

# ECLI:NL:CBB:2014:126

Instantie	College van Beroep voor het bedrijfsleven
Datum uitspraak	10-04-2014
Datum publicatie	10-04-2014
Zaaknummer	AWB 09/1338, AWB 09/1341, AWB 10/671 t/m AWB 10/673
Rechtsgebieden	Bestuursrecht
Bijzondere kenmerken	Eerste aanleg - meervoudig Proceskostenveroordeling
Inhoudsindicatie	Geschilbesluit Telecom, doelmatigheidstoets, daadwerkelijke kosten, tariefvaststelling voor toekomstige periode
Wetsverwijzingen	Telecommunicatiewet 3.11 Telecommunicatiewet 12.2
Vindplaatsen	Rechtspraak.nl AB 2014/240 met annotatie van W. Sauter

## Uitspraak

College van Beroep voor het bedrijfsleven

Zaaknummers: 09/1338, 09/1341, 10/670, 10/671, 10/672, 10/673 10 april 2014

### Uitspraak van de meervoudige kamer van 10 april 2014 in de zaak tussen

**1. KPN B.V.** te Den Haag (hierna: KPN),

appellante in de zaken AWB 09/1341 en 10/673,  
gemachtigden: mr. L.P.W. Mensink en mr. S.C. Bledoeg,

**2. Broadcast NewCo Two B.V.**, te Hilversum (hierna: BNT),

appellante in de zaken AWB 09/1338 en 10/670,  
gemachtigde: mr. P. Burger,

**3. NOVEC B.V.**, te Vianen (hierna: NOVEC),

appellante in de zaken AWB 10/671 en 10/672,  
gemachtigden: mr. A.Th. Meijer en mr. I.V.I. Middelkoop,  
hierna gezamenlijk appellanten,  
tegen

de **Autoriteit Consument en Markt** (voorheen: Onafhankelijke Post en Telecommunicatie Autoriteit, OPTA), verweerster (hierna: ACM),

gemachtigden: mr. F. de Ruijter en mr. D. Verduijn, werkzaam bij verweerster.

## **1 Het procesverloop**

Op 18 september 2009 en 21 september 2009 heeft ACM voorlopige besluiten (hierna: de voorlopige geschilbesluiten) genomen op de aanvragen van BNT en KPN om geschilbeslechting ter zake van de geschillen tussen respectievelijk BNT en NOVEC, en KPN en NOVEC, betreffende het tarief voor medegebruik van de masten van NOVEC. Tegen deze besluiten hebben KPN, BNT en NOVEC beroep ingesteld.

Op 31 mei 2010 heeft ACM de definitieve besluiten genomen ter zake van deze geschillen. Tegen deze besluiten hebben KPN, BNT en NOVEC eveneens beroep ingesteld. NOVEC heeft gelijktijdig de beroepen tegen de voorlopige besluiten ingetrokken.

Appellanten hebben de gronden van hun beroepen aangevuld en ACM heeft verweer gevoerd.

Op 23 januari 2013 zijn de beroepen ter zitting behandeld, waarbij partijen zijn vertegenwoordigd door hun gemachtigden. Na de behandeling is het onderzoek ter zitting geschorst.

ACM heeft bij de indiening van de op de zaak betrekking hebbende stukken onderscheid gemaakt tussen openbare en vertrouwelijke stukken. Ook bij een na de zitting toegezonden herberekening van het door ACM vastgestelde tarief, ontvangen door het College op 30 januari 2013, heeft ACM een vertrouwelijke versie meegezonden. Ten aanzien van de vertrouwelijke stukken heeft ACM met verwijzing naar artikel 8:29 van de Algemene Wet bestuursrecht (verder: Awb) medegedeeld dat alleen het College kennis zal mogen nemen van deze stukken.

Bij beslissing van 1 februari 2013 heeft het College geoordeeld dat beperking van de kennisneming grotendeels gerechtvaardigd is. ACM heeft het stuk waarvan beperking van de kennisneming niet gerechtvaardigd is geacht, toegezonden.

Appellanten hebben desgevraagd ermee ingestemd dat het College mede op basis van stukken waarvan de inhoud niet (geheel) bij hen bekend is zonder nadere zitting uitspraak doet.

## **2 Achtergrond van de geschillen**

2.1 KPN en BNT zijn aanbieders van elektronische communicatienetwerken en -diensten en exploiteren antennesystemen voor de distributie van radiosignalen. KPN doet dit ten behoeve van enkele commerciële omroepen alsmede, tot september 2010, ten behoeve van de Nederlandse Publieke Omroep (NPO). Hierbij maakt KPN gebruik van (hoge) antenne-opstelpunten van NOVEC. NOVEC exploiteert (hoge) antenne-opstelpunten, die onder meer bestemd zijn om omroepzendernetwerken te ondersteunen. NOVEC komt voort uit Nozema N.V. (hierna: Nozema), welke vennootschap met ingang van 1 januari 2005 is gesplitst in het netwerkbedrijf NOVEC B.V. en het dienstenbedrijf Nozema

Services N.V. (Nozema Services). In maart 2006 heeft KPN Nozema Services overgenomen en in oktober 2006 zijn beide ondernemingen gefuseerd tot KPN B.V., waarna de activiteiten van Nozema Services zijn voortgezet door KPN. KPN en NOVEC hebben op 3 juli 2007 een overeenkomst gesloten ter regeling van het bestaand medegebruik dat KPN (althans haar rechtsvoorganger Nozema Services) per 1 januari 2005 maakte van de masten van NOVEC, de zogenaamde allonge-overeenkomst. In aanvulling op deze overeenkomst wordt het bestaand medegebruik dat KPN maakt van NOVECs masten vanaf 1 januari 2005 geregeld in 35 locatieovereenkomsten. KPN en NOVEC hebben daarnaast onderhandeld over de tarieven en overige voorwaarden voor het zogenoemd nieuw en hernieuwd medegebruik dat KPN kan maken van de masten van NOVEC, maar zijn er niet in geslaagd om overeenstemming te bereiken. KPN en NOVEC verschillen daarbij van mening over de vraag of de door NOVEC aangekondigde tarieven redelijk zijn. Bij brief van 25 februari 2005 heeft KPN aan ACM verzocht, op grond van artikel 12.2 van de Telecommunicatiewet (Tw) juncto het toenmalige artikel 3.11, derde en vierde lid, Tw, het tussen haar en NOVEC gerezen geschil over de tarieven voor medegebruik van de hoge antenne-opstelpunten van NOVEC voor de jaren 2006 tot en met 2009 te beslechten.

- 2.2 De FM-etheruitzendingen van de publieke omroep worden sinds 1 september 2010 niet meer door KPN verzorgd maar door BNT. In 2009 is door de NPO een tender uitgeschreven voor de distributie van haar radioprogramma's over de periode 1 september 2010 tot 1 september 2020. BNT heeft deze aanbesteding gewonnen. Voorafgaand heeft BNT met het oog op mogelijke inschrijving op de aanbesteding aan NOVEC een (voorwaardelijk) verzoek gedaan om medegebruik van de masten en een prijsopgave. Met het verzoek van BNT om toelating tot de masten van NOVEC per 1 september 2010 voor de duur van tien jaar heeft NOVEC ingestemd. Er is echter een geschil ontstaan over de voorwaarden waaronder die toelating plaatsvindt. BNT vindt de door NOVEC aangeboden jaartarieven te hoog. Ook de door NOVEC aangeboden vaste prijs, tegen een risico-opslag, voor een langere periode vindt BNT niet redelijk. Bij brief van 9 juli 2009 heeft BNT het verzoek gedaan aan ACM om geschilbeslechting op grond van artikel 12.2 Tw, juncto artikel 3.11, derde en vierde lid, Tw (oud) en artikel 12.5, tweede lid, Tw, inzake het geschil over het tarief voor medegebruik, zowel jaarlijks als vast, voor de periode 2010-2020. Zij heeft verzocht om een spoedbeslissing in verband met de sluiting van de aanbesteding van de NPO. De aanbesteding sloot, na verlenging van de sluitingsdatum in verband met de aanvraag om geschilbeslechting van BNT, op 23 september 2009.
- 2.3 ACM heeft vanwege het verzoek om geschilbeslechting van KPN aan het accountantskantoor Mazars Paardekooper Hoffman N.V. te Rotterdam (hierna: Mazars) verzocht een onderzoek in te stellen naar de kosten van de (hoge) antenne-opstelpunten van NOVEC. De resultaten van dat onderzoek heeft zij ook gebruikt voor de afhandeling van het (latere) verzoek om geschilbeslechting van BNT. Op 25 juni 2009 heeft Mazars haar definitieve rapport uitgebracht.
- 2.4 In verband met de sluiting van de aanbesteding van de NPO, waaraan ook KPN heeft deelgenomen, heeft ACM op grond van artikel 12.5, tweede lid, Tw de voorlopige besluiten genomen. In dat is bepaald dat ACM in spoedeisende gevallen een voorlopig besluit kan nemen dat tussen de betrokken aanbieders geldt tot het definitieve besluit. ACM heeft niet direct een definitief besluit genomen, omdat zij voor de definitieve vaststelling van het tarief van NOVEC op de volgende punten nog nader onderzoek nodig achtte: i) de vraag of rekening moet worden gehouden met separatie-ruimte tussen antennesystemen, ii) de hoogte van het tarief dat NOVEC voor haar colocatiedienstverlening (opstelruimte) in rekening brengt, iii) de hoogte van het tarief dat NOVEC dient te betalen voor het medegebruik van de (betonnen) onderbouwen van de masten, die eigendom zijn van Alticom. Het tarief dat voor het gebruik van de betonnen onderbouwen moet worden betaald, wordt door NOVEC doorberekend bij de gebruikers van haar masten, BNT en KPN.
- 2.5 Over de prijs die NOVEC betaalt aan Alticom voor het medegebruik van de betonnen onderbouwen is ook een geschil ontstaan, waarbij door NOVEC aan ACM is verzocht een geschilbesluit te nemen. ACM heeft bij besluit van 26 april 2010 op dit verzoek beslist.

