

Glasvezelaanleg in Nederland: gedoogplicht versus graafrust

Door heel Nederland wordt op dit moment door verschillende partijen op grote schaal glasvezel aangelegd. Gemeenten zijn verplicht partijen toe te staan glasvezel aan te leggen in openbare gronden. Aanleggers kunnen namelijk een beroep doen op de gedoogplicht uit de Telecommunicatiewet. Wel dienen partijen met de desbetreffende gemeenten afspraken te maken over de manier (en het tijdstip) waarop de (graaf)werkzaamheden zullen gaan plaatsvinden. In de praktijk blijkt het niet altijd even eenvoudig overeenstemming te bereiken over het tijdstip waarop de werkzaamheden mogen worden uitgevoerd. Zeker niet als zich meerdere partijen melden die gelijktijdig glasvezel willen aanleggen in een gemeente. Want wie mag dan eerst? Waar het voorheen “rustig” was met betrekking tot jurisprudentie over de gedoogplicht, heeft de rechtbank Rotterdam het er de afgelopen twee jaar maar druk mee.

In dit artikel zal eerst kort het relevante wettelijke kader worden geschetst met betrekking tot de gedoogplicht en – in het verlengde daarvan – de mogelijkheid van gemeenten om graafrust op te leggen. Vervolgens zal aan de hand van een overzicht van (recente) jurisprudentie worden bekeken hoe de rechter kijkt naar de manier waarop gemeenten graafrust in de praktijk toepassen.

Wettelijk kader

Gedoogplicht voor openbare gronden¹

De gedoogplicht kent zijn oorsprong in de Telegraaf- en Telefoonwet uit 1904. In eerste instantie was de gedoogplicht alleen van toepassing op de kabels van het Staatsbedrijf PTT. In de Telecommunicatiewet (Tw) van 1998 is de gedoogplicht uitgebreid naar alle aanbieders van openbare elektronische communicatienetwerken.² De wetgever acht de inbreuk die de gedoogplicht meebrengt voor de rechten van rechthebbenden op of beheerders van gronden, gerechtvaardigd, omdat hoogwaardige elektronische communicatievoorzieningen en keuzevrijheid van groot belang zijn in het maatschappelijk verkeer.³ Het feit dat een wettelijke gedoogplicht bestaat voor telecommunicatienetwerken, is best bijzonder. Voor andere nutsinfrastructuur (zoals elektriciteitskabels, gas- en waterleidingen) bestaat namelijk geen algehele wettelijke gedoogplicht. Partijen die deze werken wensen aan te leggen en geen

overeenstemming kunnen bereiken met grondeigenaren, kunnen slechts een beroep doen op de Belemmeringenwet Privaatrecht. Op grond daarvan kan de minister van Infrastructuur en Waterstaat worden verzocht een gedoogverplichting op een specifiek perceel van de rechthebbende op te leggen.

In openbare gronden *moeten* alle (glasvezel)kabels dus worden gedoogd. Dat betekent dat de gemeente, als eigenaar/beheerder van openbare gronden, toestemming voor de aanleg van (glasvezel)kabels in die openbare gronden niet mag weigeren. Op grond van artikel 5.4 lid 1 Tw mag een aanbieder van een openbaar elektronisch communicatienetwerk werkzaamheden pas uitvoeren in openbare gronden, als (a.) het voornemen daartoe schriftelijk is gemeld bij het college van burgemeester en wethouders (het College) van de desbetreffende gemeente en (b.) van het College instemming is verkregen over de plaats, het tijdstip, en de wijze van uitvoering van de werkzaamheden.⁴

* Mr. D. de Nijs-Klein is senior bedrijfsjurist bij KPN. Dit artikel is op persoonlijke titel geschreven.

1 In dit artikel zal het wettelijke gedoogregime dat geldt voor niet-openbare gronden niet worden besproken.

2 De gedoogplicht geldt alleen voor kabels die ten dienste van een openbaar elektronisch communicatienetwerk worden aangelegd, in stand gehouden en

opgeruimd en dus niet voor antennes en antenne opstelplaatsen. Daarvoor is in de wet voorzien in een systeem van medegebruik.

3 MvT, *Kamerstukken II* 2004/05, 29 834, nr. 3, p. 5.

4 MvT, *Kamerstukken II* 2004/05, 29 834, nr. 3, p. 10 en Rb. Rotterdam 7 augustus 2007, ECLI:NL:RBROT:2007:BB4603.

Geen weigering, wel voorschriften

Hoewel (een) instemming(sbesluit) dus niet mag worden geweigerd, kan het College ten aanzien van de te verrichten werkzaamheden wel voorschriften opnemen in het instemmingsbesluit. Dit mag het College op grond van artikel 5.4 lid 2 Tw alleen doen om redenen van (i) openbare orde, (ii) veiligheid, (iii) het voorkomen of beperken van overlast, (iv) de bereikbaarheid van gronden of gebouwen, of (v) ondergrondse ordening (tezamen: redenen van publiek belang). Voor wat betreft redenen (i) en (ii) wordt in de parlementaire geschiedenis opgemerkt dat die “voor zich spreken”. De redenen (iii), (iv) en (v) licht de wetgever wel nader toe.⁵

Bij “voorkomen of beperken van overlast” kan worden gedacht aan een situatie waarin meerdere voornemens worden gemeld. Het College kan in het kader van zijn coördinerende rol besluiten deze werkzaamheden qua tijdstip op elkaar af te stemmen om hiermee de overlast te beperken, dan wel het voorschrift stellen dat onderling overleg plaatsvindt. Voor wat betreft “bereikbaarheid van gronden of gebouwen” geeft de wetgever aan dat daarbij kan worden gedacht aan het stellen van voorschriften met betrekking tot het bereikbaar houden van de desbetreffende en omringende gronden. Ook de doorstroming van het verkeer en het openhouden van een verkeersweg voor ambulance, politie of brandweer kunnen bij het stellen van deze voorschriften een rol spelen. Als het gaat om de categorie “ondergrondse ordening” kan worden gedacht aan voorschriften die medegebruik van al aanwezige (ondergrondse) voorzieningen bevorderen. Op deze wijze kan worden voorkomen dat de ondergrond onnodig vol raakt. Voorts kan bij ondergrondse ordening gedacht worden aan bescherming van al in de grond aanwezige werken, zoals werken ten behoeve van het transport of de levering van gas, water en elektriciteit, of aan de bescherming van andere in de grond aanwezige zaken zoals objecten van archeologische waarde.

