' zoals bedoeld in artikel 5.12 Tw (zie randnummer 89), aangezien deze term ten grondslag ligt aan de in dat artikel bedoelde vergoeding voor medegebruik.

82. Het college constateert dat de regeling van artikel 5.2, zevende lid, Tw niet kan gelden tussen aanbieders onderling. In die gevallen zal altijd artikel 5.12 Tw van toepassing zijn. De gedoogplichtige kan verwijzen naar eventuele capaciteit van een derde, maar moet zich hierbij rekenenschap geven van het feit dat hij aan de gedoogplicht moet voldoen. In gevallen waarin een aanbieder van mening is dat een gedoogplichtige niet aan deze plicht voldoet, kan hij het college vragen deze overtreding ongedaan te maken.

83. In het geval dat een aanbieder en een gedoogplichtige of een derde geen overeenstemming kunnen bereiken, kan het college worden gevraagd een

beschikking te geven. Indien het een voorziening van de gedoogplichtige is, dient hij een verzoek in op grond van artikel 5.3 Tw. In alle andere gevallen dient de aanbieder een verzoek in op grond van artikel 5.12 Tw.

Medegebruik artikel 5.12 Tw jo. artikel 12.2, eerste lid, Tw

84. Artikel 5.12 Tw schrijft voor dat aanbieders over en weer moeten voldoen aan redelijke verzoeken tot het medegebruik van de voorzieningen waarop de gedoogplicht van toepassing is.²⁵ De regeling ziet op het medegebruik van de bij een kabel behorende ondersteunings- en beschermingswerken. Het medegebruik van de koper- of coaxdraad of glasvezel zelf alsmede van de bij een kabel behorende signaal- en verbindingssinrichtingen, is uitgesloten van de onderhavige medegebruikregeling.

85. Het begrip 'voorziening' omvat in dit verband in ieder geval de volgende elementen:

- kabelgoten en -sleuven met bijbehorende ruimten, zoals vloer-, plafond- en wandoppervlakte waaraan kabels bevestigd, op neergezet of doorheen geleid worden;
- lege of gedeeltelijk lege buizen ter bescherming van kabels; en
- koppelruimten zoals man- en handholes, straatkabinetten.

86. Een partij die een redelijk verzoek om medegebruik heeft gedaan, dient in ieder geval ook toegang te krijgen tot de ruimte waarin medegebruik plaatsvindt.

87. In het geval partijen niet tot overeenstemming kunnen komen met betrekking tot een verzoek om medegebruik van voorzieningen, voorziet artikel 12.2, eerste lid, Tw in de mogelijkheid om een geschil in te dienen bij het college. Hieruit volgt dat de Procedureregeling geschillen en handhaving OPTA²⁶ van toepassing is. In de randnummers 22 en 25 geeft het college aan welke informatie aanbieders over en weer moeten uitwisselen.²⁷ Het college stuurt een afschrift van dit verzoek aan de ontvanger en vraagt deze in ieder geval zijn zienswijze ten aanzien van de (on)redelijkheid van het verzoek respectievelijk de vergoeding te geven. Het college toetst vervolgens of sprake is van een redelijk verzoek, respectievelijk een

redelijke vergoeding voor het medegebruik. Hierbij hanteert het college de volgende uitgangspunten.

Redelijk verzoek

88. Indien de verzoeker geen overeenstemming heeft kunnen bereiken met de ontvanger, kan de verzoeker het college op grond van artikel 12.2, eerste lid, Tw verzoeken het geschil te beslechten. Het verzoek tot geschilbeslechting bevat in ieder geval:

- de zienswijze van de verzoekende partij;
- alle relevante stukken, correspondentie, gespreksverslagen, etc.; en
- een motivering waarom het verzoek redelijk is.