2.6 Op 31 mei 2010 heeft ACM de definitieve besluiten genomen inzake de geschillen tussen KPN en NOVEC alsmede tussen BNT en NOVEC.

2.7 Tegen het besluit van ACM inzake het geschil tussen NOVEC en Alticom over het huurtarief voor de betonnen onderbouwen hebben zowel NOVEC als Alticom beroep ingesteld. Het College heeft op 17 oktober 2012 (ECLI:NL:CBB:2010:BY2311) uitspraak gedaan in die beroepen. Kort gezegd heeft het College geoordeeld dat het door Alticom aan NOVEC in rekening gebrachte tarief in stand blijft. ACM heeft naar aanleiding van deze uitspraak het tarief dat NOVEC voor het medegebruik van haar masten mag berekenen aan KPN en BNT, aangepast. Deze herberekening is op 30 januari 2013 aan KPN en BNT toegezonden.

### **3 Het standpunt van ACM**

3.1.1 Bij het vaststellen van de redelijke vergoeding, als bedoeld in artikel 3.11, derde lid, Tw (oud), die NOVEC in rekening mag brengen voor medegebruik van haar opstelpunten, is als uitgangspunt genomen dat de redelijke vergoeding bestaat uit de daadwerkelijke kosten vermeerderd met een redelijk rendement. Voor de bepaling van de kosten hanteert ACM de volgende uitgangspunten:

- de afnemer betaalt voor wat hij gebruikt;
- integrale kosten;
- waardering van activa op basis van historische kosten;
- lineaire afschrijving.

Voor de berekening van het tarief zijn de investeringskosten en kostencomponenten als huur opstelruimte en pacht, (een voorziening voor) onderhoudskosten, advieskosten, personeelskosten alsmede de mastbezetting van belang. De investeringskosten bestaan uit kosten van afschrijvingen en uit kapitaalkosten. De kapitaalkosten worden vastgesteld op basis van de Weighted Average Cost of Capital-(hierna: WACC) methode. Deze bevat een vergoeding voor de kosten van eigen vermogen en van vreemd vermogen, gewogen naar het relatieve aandeel van deze twee vermogenscomponenten.

3.1.2 De formule voor de bepaling van de WACC bevat twee algemene parameters die niet specifiek zijn voor de gereguleerde onderneming of activiteit. Dit zijn de risicovrije rentevoet en de marktrisicopremie. Hiernaast is er een aantal specifieke parameters, waaronder de equity- $\beta$  als maatstaf voor het individuele risico die een rol speelt bij de bepaling van de kosten van eigen vermogen, alsmede de risico-opslag voor het vreemd vermogen. De equity- $\beta$  wordt afgeleid uit de asset- $\beta$ , door middel van een formule waarin ook de vennootschapsbelasting en de verhouding tussen eigen en vreemd vermogen parameters zijn.

3.1.3 De WACC wordt gebruikt voor het berekenen van de Return on Assets (ROA) volgens de formule  $ROA = WACC / (1-T)$ . In het rapport van Mazars is de ROA vastgesteld op 7,06%, zonder vennootschapsbelasting en op 9,20%, met vennootschapsbelasting.

Hierbij is voor de bepaling van het risicoprofiel van NOVEC aansluiting gezocht bij het risicoprofiel voor exploitanten van antennesystemen. De kosten voor de leegstaande meters zijn in het tarief meegenomen. Dit volgt uit het uitgangspunt dat de aanbieder haar daadwerkelijke kosten terug moet kunnen verdienen. De kapitaallasten die in het verleden zijn gemaakt, kunnen alleen worden goedge maakt wanneer NOVEC deze kosten mag toerekenen aan de verhuurde meters en dus aan de gebruikers van de mast. De mastbezetting is van belang, omdat de kosten van NOVEC en het redelijke rendement op basis van de gerealiseerde opbrengst zijn toegerekend aan omroepactiviteit en telecomactiviteit. Een redelijke vergoeding vergt dat kosten van gemeenschappelijk gebruikte voorzieningen proportioneel worden toegerekend. Volgens deze systematiek komen kosten ook ten laste van niet gereguleerde dienstverlening. Omdat het rendement op niet gereguleerde

dienstverlening vrij is, heeft NOVEC daarmee een sterke prikkel om deze kosten te beperken. De doelmatigheid van de investeringen en kosten behoeven in het kader van een onderzoek naar de daadwerkelijke kosten van NOVEC echter niet beoordeeld te worden. Artikel 3.11, derde lid, Tw (oud) biedt daarvoor geen grondslag. Een doelmatigheidsbeoordeling maakt daarom geen onderdeel uit van het onderzoek van Mazars. De activa worden gewaardeerd op basis van historische kosten. Doordat de afschrijvingskosten en vermogenskosten van NOVEC hierdoor relatief laag zijn, verklaart dit mede dat het overheadpercentage relatief hoog is. Dit percentage is daarom niet te vergelijken met het overheadpercentage van een onderneming met hogere kosten en maximalisatie van het overheadpercentage, tot een vergelijkbaar percentage, is daarom hier niet gepast. Na de toerekening op basis van gerealiseerde opbrengst aan omroepactiviteit en telecomactiviteiten worden de kosten verdeeld op basis van mastmeters. Teneinde een discussie over de omvang van de tussenruimte te voorkomen is besloten met die tussenruimte geen rekening te houden. Het tarief is daarom in het definitieve besluit per meter hoger dan in het voorlopige besluit.

- 3.2 In het geschil tussen KPN en NOVEC is overeenkomstig het verzoek van KPN het tarief vastgesteld voor de jaren 2006 tot en met 2009. Daarbij is onderscheid gemaakt tussen een viertal categorieën masten.

Totaal Tijdelijk Middengolf Kortegolf Overig

Berekend tarief 2006 11.549,-- 526,-- 152,-- 2.000,--

Berekend tarief 2007 8.933,-- 252,-- 141,-- 1.496,--

Berekend tarief 2008 6.561,-- 262,-- n.v.t. 1.801,--

Berekend tarief 2009 9.935,-- 284,-- n.v.t. 2.794,--

Voor 2009 is volgens de herberekening zoals toegezonden aan het College op 30 januari 2013 het tarief voor de categorie overig aangepast naar 2.824,--.