Niet alleen *de reden waarom* het College voorschriften mag verbinden aan een instemming, volgt uit de wet (dus om redenen van publiek belang). Artikel 5.4 bepaalt ook *waarover* eventuele voorschriften inhoudelijk mogen gaan. Voorschriften die aan een instemmingsbesluit worden verbonden, mogen slechts betrekking hebben op (a.) de plaats van de werkzaamheden, (b.) het tijdstip van de werkzaamheden, (c.) de wijze van uitvoering van de werkzaamheden, (d.) het bevorderen van medegebruik van voorzieningen en (e.) het afstemmen van de voorgenomen werkzaamheden met beheerders van overige in de grond aanwezige werken.

In de context van dit artikel is vooral voorschrift (b.) – het tijdstip van de werkzaamheden – relevant. Op grond van artikel 5.4 lid 3 onder b Tw mag het tijdstip van de werkzaamheden in beginsel niet later liggen dan twaalf maanden na de datum van afgifte van het instemmingsbesluit. Daarnaast dient het College bij het verlenen van een instemming de door de aanvrager gewenste datum als uitgangspunt te nemen.⁶ Als het College een datum wil voorschrijven die weliswaar binnen de twaalf maanden na de datum van afgifte van het instemmingsbesluit ligt maar afwijkt van de wensdatum van de aanvrager (en daarmee graafrust oplegt) zal het moeten motiveren waarom dat nodig is. Alleen als het College meent dat sprake is van “zwaarwichtige” redenen van publiek belang,

heeft de College de mogelijkheid een later gelegen tijdstip voor te schrijven dan de gebruikelijke twaalf maanden na afgifte instemmingsbesluit. Met andere woorden: het College mag bij zwaarwichtige redenen van publiek belang eventueel graafrust opleggen van meer dan twaalf maanden. Als voorbeeld van zo'n zwaarwichtige reden noemt de wetgever het geval dat straten niet lang geleden al opengebrouwen zijn geweest, waardoor veel overlast is ontstaan voor winkeliers die hiervan schade hebben ondervonden, en van die winkeliers niet verlangd kan worden dat zij weer met deze overlast worden geconfronteerd.⁷ Op het moment dat het College meent dat sprake is van zwaarwichtige redenen van publiek belang die nopen tot het opleggen van graafrust van meer dan twaalf maanden, zal het dat vanzelfsprekend duidelijk, objectief en transparant moeten onderbouwen.

Daarnaast geldt dat het College elke afwijking van de door de aanlegger gewenste datum zo beperkt mogelijk dient te houden.⁸ Verder mag de inzet van deze bevoegdheid er in de praktijk niet toe leiden dat een partij permanent wordt uitgesloten van de uitrol van glasvezel in een bepaald gebied.⁹

Voor de duidelijkheid: op het moment dat graafrust wordt opgelegd, betekent dat niet dat instemming wordt geweigerd. In alle gevallen blijft voor de gemeente namelijk de gedoogplicht van toepassing en zal het College instemming moeten verlenen. In het geval van graafrust wordt slechts als voorwaarde aan het instemmingsbesluit verbonden dat de voorgenomen werkzaamheden dienen plaats te vinden op een later tijdstip dan de aanlegger wenst.

Jurisprudentie

Zoals gezegd zijn er op dit moment verschillende partijen die in Nederland glasvezel aanleggen. Het gaat hierbij om zowel aanbieders van elektronische communicatienetwerken die in het kader van hun eigen telecommunicatiedienstverlening glasvezel aanleggen als partijen die glasvezel aanleggen enkel als investering (bijvoorbeeld pensioenfondsen). In veel gemeenten doet zich de situatie voor dat twee of meer van dit soort partijen zich (min of meer) tegelijkertijd melden en instemming willen voor het uitvoeren van werkzaamheden in hetzelfde gebied. De desbetreffende gemeenten dienen met al die partijen overeenstemming te bereiken over de plaats, wijze van uitvoering en het tijdstip van de werkzaamheden. Vooral dat laatste – het tijdstip waarop de verschillende partijen de werkzaamheden mogen uitvoeren – leidt de afgelopen tijd tot juridische discussies. Vaak komt het er namelijk op neer dat één partij als eerste mag starten met werkzaamheden en dat voor de andere partij een periode van graafrust gaat gelden. Hierna wordt aan de hand van verschillende uitspraken uiteengezet welke spelregels gelden voor gemeenten bij het aan meer partijen verlenen van instemmingen en het eventueel opleggen van graafrust.