89. Ten aanzien van de vraag of sprake is van een redelijk verzoek beoordeelt het college allereerst het verzoek. De verzoeker dient schriftelijk een concreet en gespecificeerd verzoek tot medegebruik in bij de ontvanger. Hierin is in ieder geval opgenomen:

- (een beschrijving van) de locaties voor het gewenste medegebruik;
- de gewenste voorzieningen;
- een omschrijving van hetgeen in, aan of op de voorzieningen wordt aangelegd;
- een omschrijving van de wijze waarop de werken worden uitgevoerd, inclusief een opsomming van de daarbij te gebruiken materialen en het tijdstip waarop de werkzaamheden aanvangen; en
- de gewenste contractduur.

90. De ontvanger motiveert in zijn zienswijze waarom hij het verzoek niet redelijk acht. Hierbij moet worden gedacht aan de technische mogelijkheden, de vergoeding of de reservering van voorzieningen.

91. De ontvanger mag zijn voorzieningen gedurende een periode van maximaal één jaar reserveren voor toekomstig gebruik. Dit kan een grond vormen om een verzoek om medegebruik van voorzieningen af te wijzen. De ontvanger moet aannemelijk kunnen maken dat de voorziening daadwerkelijk zal worden gebruikt.

Redelijke vergoeding

92. Naast de redelijkheid van het verzoek beoordeelt het college de redelijkheid van de vergoeding waartegen het medegebruik op grond van artikel 5.12, derde lid, Tw beschikbaar wordt

gesteld. Het college interpreteert artikel 5.12, derde lid, Tw op dezelfde wijze als artikel 3.11, derde lid Tw.²⁸

93. Bij besluit van 2 juni 2003, houdende regels inzake het medegebruik van antenne-opstelpunten, antennesystemen en antennes bestemd voor omroepzendernetwerken (Besluit medegebruik omroepzendernetwerken, hierna: het Besluit)²⁹ van de Minister van Economische Zaken, is invulling gegeven aan artikel 3.11 Tw. Hierbij zijn echter, mede naar aanleiding van het advies van de Raad van State, geen nadere regels gesteld met betrekking tot de vergoeding, bedoeld in artikel 3.11, derde lid, Tw. Uit de Nota van toelichting bij het Besluit volgt dat wordt volstaan met het in artikel 3.11, derde lid, Tw neergelegde uitgangspunt van een redelijke vergoeding.

94. Desalniettemin overweegt de wetgever met betrekking tot een redelijke vergoeding evenwel het volgende: “Een redelijke vergoeding betekent allereerst dat de kosten van voorzieningen die speciaal voor de desbetreffende medegebruiker worden getroffen door hem worden vergoed. Voorts betekent een redelijke vergoeding dat de kosten van gemeenschappelijk gebruikte voorzieningen proportioneel worden toegerekend, met andere woorden evenredig aan het gebruik van de voorzieningen door de desbetreffende medegebruiker van het opstelpunt in vergelijking met het gebruik door andere gebruikers. Wat betreft de vaststelling van de kosten wordt daarbij uitgegaan van de werkelijk gemaakte kosten, vastgesteld overeenkomstig de door het bedrijf toegepaste waarderingsprincipes in het kader van de financiële verslaggeving; voorts dat deze principes ook consistent worden toegepast bij de vaststelling van de tarieven van de eigen dienstverlening. Deze kosten mogen voorts worden vermeerderd met een redelijk rendement op het in het opstelpunt geïnvesteerde vermogen, voor zover dat aan het medegebruik kan worden toegerekend. Door deze aanpak wordt bewerkstelligd dat de vergoeding zowel redelijk is vanuit het perspectief van de medegebruiker als vanuit de eigenaar/exploitant.”³⁰

95. Gegeven het feit dat artikel 5.12, derde lid, Tw door het college naar

analogie op dezelfde wijze wordt geïnterpreteerd als artikel 3.11, derde lid, Tw, én gegeven dat het uitgangspunt van de wetgever in grote lijnen overeenkomt met de reeds eerder door het college in de geschillen tussen Dutchtone en KPN Telecom B.V. en Broadcast en Nozema inzake de redelijkheid van de vergoeding gevolgde benadering, acht het college de overweging van de wetgever richtinggevend bij de beantwoording van de vraag welke vergoeding voor het medegebruik van voorzieningen ter zake van aanleg en instandhouding van kabels redelijk moet worden geacht.