- 3.3 In het geschil tussen BNT en NOVEC is het maximale tarief dat NOVEC voor het medegebruik van haar antenne-opstelpunten (categorie overige masten) in rekening mag brengen vastgesteld op 2.794,-- en na vorengenoemde herberekening op 2.824,--. Aan het vaststellen van een tienjarig tarief zijn teveel onzekerheden verbonden, zoals prijs- en bezettingsontwikkelingen. Vanwege deze onzekerheden heeft ACM geen tarieven voor de periode 2010-2020 vastgesteld. Ook de risico-opslag die NOVEC in het kader van het door haar aan BNT geoffreerde tarief voor de periode 2010-2020 wenst te hanteren, is daarom niet beoordeeld. Een afnemer van diensten van NOVEC kan er voor kiezen om geen meerjarig contract met NOVEC aan te gaan en om periodiek het tarief te laten beoordelen. Nu dit alternatief voor afnemers bestaat, behoeft niet tevens een meerjarig kostengeoriënteerd tarief vastgesteld te worden. ACM heeft wel bepaald dat NOVEC de door ACM toegepaste methodiek voor de berekening van het tarief voor 2009 hanteert bij de berekening van het tarief voor het medegebruik door BNT in de periode van 1 september 2010 tot 1 september 2020. Voorts heeft ACM in genoemd geschil vastgesteld dat NOVEC voor het medegebruik van haar antenne-opstelpunten ten behoeve van de distributie van de NPO per 1 september 2010 geen discriminatoire tarieven hanteert.

Het nadere standpunt van ACM in verweer is hier niet weergegeven, maar zal door het College zo nodig worden betrokken bij de beoordeling van de beroepen.

## **4 Het standpunt van KPN**

- 4.1 Volgens KPN heeft ACM bij de berekening van de WACC onjuiste uitgangspunten gehanteerd, althans bepaalde keuzes niet dan wel onvoldoende gemotiveerd (beroepsgrond 3; haar oorspronkelijke beroepsgronden 1 en 2 zijn door KPN ingetrokken). KPN werkt beroepsgrond 3, die implicaties heeft

voor de berekening voor de equity-bèta, de marktrisicopremie en de risico-opslag als parameters van de WACC, als volgt nader uit.

4.1.1 Volgens beroepsgrond 3.1 heeft ACM het risicoprofiel van NOVEC, als staatsbedrijf, ten onrechte op één lijn gesteld met het risicoprofiel van KPN, een private, beursgenoteerde onderneming en BNT, dat eveneens met privékapitaal is gefinancierd. Kapitaalverschaffers percipiëren financiering aan een commerciële onderneming als risicovoller dan financiering aan de Nederlandse overheid of ondernemingen waarvan de aandelen direct dan wel indirect voor 100% door de overheid worden gehouden. Het rendement dat door kapitaalverschaffers van private, beursgenoteerde, ondernemingen wordt geëist, ligt dan ook hoger. NOVEC profiteert, evenals haar moederonderneming TenneT, van de zeer sterke positie van de staat op de kapitaalmarkten. Bovendien wordt 100% van de aandelen van NOVEC gehouden door TenneT, waardoor NOVEC als zij geld leent profiteert van de triple A rating van de overheid. Voor TenneT is de WACC door de NMa (thans: ACM) vastgesteld op 5,40%. KPN heeft daarbij gewezen op Bijlage 2 bij het methodebesluit van de NMa van 26 september 2008. Aan dit onderscheid tussen ondernemingen die kunnen profiteren van de positie van de overheid en private ondernemingen gaat ACM ten onrechte voorbij.

KPN voegt hieraan toe dat ACM ten onrechte geen aansluiting heeft gezocht bij het risicoprofiel van andere staatsbedrijven, met name NOVECs moederonderneming TenneT. Volgens KPN valt niet in te zien waarom voor NOVEC een veel hoger rendement passend zou zijn.

4.1.2 In beroepsgrond 3.2 wijst KPN er op dat Mazars voor de bepaling van het risicoprofiel van NOVEC aansluiting heeft gezocht bij het risicoprofiel dat past bij het exploiteren van antennesystemen. ACM heeft dit overgenomen. Dit is ten onrechte, omdat het risicoprofiel van NOVEC hiermee wordt overschat. Hierbij gaat het er niet om of het risicoprofiel van NOVEC fors lager is, het argument waarmee ACM de door KPN aangevoerde bezwaren hiertegen heeft afgedaan. Het gaat er om dat het risicoprofiel van NOVEC lager is dan dat van een exploitant van antennesystemen, zoals KPN Broadcast Services. ACM had het risicoprofiel moeten vaststellen op basis van zelfstandig onderzoek naar de bedrijfsactiviteiten van NOVEC en de specifieke positie waarin NOVEC zich bevindt. Het risicoprofiel van activiteiten die samenhangen met het verlenen van toegang tot antennesystemen is hoger, omdat ten aanzien van die activiteiten wel degelijk concurrentie plaatsvindt. Dat geldt voor NOVEC veel minder. Mede als gevolg van de strenge eisen op het gebied van ruimtelijke ordening die gelden bij het bouwen van hoge opstelpunten en de aanzienlijke investeringen die daarmee gepaard gaan, was en is het verlenen van toegang tot hoge opstelpunten en zendmasten een activiteit waarvan de risico's zeer beperkt zijn. Dat beperkte risico geldt temeer nu NOVEC de kosten voor leegstand in feite haar voornaamste bedrijfsrisico in elk geval tot op heden grotendeels doorberekent aan haar afnemers. Voor aanbieders van antennesystemen geldt in theorie dat niet voor de eigen dienstverlening gebruikte antennesystemen voor medegebruik kunnen worden aangeboden, maar voor KPN is de praktijk dat deze veelvuldig leeg blijven staan. Die kosten moet KPN, in tegenstelling tot NOVEC, zelf dragen.

4.2 KPN voert voorts verschillende gronden aan die erop neerkomen dat de vastgestelde tarieven voor medegebruik niet voldoen aan de eis van kostenoriëntatie, althans niet zijn aan te merken als een redelijke vergoeding, als bedoeld in artikel 3:11, derde lid, Tw (oud).

4.2.1 In beroepsgrond 4 voert KPN aan dat ACM ten onrechte heeft aangenomen dat NOVEC voldoende prikkels heeft om efficiënt te opereren. NOVEC is voor haar gereguleerde dienstverlening, te weten het verlenen van toegang ten behoeve van radiodistributie, een (quasi-)monopolist, die geen, althans onvoldoende, prikkels heeft om haar interne kosten zo laag mogelijk te houden. Zolang NOVEC meer inkomsten haalt uit haar gereguleerde dienstverlening dan uit haar ongereguleerde dienstverlening, die bestaat uit het bieden van toegang tot antenne-opstelpunten aan aanbieders van mobiele elektronische communicatiediensten (GSM en UMTS), is de prikkel om efficiënt te opereren onvoldoende sterk.

ACM ziet over het hoofd dat NOVEC een zeer significant deel van de gezamenlijke kosten kan doorberekenen aan afnemers die geen keuze hebben. Voorts heeft ACM niet aannemelijk gemaakt dat NOVEC bij haar ongereguleerde dienstverlening feitelijk concurrentie ondervindt. Een en ander brengt mee dat ACM niet zonder meer van de daadwerkelijke kosten van NOVEC had mogen uitgaan.

4.2.2 Volgens beroepsgrond 5 van KPN is het onterecht dat NOVEC de kosten voor ongebruikte masten volledig mag toerekenen aan het aantal verhuurde meters. Van NOVEC kan worden gevergd dat zij zoveel mogelijk de mogelijkheden benut om het gebruik van de bestaande masten te optimaliseren, bijvoorbeeld door antenne-opstelpunten zo efficiënt mogelijk te bezetten door nieuwe klanten aan te trekken of masten te verwijderen die niet worden benut. ACM heeft niet zonder meer het standpunt van NOVEC mogen overnemen dat de mogelijkheden daartoe beperkt zijn. Er bestaat onder mobiele aanbieders wel degelijk nog vraag naar opstelruimte. Bij bepaalde masten, die reeds geruime tijd leeg staan, ontbreekt het vooruitzicht dat zij in de toekomst nog zullen worden gebruikt.

4.2.3 Beroepsgrond 6 van KPN houdt in dat ACM ten onrechte heeft bepaald dat NOVEC haar overheadkosten één op één mag doorberekenen aan haar afnemers. Voor overheadkosten geldt dat zij veel meer dan de directe kosten die gemoeid zijn met het in stand houden van een mastenpark door NOVEC te beïnvloeden zijn. Er zou dan ook kritisch moeten worden beoordeeld of er kosten zijn die beperkt kunnen worden. Een voorbeeld daarvan zijn de kosten voor (juridische) advisering, die in 2006 buitensporig hoog waren, maar ook in andere jaren erg hoog zijn. Een overheadpercentage van 20% is onredelijk. ACM had de overheadkosten als percentage van de omzet moeten maximeren. Een redelijk percentage, waarbij inefficiënties niet kunnen worden afgewenteld op afnemers, zou circa 10% zijn, maar in ieder geval een stuk lager dan 20%.