Gemeente Hilvarenbeek¹⁰

In een uitspraak uit 2013, die opvallenderwijs pas in februari van 2022 is gepubliceerd (wellicht gelet op de toegenomen relevantie), oordeelt de voorzieningenrechter dat de manier waarop het College van de gemeente Hilvarenbeek invulling

5 MvT, Kamerstukken II 2004/05, 29 834, nr. 3, p. 53.

6 Kamerstukken II 2004/05, 29834, nr. 7 p. 5.

7 Kamerstukken II 2004/05, 29 834, nr. 3, p. 53.

8 Kamerstukken II 2004/05, 29834, nr. 7 p. 5.

9 Autoriteit Consument & Markt – Update marktstudie uitrol van glasvezel in Nederland, 6 mei 2021, p. 36.

10 Rb. Rotterdam 1 november 2013, ECLI:RBROT:2013:8582.

had gegeven aan de coördinerende rol die het op grond van artikel 5.4 Tw had bij de werkzaamheden die aanlegger A en aanlegger B (deels) tegelijkertijd in hetzelfde gebied wilden uitvoeren leidde tot ongelijke behandeling van partijen, zonder dat daarvoor een redelijke grondslag bestond. Wat was er namelijk aan de hand? Het College had op dezelfde dag aan aanlegger A en aanlegger B instemming verleend. Voor aanlegger B was echter een extra beperkend voorschrift, te weten twaalf maanden graafrust, opgenomen. Als reden hiervoor gaf het College dat aanlegger A het eerst was met het indienen van een (complete) aanvraag. Dat alleen is voor de voorzieningenrechter echter niet voldoende om partijen anders te behandelen. In het kader van de coördinerende taak die het College op grond van artikel 5.4 van de Tw heeft, is de datum van de aanvraag of de compleetheid daarvan namelijk geen criterium. Dat aanlegger A eerder was met de aanvraag of dat die aanvraag eerder compleet was, kan de ongelijke behandeling van partijen niet rechtvaardigen, nu de instemmingsbesluiten op dezelfde datum zijn genomen. Aangezien de aanvragen in dezelfde periode zijn gedaan, was er bij uitstek gelegenheid voor het College gestalte te geven aan zijn coördinerende taak en beide partijen daarbij op gelijkwaardige manier te behandelen, aldus de voorzieningenrechter.¹¹

Gemeente Utrecht¹²

In 2015 heeft de rechtbank Midden-Nederland een interessante uitspraak gedaan. Hier bepaalde de rechter dat de beoordelingsvrijheid van het College bij een aanvraag van een instemmingsbesluit gelet op het limitatieve wettelijke systeem zeer beperkt is. Het betreft een gebonden beschikking. Er is slechts ruimte voor een afweging van de eigen belangen als gedoogplichtige en de publieke belangen. Private belangen van derden zoals omwonenden kunnen daarbij geen rol spelen.¹³ Daarnaast oordeelde de rechter dat het College niet gehouden was eiseres in de gelegenheid te stellen een zienswijze naar voren te brengen. Daarvoor was van belang dat het College zoals gezegd geen ruimte had voor een afweging van belangen van andere dan de eigen belangen als gedoogplichtige en de in artikel 5.4 Tw beschreven publieke belangenbehartiging.¹⁴

Gemeente Den Haag¹⁵

In een uitspraak van de rechtbank Rotterdam uit 2020 zien we, in afwijking van de zojuist genoemde uitspraak uit 2015 (Gemeente Utrecht), dat de voorzieningenrechter van oordeel is dat het College de aanleg van glasvezel weliswaar verplicht is te gedogen, maar dat het College beter had moeten onderzoeken welke gevolgen de aanleg door aanlegger B had op het reeds in de grond aanwezige glasvezelnetwerk van aanlegger A. In dat kader had het College aanlegger A ook in de gelegenheid moeten stellen op dat punt zijn zienswijze te geven.¹⁶ Waar de rechter in 2015 dus nog oordeelde dat er slechts ruimte is voor een afweging van de eigen belangen van de gemeente als gedoogplichtige en de publieke belangen en dat private belangen van derden daarbij geen rol kunnen spelen, stelt de rechter in deze uitspraak dat niet kan worden gezegd dat de mogelijkheid om aan het instemmingsbesluit voorschriften te

verbinden die zien op “het afstemmen van de voorgenomen werkzaamheden met beheerders van overige in de grond aanwezige werken” (dus artikel 5.4 lid 4 sub e Tw) niet mede strekt ter bescherming van de belangen van partijen die reeds glasvezel hebben aangelegd op de desbetreffende locatie.¹⁷

Gemeente Sittard-Geleen

In de gemeente Sittard-Geleen speelde een interessante kwestie. Wat was er aan de hand? Aanlegger A en aanlegger B wilden beide in de gemeente glasvezel uitrollen en hadden daartoe gelijktijdig instemmingsaanvragen lopen. In maart 2022 worden aan aanlegger A verschillende instemmingen verleend, terwijl de aanvraag van aanlegger B wordt opgeschort (omdat de aanvraag niet compleet zou zijn). Aanlegger B gaat vervolgens in bezwaar tegen zowel de instemmingsbesluiten van aanlegger A als tegen het feit dat zijn eigen aanvraag is opgeschort. Vervolgens verzoekt aanlegger B de voorzieningenrechter om hangende deze bezwaren de werking van de instemmingsbesluiten van aanlegger A op te schorten. Omdat aanlegger B meent de zitting bij de voorzieningenrechter niet te kunnen afwachten, verzoekt aanlegger B de rechter een ordemaatregel te treffen in afwachting van die zitting. Met succes, want op 4 april 2022¹⁸ schorst de voorzieningenrechter, zonder zitting, een tweetal instemmingsbesluiten van aanlegger A om vervolgens op 6 april 2022¹⁹ het verzoek van aanlegger A tot opheffing van deze schorsing af te wijzen.