96. Bovendien komt dit uitgangspunt overeen met het standpunt met betrekking tot de redelijkheid van de vergoeding voor medegebruik van voorzieningen ter zake van aanleg en instandhouding van kabels, zoals het college dat heeft geconsulteerd. Zodoende wordt naar het oordeel van het college beantwoord aan de juiste afweging tussen het door een partij zelf aanleggen van voorzieningen ter zake van aanleg en instandhouding van kabels en het doen van een verzoek tot medegebruik van andermans voorzieningen (de ‘make-or-buy decision’).³¹

97. Ter bepaling van het redelijk rendement over het in de betreffende voorzieningen besloten vermogen zal het college uit gaan van de methodiek van de Weighted Average Cost of Capital.

98. Het college acht het niet mogelijk om in het kader van de onderhavige beleidsregels een meer gedetailleerde invulling te geven. Naar het oordeel van het college hangt dit te zeer af van de in een specifiek verzoek betrokken voorzieningen. Het college zal zich hierover bij de behandeling van eventuele verzoeken tot geschilbeslechting in concrete gevallen uitspreken, waarbij uiteraard geldt dat ten aanzien van vergelijkbare gevallen in principe gelijk zal worden geoordeeld.³²

99. Het college kan, indien hij dit noodzakelijk acht, bij de behandeling van een geschil besluiten tot het doen uitvoeren van een accountantsonderzoek.

5 Procedure handhaving

100. Op grond van artikel 15.1, eerste lid, onder 3, Tw zijn de bij besluit van het college aangewezen ambtenaren belast met het toezicht op de naleving van hoofdstuk 5 Tw.³³ Dit houdt in dat het college zijn handhavende bevoegdheid kan uitoefenen in geval van overtredingen van hoofdstuk 5 Tw. Het college onderscheidt twee procedures:

- het college ontvangt een verzoek tot handhaving, waarin wordt gesteld dat er sprake is van een overtreding van hoofdstuk 5 Tw; en
- het college kan naar aanleiding van een klacht of bij het vermoeden van een overtreding van hoofdstuk 5 Tw ambtshalve een onderzoek instellen.

101. Het college is op grond van artikel 15.2, tweede lid, Tw bevoegd bestuursdwang toe te passen ter handhaving van de verplichtingen gesteld bij hoofdstuk 5 Tw. Op grond van artikel 5.32, eerste lid, Algemene wet bestuursrecht kan een bestuursorgaan dat bevoegd is bestuursdwang toe te passen, in plaats daarvan een last onder dwangsom opleggen.

5.1.1 Aanleg van kabels

102. Zowel de aanbieder als de gedoogplichtige kan het college verzoecken de verplichtingen met betrekking tot de gedoogplicht te handhaven.

103. Indien de gedoogplichtige (eventueel na een beschikking van het college) op enigerlei wijze niet aan de hem bij wet opgelegde gedoogplicht voldoet, kan de aanbieder een handhavingsverzoek indienen bij het college. Indien het college een overtreding vaststelt, zal het college in beginsel maatregelen treffen teneinde de overtreding te beëindigen.

104. Een gedoogplichtige die een inbreuk op zijn eigendom vaststelt zonder dat er overeenstemming is bereikt, een schriftelijke kennisgeving is verzonden of zonder dat het college een beschikking heeft gegeven, kan een verzoek tot handhaving bij het college indienen. De verzoeker overlegt bij indiening van de aanvraag de relevante informatie die hem ter beschikking staat.

105. Indien de gedoogplichtige niet opkomt tegen de schriftelijke kennisgeving, kan hij niet in een later stadium alsnog een handhavingsverzoek indienen.