## **5 Het standpunt van BNT**

5.1 Beroepsgrond 1 van BNT houdt in dat ACM ten onrechte heeft geoordeeld dat NOVEC geen discriminatoire tarieven hanteert ten opzichte van BNT. BNT vraagt allereerst of het College zich wil uitlaten over de vraag of artikel 3.11 Tw (oud) de mogelijkheid biedt tot het opleggen van een non-discriminatieverplichting en verwijst in dit verband naar de uitspraak van het College van 25 september 2007, ECLI:NL:CBB:2007:BB4187. Anders dan bij het regulatoire regime voor interconnectie en bijzondere toegang, zijn voor het medegebruik op grond van artikel 3.11 Tw (oud) geen expliciete verplichtingen zoals kostenoriëntatie en non-discriminatie opgenomen, maar verplicht het artikel meer in het algemeen in geval van redelijke verzoeken tot het rekenen van een redelijke vergoeding. ACM heeft in het onderhavige geval getoetst of de tarieven van NOVEC non-discriminatoire zijn en is volgens BNT ten onrechte tot de conclusie gekomen dat dit niet het geval is. Voor het geval ACM inderdaad bevoegd is om in het kader van het begrip redelijke vergoeding de norm van non-discriminatie toe te passen, merkt BNT op dat de invulling die hieraan dient te worden gegeven in overeenstemming dient te zijn met de non-discriminatieverplichting die in artikel 6a.8 Tw voor marktanalyses is neergelegd.

BNT voert aan dat KPN voor exact dezelfde meters in de masten van NOVEC een tarief aangerekend krijgt dat ruim 1000,-- per meter lager ligt dan het tarief voor BNT en dat voor dit verschil geen objectieve rechtvaardiging bestaat. Klaarblijkelijk zijn discriminatoire afspraken over de tarieven vastgelegd in de allonge-overeenkomst tussen NOVEC en KPN. ACM is ten onrechte uitgegaan van de uitleg die NOVEC geeft aan de afspraken in deze overeenkomst en ACM had zich daarover zelf een oordeel moeten vormen. ACM heeft een onjuiste invulling aan het non-discriminatiebeginsel gegeven door de mastmeters die KPN huurt ten behoeve van commerciële omroepen op kunstmatige wijze buiten beschouwing te houden. Het onderscheid tussen publieke en commerciële omroep in het kader

van de allonge-overeenkomst is niet gerechtvaardigd. Het gaat in beide gevallen om dezelfde dienst, waarvoor NOVEC dan ook dezelfde tarieven dient te hanteren. Bovendien kan KPN, zelfs als de lagere tarieven alleen voor de meters ten behoeve van de commerciële omroepen zouden gelden in de toekomst, daardoor lagere tarieven aanbieden. Haar kosten voor het huren van mastruimte zijn immers lager. De stelling van ACM dat er geen discriminatie is omdat de lagere tarieven in de allonge-overeenkomst alleen zouden gelden voor FM-distributie voor commerciële omroepen en vanaf 1 september 2010 de voor de aanbesteding relevante tarieven niet zullen verschillen, omdat NOVEC heeft gesteld voor de meters ten behoeve van de NPO hetzelfde tarief in rekening te zullen brengen, is derhalve onjuist.

5.2 In beroepsgrond 2 voert BNT aan dat ACM ten onrechte de door NOVEC in haar tariefstelling opgenomen clustering van masten heeft goedgekeurd. NOVEC gaat uit van een drietal clusters van masten: tijdelijke masten, middengolfmasten en overige masten. De clustering houdt in dat NOVEC alle kosten van alle masten die behoren tot een bepaald cluster bij elkaar optelt en vervolgens een gemiddeld tarief per mast vaststelt. BNT is van mening dat NOVEC niet mag worden toegestaan te rekenen met gemiddelde tarieven gebaseerd op clustering van de kosten van alle FM-masten behorend tot de categorie overige masten. Omdat de kosten per individuele mast sterk verschillen, reflecteren de gemiddelde kosten niet de daadwerkelijke kosten en zijn zij in strijd met het beginsel van kostencausaliteit vastgesteld. Dit is ook niet in lijn met het eerder door ACM in het geschilbesluit van 29 juli 2002 ingenomen standpunt in het geschil over het medegebruik van mast en antennesysteem op het opstelpunt Hilversum (hierna: de zaak Hilversum). Dit standpunt is door het College gesanctioneerd in de uitspraak van 7 mei 2008, ECLI:NL:CBB:2008:BD1064 (hierna uitspraak van 7 mei 2008). Het is in strijd met de rechtszekerheid en de formele rechtskracht van genoemd geschilbesluit om thans wel clustering toe te staan. De masten vormen bovendien geen homogene groep. Er zou onderscheid moeten worden gemaakt tussen masten die afgeschreven zijn en masten die dat niet zijn. Masten die alleen voor KPN zijn opgericht en waarvan BNT nooit gebruik zal maken, moeten uit het cluster worden verwijderd. Wat betreft de afgeschreven masten mogen eventuele minimale operationele kosten uiteraard wel als daadwerkelijke kosten worden doorbelast. Masten die helemaal niet worden gebruikt, moeten er hoe dan ook buiten vallen. NOVEC wordt zo niet geprikkeld efficiënt te opereren. Het gevolg van deze rekenmethode is dat wordt betaald voor faciliteiten die niet worden afgenomen.

5.3.1 Beroepsgrond 3 houdt in dat ACM ten onrechte heeft toegestaan dat NOVEC in haar tariefstelling de kosten van niet verhuurde meters mastruimte doorberekent in de tarieven.

NOVEC heeft haar tarieven afhankelijk gesteld van de afgenomen meters. Leeg gekomen meters worden doorberekend aan de bestaande afnemers, terwijl zij als normaal bedrijfsrisico voor rekening en voor risico van NOVEC dienen te komen. ACM handelt zodoende in strijd met de principes van kostencausaliteit en van kostenoriëntatie.

ACM heeft bovendien eerder in de zaak Hilversum geheel anders beslist over eenzelfde discussie over leegstand. ACM heeft daarbij aangegeven dat deze beslissing ook toegepast zou worden op de overige masten van Nozema (thans NOVEC). Door dit nu niet te doen, handelt ACM in strijd met de rechtszekerheid en de formele rechtskracht van genoemd geschilbesluit. Het standpunt van ACM dat Nozema in die zaak zou hebben aangegeven zelf de risico's voor leegstand te nemen, is onjuist. Dat lege ruimtes niet op bestaande afnemers mogen worden afgewenteld is ook vastgelegd in de richtsnoeren van ACM voor colocationruimte van KPN in de telecomsector, zoals de Richtsnoeren over colocation en eenmalige kosten met betrekking tot de aansluitlijn van 20 december 2000 (hierna: richtsnoeren colocation). Dat het verschil zou zijn dat KPN meer ruimte heeft om invloed op het efficiënt gebruik van de colocationruimte uit te oefenen is niet waar. NOVEC is opgericht om de niet duplicerbare hoge masten te exploiteren en is daarmee ook verantwoordelijk voor de exploitatie van de masten.

5.3.2 NOVEC mist nu elke prikkel om efficiënter te werken, terwijl zij hiertoe wel mogelijkheden heeft. De masten zijn geheel bruikbaar. De onderste mastruimte, die nu niet wordt gebruikt, kan worden verhuurd voor onder meer GSM en WiFi. Nu leegstand in het tarief mag worden doorberekend, heeft NOVEC geen prikkel nieuwe huurders te zoeken voor deze ruimte.



5.4 Beroepsgrond 4 houdt in dat ACM ten onrechte geen oordeel heeft gegeven over de redelijkheid van de door NOVEC gehanteerde ruimte tussen verschillende antennesystemen in een mast (de zogenaamde separatieruimte), waar BNT in haar geschilaanvraag om had gevraagd. Als gevolg van de in beroepsgrond 3 besproken handelwijze van ACM is de grootte van de separatieruimte niet meer relevant. De kosten worden immers hoe dan ook bij de afnemers in rekening gebracht. Voor het geval het College oordeelt dat het doorberekenen van de leegstandskosten niet is toegestaan, verzoekt BNT het College aan ACM de opdracht te geven bij een nieuw besluit de gronden van BNT ten aanzien van de separatieruimte mee te nemen.