Hoewel de voorzieningenrechter begrip heeft voor het feit dat aanlegger A schade lijdt als gevolg van de stillegging van de graafwerkzaamheden of het uitstellen daarvan, komt aan het spoedeisend belang van aanlegger B (te weten, de reële mogelijkheid dat de instemmingsbesluiten van aanlegger A tot gevolg hebben dat voor aanlegger B twaalf maanden graafrust gaat gelden) meer gewicht toe. In dit kader weegt voor de voorzieningenrechter zwaar dat het beeld naar voren komt dat het College geen invulling geeft aan zijn plicht om samenlopende aanvragen gecoördineerd te behandelen maar daarentegen aanlegger A faciliteert en aan aanlegger B eisen tegenwerpt die op het eerste gezicht geen grondslag in artikel 5.4 Tw vinden.²⁰ Op 20 april 2022 vindt dan uiteindelijk de zitting plaats waarbij de vraag voorligt of de ordemaatregel moet worden gehandhaafd.

De voorzieningenrechter wijst er om te beginnen op dat uit artikel 43 van de Telecomcode²¹ volgt dat wanneer het College een aanvraag behandelt voor het verlenen van rechten aan een aanbieder, hij de beginselen van transparantie en non-discriminatie in acht moet nemen bij het verbinden van voorwaarden aan die rechten.²² Daarbij neemt de voorzieningenrechter verder in aanmerking dat wanneer graafrust zou worden opgelegd, feitelijk sprake is van een schaarse vergunning. Gelet op de jurisprudentie van de Afdeling, dient het College dus de op het gelijkheidsbeginsel gebaseerde rechtsnorm toe te passen die ertoe strekt dat bij de verdeling van schaarse vergunningen aan (potentiële) gegadigden ruimte moet worden geboden om naar de beschikbare vergunningen mee te dingen.²³

11 Rb. Rotterdam 1 november 2013, ECLI:RBROT:2013:8582, r.o. 8-10.

12 Rb. Midden-Nederland 13 mei 2015, ECLI:NL:RBMNE:2015:3435.

13 Rb. Midden-Nederland 13 mei 2015, ECLI:NL:RBMNE:2015:3435, r.o. 6.

14 Rb. Midden-Nederland 13 mei 2015, ECLI:NL:RBMNE:2015:3435, r.o. 7.3.

15 Rb. Rotterdam 21 oktober 2020, ECLI:RBROT:2020:9443.

16 Rb. Rotterdam 21 oktober 2020, ECLI:RBROT:2020:9443, r.o. 16.1-16.3.

17 Rb. Rotterdam 21 oktober 2020, ECLI:RBROT:2020:9443, r.o. 13.3.

18 Rb. Rotterdam 4 april 2022, ECLI:RBROT:2022:2508.

19 Rb. Rotterdam 6 april 2022, ECLI:NL:RBROT:2022:2578.

20 Rb. Rotterdam 6 april 2022, ECLI:NL:RBROT:2022:2578, r.o. 4.

21 Richtlijn (EU) 2018/1972, *PbEU* 2018, L 321/36.

22 Rb. Rotterdam 22 april 2022, ECLI:NL:RBROT:2022:3048, r.o. 10.4.

23 ABRvS 2 november 2016, ECLI:RVS:2016:2927, r.o. 8 (Speelautomatenhal Vlaardingen). Zie ook Cbb 3 juni 2009, ECLI:NL:CBB:2009:BI6466.

Aanlegger A meent echter dat in het onderhavige geval van gelijke gevallen geen sprake is (en dat dus ook geen sprake hoefde te zijn van gelijke behandeling). In reactie daarop staat de voorzieningenrechter eerst stil bij de vraag of het College aanlegger A en aanlegger B ongelijk heeft behandeld. Met aanlegger B is de voorzieningenrechter van oordeel dat een aantal feiten en omstandigheden aannemelijk maakt dat het College de voorkeur gaf aan uitrol van een glasvezelnetwerk van aanlegger A boven dat van aanlegger B en beide aanleggers ongelijk heeft behandeld. Zo heeft het College met aanlegger A een samenwerkingsovereenkomst gesloten, terwijl aan het verzoek van aanlegger B om een dergelijke overeenkomst te sluiten geen gevolg werd gegeven. Dat terwijl het sluiten van zo'n samenwerkingsovereenkomst door het College wel als voorwaarde is gehanteerd om een aanvraag om instemming te beoordelen. Aanlegger B is daarom op onrechtmatige wijze "in de wacht gezet", aldus de voorzieningenrechter. Ook viel op dat het College voor wat betreft de instemmingsaanvragen van aanlegger B in verzuim was om tijdig te beslissen, terwijl de instemmingsaanvragen van aanlegger A vaak dezelfde dag nog werden goedgekeurd.²⁴

Aanlegger A en het College stellen zich op het standpunt dat aanlegger A en aanlegger B niet gelijk hoefden te worden behandeld, omdat bij de voorliggende instemmingsaanvragen geen sprake is van gelijke gevallen. De aanvraag van aanlegger B is immers niet compleet. De voorzieningenrechter concludeert dat de aanvraag van aanlegger B (ook na aanvulling) inderdaad niet compleet is, terwijl de aanvraag van aanlegger A dat wel is. Van (volledig) gelijke gevallen is daarom inderdaad geen sprake, aldus de voorzieningenrechter.²⁵

De vraag welke gevolgen aan die constatering moeten worden verbonden, beantwoordt de voorzieningenrechter als volgt. De rechtbank Rotterdam heeft in 2013 (Gemeente Hilvarenbeek) weliswaar geoordeeld dat in het kader van de coördinerende taak van het College de datum van de aanvraag of de compleetheid daarvan geen criterium vormt, maar dat maakt niet dat het College gehouden is in het geval van een onvolledige aanvraag steeds te wachten met verlenen van instemming aan een andere aanvrager die in dezelfde periode wel een complete aanvraag heeft gedaan. Daarbij acht de voorzieningenrechter wel van belang dat in de onderhavige zaak, anders dan in de uitspraak uit 2013, geen besluit voorligt waarbij één van de twee aanvragers een jaar moet wachten met de werkzaamheden vanwege graafrust. Het gaat hier om hooguit een termijn van twee á drie maanden. Gelet hierop, het feit dat de schade voor aanlegger A groot zal zijn als de ordemaatregel niet wordt opgeheven en het feit dat aanlegger B vanwege de nog altijd incomplete aanvraag vooralsnog toch niet zal kunnen starten met graven, heft de voorzieningenrechter de ordemaatregel op.