106. Het college stelt de aanbieder zo spoedig mogelijk op de hoogte van de aanvraag en sommeert de aanbieder zo nodig, bijvoorbeeld door middel van een last onder dwangsom en/of een bestuurlijke boete, de werkzaamheden stil te leggen.³⁴ De aanbieder wordt vervolgens in staat gesteld zijn zienswijze aan het college voor te leggen. Indien het college een overtreding vaststelt, zal het college in beginsel maatregelen treffen teneinde de overtreding te beëindigen.

5.1.2 Maatregelen ten aanzien van kabels

107. Indien een aanbieder na een verzoek tot maatregelen van de gedoogplichtige aangeeft geen maatregelen te zullen treffen of nalaat procedures ter voorbereiding van de maatregelen op te starten, overtreedt hij mogelijk de Tw. De gedoogplichtige kan een handhavingsverzoek indienen bij het college. Hiervoor gelden dezelfde procedure en uitgangspunten zoals beschreven in paragraaf 4.3.2.

108. Indien een aanbieder niet voldoet aan een verzoek van een gedoogplichtige tot maatregelen op diens kosten, is er mogelijk sprake van overtreding van artikel 5.8, vijfde lid, Tw en kan de gedoogplichtige een handhavingsverzoek bij het college indienen.

109. In het geval van een handhavingsverzoek met betrekking tot maatregelen stuurt het college een afschrift van de aanvraag aan de verweerder en vraagt hem om zijn zienswijze. Indien het college een overtreding vaststelt, zal het college in beginsel maatregelen treffen teneinde de overtreding te beëindigen.

110. Artikel 5.8, zesde lid, Tw stelt termijnen waarbinnen de aanbieder maatregelen moet hebben genomen. Deze termijnen komen voort uit het verzoek tot het nemen van maatregelen van de gedoogplichtige.

111. Het college neemt aan dat de gedoogplichtige per geval beslist op

welke wijze hij gebruik wil maken van deze termijnen. Het staat hem vrij hier van af te wijken, indien zijn planning andere termijnen toestaat of wenselijk maakt. Termijnen zijn niet absoluut; denkbaar is dat de gedoogplichtige aangeeft dat de oprichting van gebouwen of de uitvoering van werken pas over enige tijd zal plaatsvinden. Zo hoeft, bijvoorbeeld, de datum van het ingaan van de termijn niet te corresponderen met de datum van het verzoek indien de gedoogplichtige wil dat de maatregel aansluit op de uitvoering van zijn werkzaamheden.

112. Het college leidt uit artikel 5.8, zesde lid, Tw af dat de aanbieder de plicht heeft de gedoogplichtige te informeren wanneer de twaalf weken termijn, waarbinnen hij maatregelen moet treffen, i.c. volledige verplaatsing, ingaat. Naar de mening van het college is dat de datum waarop het tracé beschikbaar is gekomen. Indien de aanbieder dit nalaat te melden, weet de gedoogplichtige niet wanneer de termijn is ingegaan. Dit nalaten levert een overtreding op van de Tw. Het college kan hiertegen optreden met de middelen die hem hiervoor ter beschikking staan.

113. Het college houdt zich in beginsel afzijdig van het interne bedrijfsproces dat voorafgaat aan het nemen van maatregelen. Voor zover een gedoogplichtige vermoedt dat een aanbieder niet de inspanningen verricht die voortvloeien uit de wettelijk aan hem opgedragen taak, kan hij het college verzoeken maatregelen ter zake te treffen.

5.1.3 Medegebruik van voorzieningen

114. In het geval dat een aanbieder geen opvolging wil geven aan het verzoek tot medegebruik ex artikel 5.2, zevende lid, Tw van een gedoogplichtige kan laatstgenoemde het college verzoeken medegebruik af te dwingen met de middelen die het college ter beschikking staan. Het college zal de aanbieder vragen naar zijn beweegredenen. Het college toetst langs de lijnen van artikel 5.12 Tw, maar beoordeelt tevens of aan artikel 5.2, zevende lid, Tw is voldaan.