5.5 BNT heeft in beroepsgrond 5 aangevoerd dat ACM ten onrechte de doelmatigheid van de door NOVEC opgevoerde kosten in het kader van de geschilprocedure ex artikel 3.11 Tw (oud) niet heeft getoetst. ACM heeft het begrip redelijke vergoeding uit artikel 3.11 Tw (oud) nader ingevuld als de daadwerkelijke kosten vermeerderd met een redelijk rendement. ACM gaat daarmee ten onrechte voorbij aan de vraag naar de doelmatigheid van de investeringen van NOVEC en of er kosten zijn die hoger zijn dan normaal of die in werkelijkheid niet bestaan. Het feit dat ACM kijkt naar de daadwerkelijke kosten betekent niet dat zij deze kosten in het kader van artikel 3.11 Tw (oud) niet zou kunnen toetsen op redelijkheid in de vorm van doelmatigheid. Dit geldt temeer, nu ACM in marktanalysebesluiten stelt dat ex-ante regulering niet nodig is, omdat met artikel 3.11 Tw (oud) alle mogelijke mededingingsproblemen op de infrastructuur- en transmissiemarkten kunnen worden geredieerd. Ter controle en vaststelling van de (in)efficiëntie van de door NOVEC opgevoerde kosten had ACM eenvoudig een benchmark kunnen uitvoeren.

BNT verzoekt het College ACM de opdracht te geven alsnog de redelijkheid van de door NOVEC opgevoerde kosten te beoordelen, inclusief een doelmatigheidstoets.

5.6 In beroepsgrond 6.1 tot en met 6.3 gaat BNT nader in op kosten die naar haar mening te hoog zijn of ten onrechte worden meegerekend in het tarief voor medegebruik.

5.6.1 Volgens beroepsgrond 6.1 heeft ACM ten onrechte een voorziening groot onderhoud goedgekeurd als onderdeel van het tarief. Een voorziening voor onderhoud representeert geen daadwerkelijke kosten, maar kosten die mogelijk zullen worden gemaakt. Onderhoudskosten mogen bovendien alleen worden doorgerekend als zij objectief noodzakelijk zijn op basis van efficiënte inkoop en beheer. Een oordeel hieromtrent heeft ACM niet gegeven.

5.6.2 Volgens beroepsgrond 6.2 heeft ACM ten onrechte een overheadpercentage van 20-30% redelijk geacht. Dit percentage is veel te hoog en duidt op een inefficiënte bedrijfsvoering. Er heeft geen kritische beoordeling plaatsgevonden.

5.6.3 Volgens beroepsgrond 6.3 heeft ACM ten onrechte bepaald dat advieskosten van NOVEC in het medegebruikstarief mogen worden verwerkt. Alleen kosten die redelijkerwijs verband houden met het medegebruik van een individuele partij mogen in het medegebruikstarief worden versleuteld. Daarvan is geen sprake bij kosten van advocaten en adviseurs, waaronder bijvoorbeeld juridische kosten voor geschillen met en rechtszaken tegen KPN. Door te stellen dat voornoemde advieskosten zijn gemaakt in het jaar 2006 en de geschilprocedure tussen BNT en NOVEC geen betrekking heeft op dit jaar, heeft ACM de kern van het bezwaar van BNT miskend.

5.7 BNT stelt zich in beroepsgrond 7 op het standpunt dat ACM ten onrechte heeft verzuimd een meerjarig tarief voor medegebruik vast te stellen en zich in plaats hiervan heeft beperkt tot een tarief voor 2009. In het kader van een aanbesteding voor een langdurige (tien jaar) opdracht voor transmissie is langdurige tariefonzekerheid onmisbaar. BNT had ACM daarom verzocht om een tarief vast te stellen voor een periode van tien jaar vanaf 1 september 2010. Tarieven voor langere periodes zijn op de markt gebruikelijk en het is dan ook niet onmogelijk deze vast te stellen. Overigens stelt ACM zelf ook vaak tarieven voor langere termijn vast. Aan het besluit zoals dat er nu ligt heeft BNT niets. Zij moest in verband met de aanbesteding een tarief voor tien jaar bieden. Zij heeft de aanbesteding weliswaar gewonnen, maar loopt nu het risico dat zij verlies gaat lijden. ACM had het aanbod van NOVEC voor de

langere termijn moeten beoordelen, waarbij zij een oordeel had moeten vellen over de risico-opslag die door NOVEC in het door haar in eerste instantie aangeboden langjarige tarief werd gehanteerd. NOVEC vroeg ten onrechte voor een vast tarief een hoger bedrag per meter dan voor een jaarlijks (variabel) tarief.

- 5.8 Volgens beroepsgrond 8 heeft ACM de verhoging van het tarief in het definitieve besluit ten opzichte van het voorlopige besluit niet gemotiveerd. In het voorlopige besluit had ACM het tarief vastgesteld op 2301,-- per meter. In het definitieve besluit werd dit tarief bepaald op 2794,--, zonder dat duidelijk is waardoor het verschil wordt verklaard.
- 5.9 Beroepsgrond 9 luidt dat ACM ten onrechte een tarief heeft vastgesteld dat hoger ligt dan het door NOVEC aangeboden tarief. BNT heeft in dit verband gesteld dat ACM bij de berekening van het redelijke rendement een te hoge WACC heeft vastgesteld, en heeft die stelling onderbouwd met een notitie van Prof. dr. S. van Wijnbergen (hierna: Van Wijnbergen). Van Wijnbergen volgt in zijn notitie de aannames van ACM ten aanzien van de verhouding tussen eigen en vreemd vermogen, de rente-opslag op vreemd vermogen, de asset-bèta en het tarief van de vennootschapsbelasting. Wat betreft de bepaling van het risicovrije rendement sluit Van Wijnbergen aan bij de keuze van ACM voor de tienjaarsrente als basis. Hij bestrijdt echter de keuze van ACM om hierbij het gemiddelde van Nederlandse staatsleningen over 2006, 2007, 2008 en het eerste kwartaal van 2009 te nemen. Van Wijnbergen geeft de voorkeur aan het hanteren van de gemiddelde rente over het jaar 2009, die kan worden afgeleid uit de zogenoemde swapcurve. Dit leidt tot een uitkomst van 3,61 % in plaats van de door ACM bepaalde 4,76%. De marktrisicopremie had volgens Van Wijnbergen op 3% in plaats van 5% moeten worden vastgesteld. Van Wijnbergen baseert zijn standpunt op de heersende consensus, die is vastgelegd in een in 2002 door Dimson e.a. (hierna: Dimson) gepubliceerd onderzoek (E. Dimson, P. Marsh en M. Staunton, "Triumph of the Optimists: 101 Years of Global Investment Returns", Princeton University Press, 2002). Van Wijnbergen concludeert dat ACM de WACC had moeten bepalen op 4,34% en de ROA op 5,82%.

## 6 Het standpunt van NOVEC

6.1.1 Beroepsgrond 1 van NOVEC richt zich tegen de toerekening door ACM van de directe kosten in de tarieven voor de mastmeters van de hier in het geding zijnde 34 masten.

Voor deze masten geldt dat zij primair zijn bedoeld voor de verspreiding van omroepsignalen, waartoe NOVEC mastruimte verhuurt aan KPN en BNT. Op een aantal van deze masten verhuurt NOVEC daarnaast mastruimte aan aanbieders van mobiele telefonie. De kosten voor deze masten worden geclusterd en naar rato van omzet toegerekend aan omroep- en telecomdienstverlening en vervolgens toegerekend aan mastmeters. ACM miskent daarmee dat deze masten primair bedoeld zijn voor omroepactiviteiten en als essential facilities in stand moeten worden gehouden. Dit rechtvaardigt dat alle kosten aan die activiteiten worden toegerekend.

6.1.2 Subsidiar voert NOVEC aan dat als er al een verdeling moet plaatsvinden van de directe kosten over omroep en telefonie, dit op een evenredige wijze moet gebeuren. Bij brief van 27 juli 2009 heeft NOVEC reeds becijferd dat de toerekeningsystematiek van ACM er toe kan leiden dat de toename van het aandeel van telefonie in de directe kosten groter is dan eventuele extra omzet die daarmee wordt gegenereerd. NOVEC heeft dan geen prikkel meer om deze telecomdienstverlening voort te zetten, omdat zij gedwongen wordt daarop verlies te maken. De toerekeningsystematiek van ACM betekent dat NOVEC haar omroepactiviteiten verplicht meer dan evenredig moet kruissubsidiëren uit haar telecomdienstverlening. Deze systematiek leidt derhalve niet tot redelijke tarieven.