Gemeenten Uitgeest en Castricum²⁶

Hier is wederom sprake van een situatie waarin twee aanleggers tegelijkertijd glasvezel willen aanleggen. Aanlegger A krijgt instemming om in Uitgeest werkzaamheden uit te voeren in de periode 2 mei 2022 tot 1 mei 2023 en in Castricum in de periode 1 september 2022 tot 31 augustus 2023. Aanlegger B mag, als gevolg van opgelegde graafrust, in beide gemeenten

pas aan de slag vanaf 1 januari 2024. Aanlegger B meent dat beide Colleges ten onrechte graafrust hebben opgelegd en dat sprake is van ongelijke behandeling. Dat terwijl de Colleges bij het verdelen van schaarse vergunningen gegadigden via een transparante procedure de gelegenheid moeten bieden om mee te dingen naar de beschikbare vergunningen, aldus aanlegger B. Aanlegger B gaat daarom in bezwaar tegen de verleende instemmingen en verzoekt de voorzieningenrechter daarnaast een voorlopige voorziening te treffen.

De voorzieningenrechter staat eerst stil bij de situatie in Uitgeest en stelt vast dat die zaak zich in betekenende mate onderscheidt van de zaken die eerder voorlagen bij de rechtbank Rotterdam. In de onderhavige kwestie was aan aanlegger A namelijk al instemming verleend, voordat aanlegger B zich überhaupt bij het College had gemeld. Daarnaast acht de voorzieningenrechter aannemelijk dat publieke belangen zijn gemoeid met het aan aanlegger B opleggen van graafrust en dat die belangen op het moment van doen van de uitspraak zwaarder wegen dan de commerciële belangen van aanlegger B. Wel betwijfelt de voorzieningenrechter of het College in redelijkheid heeft kunnen besluiten een graafrust van twintig maanden aan aanlegger B op te leggen. Uit artikel 5.4, derde lid, aanhef en onder b Tw volgt immers dat het toegestane tijdstip van aanvang van de werkzaamheden, behoudens zwaarwichtige redenen van publiek belang, niet later mag liggen dan twaalf maanden na de datum van afgifte van het instemmingsbesluit. De voorzieningenrechter is er niet van overtuigd dat zwaarwichtige redenen van publiek belang zich gedurende de twintig maanden voordoen. Althans, dat heeft het College onvoldoende gemotiveerd.²⁷ De voorzieningenrechter ziet echter geen reden voor het treffen van een voorlopige voorziening.

Vervolgens beoordeelt de voorzieningenrechter de situatie in Castricum. Hier komen de feiten en omstandigheden voor een groot deel overeen met de kwestie die in 2013 speelde in Hilvarenbeek. De oorspronkelijke melding van aanlegger B kwam namelijk op dezelfde dag binnen bij de gemeente als die van aanlegger A. Echter, de melding van aanlegger B was verre van compleet. Hoewel de pro-forma melding van aanlegger B volgens de voorzieningenrechter veel weg heeft van "handdoekje leggen", kan aanlegger B niet het recht worden ontzegd een melding te doen. Gelet op de gelijktijdige indiening door twee partijen had het College een coördinerende rol moeten vervullen (bijvoorbeeld door aanlegger B te vragen de aanvraag te complementeren) en had het College niet versneld aan aanlegger A instemming mogen verlenen. Op zich acht de voorzieningenrechter het opleggen van graafrust niet zonder meer in strijd met de verplichting gelijke kansen te bieden aan aanbieders (de Tw voorziet immers in de mogelijkheid tot het opleggen van graafrust)²⁸, maar omdat vanwege de ingeroepen graafrust sprake is van schaarse rechten, lag het in deze zaak – waarin nog geen sprake was van een onherroepelijk instemmingsbesluit van aanlegger A – in de rede dat het College een minder vrijblijvende coördinerende rol zou hebben vervuld alvorens aanlegger B graafrust op te leggen.²⁹

Voor de situatie in Castricum staan partijen nogmaals voor de rechter, als aanlegger B zich ook niet kan vinden in de heroverweging van het College en in beroep gaat tegen de ver-