115. In het geval van een verzoek tot handhaving van de regels rond het

medegebruik van voorzieningen ex artikel 5.12 Tw toetst het college op dezelfde wijze als in het geval van een verzoek tot geschilbeslechting. Indien het college een overtreding vaststelt, kan het college hiertegen optreden met de middelen die hem hiervoor ter beschikking staan.

6 Inwerkingtreding

116. Het college trekt bij dezen de beleidsregels van 2003 in.

117. Deze beleidsregels treden in werking met ingang van de dag na publicatie in de Staatscourant.

Vastgesteld te Den Haag op 9 juni 2008.

Het college van de Onafhankelijke Post en Telecommunicatie Autoriteit, namens het college,
C.A. Fonteijn, voorzitter.

¹ Op grond van artikel 5.16 Tw wordt voor de toepassing van hoofdstuk 5 Tw, met uitzondering van artikel 5.12 Tw, een door de Minister van Economische Zaken aangewezen elektronisch communicatienetwerk dat geheel of hoofdzakelijk wordt gebruikt wordt voor vitale overheidstaken, gelijkgesteld met een openbaar elektronisch communicatienetwerk.

² Stb. 2008, 120.

³ Kamerstukken II 2004/05, 29 834, nr. 3, p. 47.

⁴ Artikel 1.1, onder o, Tw (1998), Stb. 1998, 610.

⁵ Artikel 5.4, zevende lid, Tw ("Indien een gemeente gedoogplichtig is, vindt artikel 5.3 geen toepassing voor zover de belangen van de gemeente kunnen worden behartigd in het door burgemeester en wethouders te verlenen instemmingsbesluit.") en artikel 5.5, derde lid, Tw ("Artikel 5.4, zevende lid, is van overeenkomstige toepassing in het geval van vergunningverlening als bedoeld in het eerste lid.")

⁶ Zie voetnoot 5.

⁷ Regeling schriftelijke kennisgeving aanleg kabels, Stcrt. 2007, nr. 10, p. 9.

⁸ Deze regeling is niet van toepassing in de gevallen dat aan een gemeente instemming ex artikel 5.4 Tw wordt gevraagd.

⁹ Rb. Rotterdam 23 november 2005 (Gemeente Westland/KPN), 02/1470, LJN AV2656. De Rechtbank wijst er op dat "(...) de gemeente nog geen inzage in het bestek heeft verstrekt waardoor de exacte plaats van de verankerings-elementen en de diepte ervan niet bekend is, zodat KPN niet kan beoordelen of door het plaatsen van de speeltuinstellen schade aan de kabels kan ontstaan."

¹⁰ Rb. Rotterdam 28 oktober 2005 (Gemeente Breda/KPN), 03/3251, LJN AV2624.

¹¹ De aanleg mag niet leiden tot een verandering in de bestemming van de grond of het gebouw, een verandering in de uiterlijke gedaante daarvan en de belemmering in het gebruik daarvan dient tot een minimum beperkt te blijven.

¹² Op verzoek van de gedoogplichtige maakt de aanbieder gebruik van ondergrondse voorzieningen die door de gedoogplichtige of een derde tegen een marktconforme prijs ter beschikking worden gesteld (zie vanaf randnummer 77).

¹³ Kamerstukken II 2004/05, 29 834, nr. 3, p. 48.

¹⁴ Zie bijvoorbeeld OPTA, Last onder dwangsom "het opleggen van de gedoogplicht inzake kabels en netwerkaansluitpunten in wooncomplex Westerduin o.b.v. artikel 5.5, eerste lid, onder b, Tw", H.4.01, 1 mei 2002 (datum publicatie website).

¹⁵ CBb 4 februari 2005, AWB 04/480 en 04/486, LJN AS5102.