6.1.3 Meer subsidiar merkt NOVEC op dat ACM er ten onrechte aan voorbij gaat dat niet alle 34 mastlocaties geschikt zijn voor telecomactiviteiten en dat masten die daarvoor op zich zelf wel geschikt zijn om wat voor reden dan ook niet voor die activiteiten worden gebruikt (geen marktvraag). Het is principieel onjuist om de aan deze masten verbonden kosten deels toe te rekenen aan de telecomdienstverlening (en dus omgekeerd: niet toe te rekenen aan de omroepactiviteiten van NOVEC).

6.2.1 Beroepsgrond 2 van NOVEC ziet op de WACC-berekening van ACM. In het eerste deel van deze beroepsgrond stelt NOVEC zich op het standpunt dat het rendement hoger zou moeten zijn dan waarvan ACM is uitgegaan. NOVEC heeft een notitie van Orchard Finance overgelegd, waarin het belangrijkste punt is dat de risico-opslag in ieder geval moet worden verhoogd van 0,75 naar 2,5%. Dit gelet op het feit dat NOVEC door banken wordt beschouwd als kleinbedrijf, NOVEC geen steun ontvangt van TenneT bij het aantrekken van financiering (TenneT staat bijvoorbeeld niet garant) en NOVEC weinig liquide vaste activa heeft, die aan een bank in zekerheid kunnen worden gegeven. Alleen deze verhoging van de risico-opslag doet de ROA al stijgen naar 8,10% en resulteert in een verhoging van het totaal rendement van 12,1%. De stelling van ACM dat de aanpassing van de ROA weinig effect heeft, is dus onjuist.

6.2.2 In het tweede deel van deze beroepsgrond stelt NOVEC voorts dat de activa niet op de historische waarde gewaardeerd moeten worden, maar op de actuele waarde. In het besluit van 26 april 2010 inzake het geschil tussen NOVEC en Alticom heeft ACM dit ook toegestaan aan Alticom, die tot dezelfde productieketen behoort. Het effect op het rendement is dan nog groter. Overigens is ook bij een beperkt rendement elk extra rendement relevant, omdat dit direct ten goede komt aan de winst op omroepactiviteiten.

## 7 De beoordeling van het geschil

7.1. Het College dient allereerst te beoordelen wat de verhouding is tussen de voorlopige en de definitieve besluiten van ACM. Dat is met name van belang voor de beoordeling van het beroep van NOVEC tegen de definitieve besluiten. Nu NOVEC haar beroepen tegen de voorlopige besluiten heeft ingetrokken, rijst de vraag of deze besluiten (dan wel onderdelen daarvan) hierdoor ten opzichte van NOVEC in rechte zijn komen vast te staan en of NOVEC als gevolg daarvan wordt beperkt in de mogelijkheid om (onderdelen van) de definitieve besluiten in beroep ter discussie te stellen. Het College overweegt hierover als volgt.

7.1.1 Naar het oordeel van het College zijn de definitieve besluiten geen besluiten tot wijziging of intrekking van de voorlopige besluiten, als bedoeld artikel 6:18 Awb (oud), zodat de tegen de voorlopige besluiten ingestelde beroepen niet ingevolge artikel 6:19, eerste lid, Awb van rechtswege moeten worden geacht mede te zijn gericht tegen de definitieve besluiten. Van een besluit in de zin van artikel 6:18 Awb (oud) is sprake indien het bestuursorgaan daarbij gebruik maakt van dezelfde bevoegdheid als bij het eerste besluit ten aanzien van een zelfde feitelijke situatie en blijft binnen de grondslag en reikwijdte van het eerste besluit. Dat is hier niet het geval. De voorlopige besluiten zijn genomen op grond van artikel 12.5, tweede lid, Tw, dat daarvoor een speciale grondslag biedt. Deze bepaling voorziet in de bevoegdheid van ACM om in spoedeisende gevallen een voorlopig besluit te nemen, dat geldt tot het definitieve besluit op grond van artikel 12.2 Tw is genomen. Een voorlopig besluit heeft derhalve het karakter van een ordemaatregel voor spoedeisende gevallen, die is uitgewerkt zodra het definitieve besluit is genomen. De bevoegdheid tot het nemen van een tijdelijk besluit kan daarom niet op één lijn worden gesteld met die tot het nemen van een definitief besluit.

7.1.2 Dit betekent dat NOVEC door de intrekking van haar beroepen tegen de voorlopige besluiten niet wordt beperkt in haar mogelijkheid om de definitieve besluiten (op onderdelen) in rechte aan te vechten. Die intrekking staat derhalve niet in de weg aan een inhoudelijke beoordeling door het College van de beroepsgronden van NOVEC tegen de definitieve besluiten.

7.1.3 KPN en BNT, die hun beroepen tegen de voorlopige besluiten hebben gehandhaafd, hebben niet aannemelijk gemaakt dat zij, ondanks het feit dat de voorlopige besluiten zijn uitgewerkt, nog belang hebben bij beoordeling van de rechtmatigheid van deze besluiten. Het College volgt BNT niet in haar stelling dat een aparte beoordeling van het voorlopige besluit is geïndiceerd vanuit het perspectief van de rechtszekerheid, omdat het daarin opgenomen tarief de basis is geweest voor het bod dat is uitgebracht in de aanbesteding van de NPO, zoals BNT heeft gesteld. Het was immers, ook voor BNT, van meet af aan duidelijk dat een definitief besluit nog genomen moest worden, waarbij expliciet is aangegeven dat op bepaalde punten, die het tarief per meter konden beïnvloeden, nog een beslissing moest worden genomen. Het College zal de beroepen gericht tegen de voorlopige besluiten dan ook niet-ontvankelijk verklaren.

7.2 Bij de inhoudelijke beoordeling van de beroepsgronden tegen de definitieve besluiten, zal het College eerst de gronden ten aanzien van de WACC beoordelen. Het College merkt hierbij op dat KPN zich ter zitting heeft aangesloten bij de door Van Wijnbergen gegeven onderbouwing. Als uitgangspunt bij de beoordeling van deze gronden door het College geldt overeenkomstig vaste jurisprudentie dat voor het bepalen van de parameters waaruit de WACC is opgebouwd, meerdere methoden kunnen worden gebruikt en bij de keuze voor deze methoden aan het bestuursorgaan een aanzienlijke beoordelingsruimte toekomt.

7.2.1 BNT richt zich in beroepsgrond 9, zoals uitgewerkt door Van Wijnbergen, tegen de keuze van de referentieperiode voor de bepaling van de risicovrije rentevoet. ACM heeft gekozen voor de periode 2006 tot en met het eerste kwartaal van 2009, terwijl Van Wijnbergen zich op het standpunt stelt dat hiervoor het (gehele) jaar 2009 dient te worden genomen. Van Wijnbergen

betoogt, zonder nadere motivering, dat de gegevens van de jaren 2006, 2007 en 2008 niet relevant zijn voor commerciële overwegingen in 2009. Hij gaat er hiermee aan voorbij dat het College in eerdere uitspraken (zie bijvoorbeeld de uitspraken van 3 november 2009, ECLI:NL:CBB:2009:BK1790; hierna: de uitspraak van 3 november 2009, en 26 mei 2010, ECLI:NL:CBB:2010:BM5564; hierna: de uitspraak van 26 mei 2010) steeds heeft toegestaan dat verweerder bij de vaststelling van de risicovrije rente uitging van een reeks van historische gegevens, in plaats van uitsluitend recente gegevens of zelfs inschattingen van toekomstige rente ("forward looking"-data). ACM motiveert deze keuze met de stelling dat het gemiddelde over een aantal jaren een representatiever beeld geeft dat een éénjarig gemiddelde aangezien een meerjarengemiddelde de effecten van eventuele incidentele ontwikkelingen afvlakt, hetgeen in overeenstemming is met de argumentatie die op dit punt aan de in genoemde uitspraken bestreden besluiten ten grondslag lag. In de uitspraak van 26 mei 2010 zag het College geen reden om de keuze voor een termijn van drie jaar als meetmoment voor de hoogte van de risicovrije rente derhalve nagenoeg gelijk aan de door ACM in het bestreden besluit gehanteerde termijn onrechtmatig te achten. Specifieke argumenten waarom het College hieromtrent thans anders zou behoren te oordelen, worden door Van Wijnbergen niet gegeven. Hetgeen Van Wijnbergen betoogt omtrent de keuze voor de swaprente in plaats van de rente op staatsleningen beschouwt het College als zozeer verweven met het hierboven besproken punt Van Wijnbergen beschouwt klaarblijkelijk bij ontstentenis van toereikende gegevens omtrent de rente op tienjarige staatsleningen in 2009 de swaprente als geschikt instrument om de risicovrije rente te bepalen dat dit geen zelfstandige bespreking behoeft. Het College concludeert dat hetgeen is aangevoerd omtrent de bepaling van de risicovrije rentevoet niet kan slagen.