24 Rb. Rotterdam 22 april 2022, ECLI:NL:RBROT:2022:3048, r.o. 12.2.

25 Rb. Rotterdam 22 april 2022, ECLI:NL:RBROT:2022:3048, r.o. 12.8.

26 Rb. Rotterdam 20 juni 2022, ECLI:NL:RBROT:2022:4911.

27 Rb. Rotterdam 20 juni 2022, ECLI:NL:RBROT:2022:4911, r.o. 17-19.

28 Rb. Rotterdam 20 juni 2022, ECLI:NL:RBROT:2022:4911, r.o. 15.

29 Rb. Rotterdam 20 juni 2022, ECLI:NL:RBROT:2022:4911, r.o. 20.

schillende beslissingen op bezwaar. Ook wordt wederom een voorlopige voorziening gevraagd.³⁰ In de beslissingen op bezwaar is de periode van graafrust voor aanlegger B ingekort, maar de instemmingen van aanlegger A zijn ongewijzigd in stand gelaten. Waar de voorzieningenrechter voor wat betreft het besluit in primo meende dat het College zijn coördinerende taak te vrijblijvend had vervuld, oordeelt de voorzieningenrechter dat het College bij de heroverweging van de verschillende besluiten wel voldoende invulling heeft gegeven aan zijn coördinerende rol. Het College heeft gemotiveerd uiteengezet dat bezwaren bestaan tegen gezamenlijke aanleg, te weten (onder meer) het gebrek aan capaciteit van het College om toezicht te houden als beide partijen tegelijk werkzaamheden zouden uitvoeren. Volgens de voorzieningenrechter kan niet worden gevegd dat het College zijn toezichtcapaciteit uitbreidt enkel omdat één partij tegelijkertijd met een andere partij wil graven. Het College moest dus kiezen wie als eerste mocht starten met de graafwerkzaamheden. De voorzieningenrechter is van oordeel dat het College in het kader van die keuze heeft kunnen besluiten aanlegger A daarbij voorrang te geven ten opzichte van aanlegger B. Daarbij heeft het College van doorslaggevend belang mogen achten dat aanlegger A al langer in gesprek was met het College en wel een volledige melding had gedaan.³¹

Gemeente Papendrecht³²

Ook in de gemeente Papendrecht speelde de inmiddels bekende problematiek; twee aanleggers die op hetzelfde moment een glasvezelnetwerk willen aanleggen. Nadat was gebleken dat partijen zelf niet tot een onderlinge verdeling konden komen,³³ was het College gedwongen per deelgebied de knoop door te hakken en te kiezen wie eerst mocht graven. In dat kader oordeelt de voorzieningenrechter dat het College ten onrechte had nagelaten beide aanleggers in de gelegenheid te stellen een zienswijze te geven over het voornemen de ene aanbieder voorrang te verlenen ten opzichte van de andere en die andere aanbieder daarbij graafrust op te leggen. Het College had namelijk moeten begrijpen dat (in ieder geval) de aanlegger die met graafrust zou worden geconfronteerd, daartegen bezwaar zou hebben.³⁴ Interessant (en nieuw) in deze uitspraak is het oordeel van de voorzieningenrechter dat de manier waarop het College het “graafrust voorschrift” had geformuleerd, te onbepaald en daarmee in strijd met de rechtszekerheid is. De graafrustperiode voor de tweede aanlegger ging namelijk lopen ofwel twaalf maanden na de geldigheidsperiode van de instemming van de eerste aanlegger ofwel, als de instemmingsperiode van de eerste aanlegger wordt verlengd, twaalf maanden vanaf het einde van de verlengde instemmingsperiode. Er was dus geen concrete datum bepaald waarop de tweede aanlegger aan de slag mocht. Naar het oordeel van de voorzieningenrechter vergt de rechtszekerheid echter dat bij het nemen van een instemmingsbesluit reeds wordt vastgesteld vanaf welk concreet tijdstip de graafwerkzaamheden van de tweede aanlegger kunnen starten.³⁵

Gemeente Gorinchem³⁶

Anders dan in de hiervoor besproken uitspraken was in de onderhavige kwestie, in ieder geval in eerste instantie, slechts één partij geïnteresseerd in het uitrollen van glasvezel. In 2020 heeft het College aan een drietal partijen uitgevraagd of zij interesse hadden in het uitrollen van glasvezel in de gehele gemeente. Aanlegger A gaf aan inderdaad interesse te hebben en aanlegger B had dat niet (de positie van de derde partij bij wie interesse is gepolst blijkt niet uit de uitspraak, maar is hier verder ook niet relevant). Aanlegger A is vervolgens met het College in gesprek gegaan. Dit heeft geleid tot een samenwerkingsovereenkomst. Uiteindelijk dient aanlegger A in juli 2022 drie instemmingsaanvragen in. Eerst in oktober 2022, dus drie maanden nadat aanlegger A in overleg met het College haar instemmingsaanvragen heeft gedaan, doet aanlegger B zonder enig vooroverleg drie meldingen die overlappen met de drie door aanlegger A aangevraagde instemmingsbesluiten (waarvan er op dat moment inmiddels al één is afgegeven). Het College verleent aan aanlegger A de gevraagde instemmingen en verbindt aan de drie instemmingen die worden verleend aan aanlegger B, een graafrustperiode. Aanlegger B gaat vervolgens tegen zowel zijn eigen instemmingsbesluiten als tegen die van aanlegger A in bezwaar. Daarnaast verzoekt aanlegger B de voorzieningenrechter een voorlopige voorziening te treffen.

De voorzieningenrechter doet deze kwestie relatief eenvoudig af. Voor wat betreft het instemmingsbesluit dat aan aanlegger A is verleend voordat aanlegger B zich überhaupt bij het College had gemeld, bestond voor het College geen coördinerende rol. Die rol is er immers slechts als zich twee of meer aanbieders (min of meer) tegelijkertijd melden. Voor wat betreft de twee instemmingsbesluiten die aan aanlegger A zijn verleend nadat aanlegger B zich bij het College had gemeld, oordeelt de voorzieningenrechter gelet op de zojuist geschetste voorgeschiedenis dat op het College geen coördinerende rol rustte gericht op gelijktijdige uitrol, omdat evident geen sprake is van gelijke gevallen.³⁷ Zo het lijkt ten overvloede voegt de voorzieningenrechter hier nog aan toe dat de gevolgde processtrategie van aanlegger B neigt naar misbruik van recht. Aanlegger B probeert met het indienen van incomplete en niet afgestemde instemmingen slechts “een voet tussen de deur” te krijgen om vervolgens in een voorzieningenprocedure af te dwingen dat hij alsnog voorrang krijgt op een concurrent die zijn meldingen niet alleen aanmerkelijk eerder heeft ingediend, maar die meldingen ook zorgvuldig heeft voorbereid. Aanlegger B had moeten begrijpen dat zijn verzoek onder die omstandigheden geen kans van slagen zou hebben, aldus de voorzieningenrechter.³⁸