¹⁶ OPTA, Beschikking inzake het geschil ex artikel 5.8, zevende lid, Tw (KPN B.V. e.a./Gemeenten Lansingerland en Zevenhuizen-Moerkapelle), 5 maart 2008, randnummers 48-54.

¹⁷ Kamerstukken II 2004/05, 29 834, nr. 3, p. 57.

¹⁸ Kamerstukken II 2004/05, 29 834, nr. 3, p. 58.

¹⁹ Het college acht 'hinder' van dezelfde orde als 'noodzaak' in artikel 5.8, eerste lid, Tw.

²⁰ Kamerstukken II 2004/05, 29 834, nr. 3, p. 58. Deze situatie geldt eveneens bij de aanleg van nieuwe kabels. Het college legt nieuwe kabels zoals hier bedoeld uit als nieuwe kabels die ter vervanging van de kabels in het oude tracé door de aanbieder worden aangelegd.

²¹ Geschilbeslechting ten aanzien van medegebruik zoals bedoeld in artikel 5.2, zevende lid, Tw valt onder artikel 5.3 Tw, geschilbeslechting ten aanzien van medegebruik zoals bedoeld in artikel 5.12 Tw valt onder artikel 12.2, eerste lid, Tw.

²² Het college merkt op dat het in artikel 5.2, zevende lid, Tw gebruikte begrip 'derde' afwijkt van wat in artikel 5.12, tweede lid, Tw met 'derde' wordt bedoeld. In het eerstgenoemde geval is 'derde' een derde partij, anders dan de gedoogplichtige en de aanbieder.

²³ Kamerstukken II 2004/05, 29 834, nr. 3, p. 4.

²⁴ Zie voor uitzonderingen artikel 20.12 Tw.

²⁵ Deze plicht geldt ook voor 'derden' als bedoeld in artikel 5.12, tweede lid, Tw.

²⁶ Procedureregeling geschillen en handhaving OPTA, 21 maart 2005.

²⁷ Voor een geschil inzake medegebruik op grond van artikel 5.2, zevende lid, Tw verwijst het college naar de procedure van artikel 5.3 Tw.

²⁸ Art. 3.11, derde lid, Tw bepaalt ten aanzien van het medegebruik van antenne-opstelpunten dat de houder van een vergunning voor het gebruik van frequentieruimte, en de derde die gehouden is toestemming tot dergelijk medegebruik te verlenen, dit medegebruik tegen een redelijke vergoeding ter beschikking dienen te stellen. Het college heeft in het consultatiedocument voorafgaand aan onderhavige beleidsregels aangegeven dat hij, indien partijen geen overeenstemming kunnen bereiken over de redelijke vergoeding, voor de invulling van dit begrip zal aansluiten bij zijn overwegingen in de besluiten in de geschillen tussen Dutchtone en KPN Telecom B.V. en Broadcast en Nozema. Het college doelt hierbij op de wetgeving zoals deze gold in 2003.

²⁹ Stb. 2003, 232.

³⁰ Besluit medegebruik omroepzendernetwerken, nota van toelichting, p. 8 en 9.

³¹ Zie in dit verband de randnummers 151 tot en met 155 van het Consultatiedocument inzake de gedoogplicht voor de aanleg, instandhouding en opruiming van kabels van 21 februari 2003, OPTA/IBT/2003/200654.

³² Een en ander geldt ook ten aanzien van de bij de facturering van de redelijke vergoeding denkbare modaliteiten (bijvoorbeeld maandelijks, jaarlijks, eenmalig).

³³ Uitgezonderd de artikelen 5.1, 5.4, 5.5, 5.6, tweede, derde lid, vierde en vijfde lid, 5.7, 5.13 en 5.14 Tw.

³⁴ Indien blijkt dat de gedoogplichtige heeft nagelaten een verzoek in te dienen, ex artikel 5.3, derde lid, Tw, kan het college het verzoek tot handhaving niet-ontvankelijk verklaren.