- 7.2.2 BNT richt zich middels Van Wijnbergen voorts tegen de hoogte van de marktrisicopremie, die op 3% had dienen te worden bepaald. ACM heeft ter onderbouwing van haar keuze voor een marktrisicopremie van 5% gewezen op de benadering van de toenmalige NMa ten behoeve van haar methodebesluiten, waarin NMa de bandbreedte voor de marktrisicopremie heeft vastgesteld op 4 tot 6% en zich hierbij heeft gebaseerd op de historisch gerealiseerde (ex-post) marktrisicopremie en met verwachtingen ten aanzien van de toekomstige ex-ante marktrisicopremie. Het College verwijst in dit verband naar de uitspraak van 3 november 2009 met daarin de volgende weergave van de keuze van de NMa terzake:

" Bij de ex-post bepaling van de marktrisicopremie acht verweerder het van belang uit te gaan van een zo lang mogelijke tijdsperiode met betrouwbare data. De door verweerder relevant geachte studies komen tot gemiddelde marktrisicopremies van circa 4,7 of 4,8%. Ook het gebruik van ex-ante gegevens bij het vaststellen van de marktrisicopremie is relevant. Uit studies betreffende de ex-ante verwachtingen van de marktrisicopremie komen schattingen naar voren van 3,21 tot 3,6%. Rekening houdend met onzekerheidsfactoren ten aanzien van de hoogte van de marktrisicopremie hanteert verweerder een bandbreedte en wel van 4 tot 6%."

Hetgeen tegen het in die zaak bestreden besluit werd aangevoerd, gaf het College geen aanleiding om de door NMa gemaakte keuze niet rechtmatig te achten. De door Van Wijnbergen ingebrachte argumentatie berust op het onderzoek van Dimson uit 2002. Het College acht de verwijzing naar dit onderzoek en de door Van Wijnbergen hierop gegeven toelichting echter te summier om op basis hiervan thans anders te oordelen. Zoals het College heeft overwogen in zijn uitspraak van 7 mei 2008, komt vanwege de fluctuatie van de marktrisicopremie in de tijd naar het oordeel van het College aan de peildatum van het vaststellen van de marktrisicopremie bijzonder gewicht toe. Uit hetgeen Van Wijnbergen heeft aangevoerd, kan het College niet opmaken dat de resultaten van Dimson uit 2002 leidend zouden zijn voor een besluit waarvan de peildatum in 2009 valt. Het College betreft hierbij dat ACM verwijst naar meer recent onderzoek van Dimson, te weten E. Dimson, P. Marsh en M. Staunton, "Global Investment Returns Yearbook 2007", London Business School, 2007. Voorts maakt Van Wijnbergen niet duidelijk waarom de door ACM gehanteerde methode tekortschoot. Het College concludeert dat ook hetgeen is aangevoerd omtrent de bepaling van de marktrisicopremie niet slaagt.

KPN in beroepsgrond 3.1 en NOVEC in het eerste deel van beroepsgrond 2 hebben zich gericht tegen de overwegingen van ACM die hebben geleid tot de risico-opslag voor het vreemd vermogen.

Voor zover KPN er over klaagt dat voor NOVEC ten onrechte een hogere WACC wordt berekend dan voor TenneT, volgt het College haar niet. Bij de bepaling van de WACC heeft Mazars blijkens het door ACM overgenomen rapport van 25 juni 2009 een vergelijking gemaakt van het risicoprofiel van NOVEC specifiek voor het verlenen van medegebruik op hoge antenne-opstelpunten, met het risicoprofiel voor het medegebruik van antennesystemen. In het rapport is het risico voor medegebruik van de masten licht lager geacht dan het risico voor het medegebruik van antennesystemen op de grond dat de kosten van de masten volledig worden doorberekend aan de afnemers. De door NOVEC voor 2006 tot en met 2009 gehanteerde ROA van 7,06% zonder vennootschapsbelasting en 9,20% met vennootschapsbelasting is, anders dan KPN veronderstelt, niet overgenomen in het rapport. In het rapport is de ROA voor NOVEC voor 2006 bepaald op 5,38% zonder vennootschapsbelasting (die werd toen niet betaald) en voor 2007 en 2008 op 7,23% met vennootschapsbelasting. Nu de door NMa voor TenneT vastgestelde WACC 5,4% bedraagt, is ten opzichte daarvan bij de voor NOVEC op 5,38% vastgestelde WACC geen sprake van een onaanvaardbaar grote afwijking die apart had moeten worden gemotiveerd, zoals KPN heeft betoogd. Dit betekent dat de vergelijking met TenneT verder geen bespreking behoeft.

Het College volgt KPN evenmin voor zover zij betoogt dat NOVEC als staatsbedrijf kan profiteren van de AAA-rating van de overheid en dat ACM daarom voor NOVEC geen risico-opslag voor vreemd vermogen van 0,75% had mogen hanteren. Het College constateert dat het hier een problematiek betreft die reeds is besproken in rechtsoverweging 7.10.2 van de uitspraak van 7 mei 2008. Weliswaar betrof het in die zaak het risicoprofiel van Nozema, maar ACM heeft hierbij aangesloten voor de bepaling van het risicoprofiel van NOVEC. Aan het College is geen feitenmateriaal voorgelegd waaruit blijkt dat NOVEC met een lagere risico-opslag vreemd vermogen kan aantrekken dan indertijd Nozema.

NOVEC heeft in beroepsgrond 2 er eveneens over geklaagd dat ACM ten onrechte een risico-opslag voor vreemd vermogen van 0,75% heeft gehanteerd en gesteld dat deze opslag hoger moet worden vastgesteld en wel op 2,5%. ACM heeft in haar reactie hierop toegelicht dat voor de risico-opslag aangesloten is bij het risicoprofiel zoals dat eerder is vastgesteld ten aanzien van Nozema. Dat betekent dat uitgegaan is van een AA-/A-rating. Het College acht, in overeenstemming met de hierboven aangehaalde rechtsoverweging, deze rating niet onredelijk. Naar het oordeel van het College heeft NOVEC onvoldoende onderbouwd waarom het profiel van NOVEC zodanig anders is dat een percentage van 2,5% gehanteerd zou moeten worden. NOVEC heeft weliswaar gesteld dat zij door kredietverstrekkers als kleinbedrijf wordt beschouwd, maar heeft nagelaten concreet te maken welke opslagen zijn gehanteerd bij aan NOVEC verstrekte leningen. Dit deel van beroepsgrond 2 slaagt daarom niet.

De conclusie is dat beroepsgrond 3.1 van KPN en het eerste deel van beroepsgrond 2 van NOVEC niet slagen.

7.2.4 In beroepsgrond 3.2 voert KPN aan dat ACM het risicoprofiel van de activiteiten van NOVEC te hoog heeft ingeschat. Voor zover KPN met deze beroepsgrond tracht te bereiken dat voor NOVEC een lagere risico-opslag voor vreemd vermogen wordt vastgesteld, faalt deze op grond van de in rechtsoverweging 7.2.3 genoemde redenen. Voor zover KPN met deze beroepsgrond tracht te bereiken dat voor NOVEC een lagere asset- $\beta$  wordt vastgesteld, overweegt het College het volgende.

KPN heeft betoogd dat het risico van NOVEC lager is dan dat van een exploitant van antennesystemen. Dit betreft echter een factor waarvan ACM zich rekenschap heeft gegeven,

zoals zij heeft betoogd in de randnummers 6.29 en 6.30 van haar verweerschrift. ACM erkent hierin dat het medegebruik van hoge antenne-opstelpunten verschilt van het medegebruik van antennesystemen. Omdat de kosten van hoge antenne-opstelpunten volledig worden doorberekend aan afnemers en NOVEC bij haar dienstverlening minder concurrentie ondervindt dan indertijd Nozema, is het risicoprofiel van NOVEC licht lager ingeschat. Dit heeft zich vertaald in het hanteren van een asset- $\beta$  van 0,35 in plaats van 0,40. Het College leest in beroepsgrond 3.2 van KPN dat zij erkent dat het risicoprofiel van Novec niet "fors" lager is dan dat van een exploitant van antennesystemen. Mede in dit licht ziet het College geen grond voor het oordeel dat ACM het lagere risicoprofiel van NOVEC onvoldoende heeft verdisconteerd.

Beroepsgrond 3.2 van KPN faalt.