Gemeente Edam-Volendam³⁹

Deze laatste en meest recente uitspraak is eigenlijk een vreemde eend in de bijt. Hier ging het namelijk niet om twee aanleggers die tegelijkertijd glasvezel willen aanleggen en in discussie zijn met de gemeente over de vraag wie als eerste mag starten. Wat is er dan wel aan de hand? Aanlegger A beschikt over een instemmingsbesluit dat geldig is voor de

30 Rb. Rotterdam 6 oktober 2022, ECLI:NL:RBROT:2022:8320.

31 Rb. Rotterdam 6 oktober 2022, ECLI:NL:RBROT:2022:8320, r.o. 9.2.

32 Rb. Rotterdam 14 november 2022, ECLI:NL:RBROT:2022:9835.

33 Mededingingsrechtelijk is overigens interessant hoe een dergelijke tussen partijen gemaakte onderlinge verdeling tot stand had mogen/kunnen komen, maar daar wordt in de uitspraak verder niet op ingegaan.

34 Rb. Rotterdam 14 november 2022, ECLI:NL:RBROT:2022:9835, r.o. 9.3.

35 Rb. Rotterdam 14 november 2022, ECLI:NL:RBROT:2022:9835, r.o. 9.5.

36 Rb. Rotterdam 19 april 2023, ECLI:NL:RBROT:2023:3265. Deze uitspraak is in dit nummer van *Mediaforum* opgenomen als Jurisprudentie nr. 10.

37 Rb. Rotterdam 19 april 2023, ECLI:NL:RBROT:2023:3265, r.o. 10.

38 Rb. Rotterdam 19 april 2023, ECLI:NL:RBROT:2023:3265, r.o. 12.

39 Rb. Rotterdam 28 april 2023, ECLI:NL:RBROT:2023:3663.

periode van 1 januari 2023 tot en met 31 december 2023. Het College weigert aanlegger A echter (een kennelijk noodzakelijke aanvullende) goedkeuring te verlenen voor de start van de voorgenomen werkzaamheden op 18 april 2023, omdat het de voorwaarde heeft gesteld dat sprake moet zijn van een gecombineerde aanleg met twee andere aanbieders, te weten aanlegger B en de gemeente zelf (eigen diensten). Aanlegger B heeft echter verklaard niet als derde partij te willen deelnemen aan de onderhavige procedure omdat zij *niet* van plan is op korte termijn haar glasvezelnetwerk uit te rollen. De werkzaamheden van de gemeente zelf betreft het verglazen van het eigen (coax) kabelnetwerk dat zij in de gemeente exploiteert. De derde partij in samenwerking waarmee de gemeente deze werkzaamheden wil gaan uitvoeren, is echter nog niet gereed om te starten.

Hoewel het onderhavige geval zich dus onderscheidt van eerdere zaken waarin twee aanbieders tegelijk hun glasvezelnetwerk wilden uitrollen in (delen van) een gemeente, doet zich hier niettemin de vraag voor of het College hier feitelijk graafrust oplegt en of het partijen ongelijk behandelt, in dit geval door aanlegger A te laten wachten totdat de eigen diensten en nog een derde partij gereed zijn.

De voorzieningenrechter gaat voorbij aan de (juridisch relevante) vraag of het College überhaupt de voorwaarde mag stellen dat telecomaandieners uitsluitend in samenwerking en tegelijkertijd een glasvezelnetwerk mogen aanleggen, maar merkt op dat het doel van de gestelde voorwaarde “in combi aanleggen” blijktens het instemmingsbesluit is gericht op beperken van overlast van omwonenden en hulpdiensten. Het College mag de voorwaarde dus niet aangrijpen als een middel om de concurrentie te beperken. Daarnaast kan de voorwaarde alleen gelden indien zich tegelijkertijd meerdere aanbieders hebben gemeld die ook min of meer gelijktijdig hun glasvezelnetwerk wensen uit te rollen in hetzelfde gebied (alleen dan heeft het College immers een coördinerende rol). Een dergelijke situatie doet zich hier – gelet op de planning van alle partijen – niet voor, aldus de voorzieningenrechter.⁴⁰

Concluderend acht de voorzieningenrechter de handelwijze van het College in strijd met het verbod van misbruik van bevoegdheid (artikel 3:3 Algemene wet bestuursrecht) en in strijd met het gelijkheidsbeginsel (dat in deze context strekt tot het bieden van gelijke kansen), omdat het College aan aanlegger A in strijd met de periode waarop de instemming ziet in feite graafrust oplegt met het oogmerk haar eigen diensten te bevoorstellen.⁴¹

Conclusie

Het College is, gelet op de gedoogplicht, verplicht toe te staan dat in openbare gronden (al dan niet door meerdere aanleggers) werkzaamheden worden uitgevoerd in het kader van de aanleg van glasvezel. Er kunnen geen partijen worden geweigerd. Aan de instemmingen die het College in dit kader moet afgeven, kunnen echter wel voorschriften worden verbonden. Hoewel de besproken oordelen – waar het uitspraken van een voorzieningenrechter betreft – een voorlopig karakter hebben die de rechtbank verder niet binden in een (eventueel) bodemgeding, geven de uitspraken wel waardevolle *guidance* voor gemeenten om in acht te nemen bij het afgeven van (gelijktijdige) instemmingen.

Om te beginnen kan worden vastgesteld dat het College een coördinerende taak dient te vervullen op het moment dat zich twee of meer aanbieders (min of meer) tegelijkertijd melden. Het College is bij de behandeling van aanvragen tot instemming in zijn coördinerende rol gehouden aanleggers gelijk te behandelen. Het hanteren van de voorwaarde van het sluiten van een samenwerkingsovereenkomst voor het afgeven een instemmingsbesluit heeft geen wettelijke basis en het hanteren van die voorwaarde kan leiden tot een ongelijke behandeling van partijen. Daarnaast is het traineren van het afgeven van een instemmingsbesluit in strijd met de coördinerende rol en – als het College het erg bont maakt – met het verbod van misbruik van bevoegdheden. In het kader van de coördinerende taak is de datum van de aanvraag van een instemming of de compleetheid van die aanvraag geen criterium, maar dat maakt niet dat het College gehouden is in het geval van een onvolledige aanvraag steeds te wachten met verlenen van instemming aan een andere aanvrager die in dezelfde periode wel een complete aanvraag heeft gedaan. Op het moment dat evident is dat een tweede aanlegger enkel een (onvolledige) melding doet om daarmee te elfder ure een voet tussen de deur te krijgen, is geen sprake van gelijke gevallen en rust op het College geen coördinerende rol.

Het College kan alleen op basis van een deugdelijke motivering overgaan tot het opleggen van graafrust en alleen als sprake is van *zwaarwichtige* redenen van publiek belang – te weten redenen van openbare orde, veiligheid, het voorkomen of beperken van overlast, de bereikbaarheid van gronden of gebouwen, dan wel ondergrondse ordening – voor een periode van meer dan twaalf maanden. Beperkte toezichtcapaciteit is, mits voldoende onderbouwd, een argument voor het College om een partij voorrang te geven en een ander graafrust op te leggen. Bij de keuze wie dan voorrang krijgt, mag het College van doorslaggevend belang achten dat een van de twee aanleggers al langer in gesprek was met het College en (eerder) een volledige melding had gedaan. Op het voornemen graafrust op te leggen moeten de betrokken partijen een zienswijze kunnen geven.

Als wordt overgegaan tot toepassing van graafrust is feitelijk sprake van schaarse vergunningen, zodat aan geïnteresseerde partijen gelijke kansen moeten worden geboden. Het gelijktijdig afgeven van instemmingsbesluiten aan twee aanleggers waarbij de ene aanlegger gelijk mag starten met de werkzaamheden, terwijl de ander zonder nadere motivering het voorschrijf van graafrust krijgt opgelegd, kwalificeert in beginsel als ongelijke behandeling. Van ongerechtvaardigde ongelijke behandeling is echter geen sprake als de latere melding onvolledig is en blijft, terwijl niet vaststaat dat voor een langere periode graafrust zal worden opgelegd. Naarmate de periode van graafrust die het College voornemens is op te leggen langer wordt, ligt het in de rede dat het College zijn coördinerende rol minder vrijblijvend vervult (denk bijvoorbeeld aan het aansporen van partijen hun aanvraag compleet te maken).

Niet alleen het feit *dat* het College graafrust wil opleggen dient te worden gemotiveerd, ook de duur van de op te leggen graafrust dient te worden onderbouwd. In de laatste plaats moet het College – gelet op de rechtszekerheid – aan een instemming waaraan als voorschrijf graafrust wordt verbonden, een concrete datum koppelen waarop de aanvrager daadwerkelijk mag starten de werkzaamheden.

⁴⁰ Rb. Rotterdam 28 april 2023, ECLI:RBROT:2023:3663, r.o. 17.

⁴¹ Rb. Rotterdam 28 april 2023, ECLI:RBROT:2023:3663, r.o. 21.

Ten slotte

Is daarmee dan nu alles duidelijk? Mijns inziens blijven nog zeker interessante vragen over waar een rechter zich wellicht over zou moeten buigen. Bijvoorbeeld of het College bij beantwoording van de vraag of sprake is van gelijke gevallen, de omvang van de voorgenomen uitrol van de verschillende partijen mag betrekken. Als aanlegger A glasvezel wil aanleggen in de gehele gemeente en aanlegger B slechts in bepaalde delen, is dan wel sprake van gelijke gevallen? Of maakt deze omstandigheid dat het College beide partijen in bepaalde mate ongelijk mag behandelen? In de uitspraak over de gemeente Gorinchem heeft de voorzieningenrechter dit punt helaas in het midden gelaten.

Daarnaast kan de vraag worden gesteld of van het College niet mag worden verlangd dat op een meer fijnmazige manier wordt bekeken voor welke gebieden/(winkel)straten binnen een gemeente geldt dat graafrust noodzakelijk is. Uit de besproken uitspraken blijkt dat graafrust eigenlijk steeds als voorwaarde aan een gehele instemming wordt verbonden (dus voor het hele gebied waarvoor instemming is aange-

vraagd). Ik vraag me echter af of dat in overeenstemming is met de bedoeling van de wetgever, namelijk dat graafrust in alle gevallen (in zowel tijd als omvang) zo beperkt mogelijk moet worden toegepast. Is het enkele feit dat in een bepaald gebied onlangs werkzaamheden hebben plaatsgevonden, voldoende om, als zich een tweede aanlegger meldt, te bepalen dat voor dat gehele gebied graafrust geldt? De wetgever noemt als voorbeeld immers de situatie waarin straten niet lang geleden al opengebrouwen zijn geweest, waardoor “veel overlast” is ontstaan voor winkeliers die hiervan schade hebben ondervonden en dat “van die winkeliers niet verlangd kan worden dat zij weer met deze overlast worden geconfronteerd”. In grote delen van een gemeente wordt voor de aanleg van glasvezel echter 's ochtends een straat opengemaakt en 's avonds alweer gesloten. Eventuele omwonenden en winkeliers zullen in een dergelijk geval, anders dan in het voorbeeld van de wetgever, slechts minimale overlast/schade ervaren. Is graafrust in die situaties wel gepast?

Wellicht dat de rechter over deze (en andere) vragen in de komende maanden meer duidelijkheid zal geven.