7.3 KPN in beroepsgrond 4 en BNT in beroepsgrond 5 hebben zich op het standpunt gesteld dat ACM bij de invulling van het begrip redelijke vergoeding ex artikel 3.11, derde lid, Tw (oud) een doelmatigheidstoets had moeten toepassen.

Uit de uitspraak van 7 mei 2008 blijkt dat ACM als redelijk tarief voor medegebruik een op kosten georiënteerd tarief mag hanteren, uitgelegd als daadwerkelijke kosten vermeerderd met een redelijk rendement. Dat dit inhoudt dat er geen grondslag is voor een doelmatigheidsbeoordeling, zoals ACM heeft gesteld, is onjuist. Zoals het College heeft geoordeeld in rechtsoverweging 7.7.2 van de uitspraak van 12 april 2012 (ECLI:NL:CBB:2012:BW1529) laat de uitspraak van 7 mei 2008 onverlet dat indien een partij van oordeel is dat in een concrete situatie het doorberekenen van bepaalde daadwerkelijk gemaakte kosten niet redelijk is op de grond dat deze onnodig zijn gemaakt en de partij op een onaanvaardbare wijze in haar concurrentiepositie aantast, zij dit in een geschilprocedure kan voorleggen. Dit brengt met zich dat, indien concreet als onderdeel van een verzoek om geschilbeslechting wordt gesteld dat bepaalde kosten in redelijkheid niet mogen worden doorberekend, ACM zal moeten overgaan tot een op deze kosten toegespitste beoordeling van de redelijkheid en noodzakelijkheid daarvan. Doordat zij zich ten onrechte op het standpunt heeft gesteld dat artikel 3.11, derde lid, Tw (oud) geen grondslag biedt om daadwerkelijk gemaakte kosten aan een doelmatigheidstoets te onderwerpen, heeft ACM dit nagelaten.

Naar aanleiding van hetgeen KPN in beroepsgrond 4 betoogt omtrent (het ontbreken van voldoende) prikkels bij NOVEC om efficiënt te opereren, overweegt het College nog het volgende. Bij de beantwoording van de vraag of bepaalde daadwerkelijk gemaakte kosten in redelijkheid zijn gemaakt, kunnen overwegingen omtrent de prikkel die een gereguleerde partij heeft om onnodige of onredelijke kosten te vermijden een rol spelen. Dit volgt uit hetgeen het College heeft gesteld in paragraaf 8.1 van de uitspraak van 23 september 2013 (ECLI:NL:CBB:2013:184). In dit kader kunnen factoren als de mate waarin NOVEC inkomsten haalt uit ongereguleerde dienstverlening en de mate van concurrentie die zij ondervindt een rol spelen. Het College laat het gewicht van deze factoren thans uitdrukkelijk in het midden en beperkt zich tot de constatering dat ACM niet mag volstaan met de algemene overweging dat de aanbieder van de faciliteiten waarvan medegebruik wordt gemaakt in beginsel geacht mag worden voldoende prikkels te hebben om efficiënt te opereren, zoals zij in de bestreden besluiten heeft gedaan.

Uit het voorgaande volgt dat beroepsgrond 4 van KPN en beroepsgrond 5 van BNT doel treffen en dat de bestreden besluiten wegens strijd met artikel 3.11, derde lid, Tw (oud) voor vernietiging in aanmerking komen.

7.4 KPN in beroepsgrond 6 en BNT in beroepsgronden 6.1 tot en met 6.3 hebben concrete kostenposten genoemd die door ACM aan een kritische beschouwing had moeten worden onderworpen. Uit het vorenstaande volgt dat ACM met betrekking tot de kosten voor leegstaande masten, de overheadkosten (met name de juridische kosten) en de kosten voor groot onderhoud ten onrechte zonder nadere toets is uitgegaan van de daadwerkelijke, door NOVEC in haar administratie opgevoerde kosten. ACM had concreet de redelijkheid en noodzakelijkheid van deze kosten moeten beoordelen aan de hand van hetgeen BNT en KPN daarover hebben gesteld en dient daartoe alsnog over te gaan.

Hiermee is overigens niet gezegd dat deze kosten in het geheel niet doorberekend mogen worden en dat de overhead zou moeten worden gemaximeerd op een percentage van de omzet.

Dit betekent dat ook beroepsgrond 6 van KPN en beroepsgronden 6.1 tot en met 6.3 van BNT doel treffen en dat de bestreden besluiten ook in zoverre wegens strijd met artikel 3.11, derde lid, Tw (oud) voor vernietiging in aanmerking komen.

7.5 In beroepsgrond 1 werpt BNT de vraag op naar de mogelijkheid die artikel 3.11 Tw (oud) biedt om problemen van discriminatie tegen te gaan. Het College volgt ACM in de opvatting dat niet valt in te zien welk belang van BNT is gediend met een inhoudelijke beoordeling van deze beroepsgrond. De allonge-overeenkomst waarnaar BNT verwijst, betreft een overeenkomst die KPN in 2007 met NOVEC heeft gesloten en die er toe strekte dat KPN gegeven de langjarige contracten met haar afnemers geen nadeel zou ondervinden van latere tariefsverhogingen van NOVEC. In het kader van het door BNT aan ACM voorgelegde geschil is het wat betreft de vraag of sprake is van discriminerende tarieven slechts van belang of NOVEC in het kader van de aanbesteding van de NPO aan BNT hogere tarieven heeft geoffreerd aan BNT dan aan KPN. ACM heeft geoordeeld dat dit niet het geval is en dat nu de NPO de distributie van haar radioprogrammas die voordien door KPN werd verzorgd, na een aanbesteding op basis van de laagste prijs met ingang van 1 september 2010 heeft gegund aan BNT, in elk geval geen belang bij een oordeel dat het NOVEC niet was toegestaan om op basis van de allonge-overeenkomst aan KPN lagere tarieven in rekening te brengen. Beroepsgrond 1 van BNT faalt.

7.6 Beroepsgrond 5 van KPN en beroepsgrond 3 van BNT richten zich tegen het oordeel van ACM dat NOVEC de kosten van niet verhuurde meters mastruimte mag doorberekenen in de tarieven. Het College volgt op dit punt het verweer van ACM dat bij een kostengeoriënteerd tarief past dat de kosten van leegstand kunnen worden doorberekend omdat deze voor NOVEC behoren tot de daadwerkelijke kosten die zijn gemoeid met de exploitatie van haar antenne-opstelpunten. Ook is er geen strijd met de rechtszekerheid vanwege het standpunt van ACM in het geschil over het opstelpunt te Hilversum. Dit standpunt kan niet los worden gezien van de toen voorliggende, specifieke casus, waarin Nozema te kennen had gegeven dat de eventuele lege meters in de mast voor haar rekening zou komen. Het College ziet geen aanleiding voor het oordeel dat ACM had dienen te beslissen naar analogie met de richtsnoeren colocatie, die KPN niet toestaan om de kosten van leegstand in rekening te brengen aan de afnemers van haar colocatiedienstverlening. Het College wijst er op dat de situatie waarin KPN als telecomaandier opereert fundamenteel verschilt van die van NOVEC in de zin dat NOVEC geen verticaal geïntegreerde aanbieder is die zelf ook diensten levert over de door haar beheerde infrastructuur en de vraag of een afwijking van het uitgangspunt van kostencausaliteit noodzakelijk is om andere dienstenaanbieders in staat te stellen om met haar te concurreren, zich derhalve niet voordoet. Het voorgaande laat echter onverlet dat ACM zich in overeenstemming met het in paragraaf 7.3 betoogde had dienen uit te laten over de redelijkheid en noodzakelijkheid van de met de leegstand samenhangende kosten.

Het voorgaande brengt met zich mee dat ook beroepsgrond 5 van KPN en beroepsgrond 3 van BNT doel treffen en dat de bestreden besluiten ook in zoverre wegens strijd met artikel 3.11, derde lid, Tw (oud) voor vernietiging in aanmerking komen. Om dezelfde reden slaagt ook beroepsgrond 4 van BNT en zal ACM zich dienen uit te laten over de redelijkheid en noodzakelijkheid van de door NOVEC gehanteerde separatuimte.

7.7 In beroepsgrond 2 heeft BNT aangevoerd dat de kosten niet berekend mogen worden op basis van alle kosten voor de masten die tot het cluster overig worden gerekend, maar dat onderscheid gemaakt moet worden tussen masten die afgeschreven zijn en masten die dat niet zijn. ACM heeft voor het berekenen van de kosten per cluster als motivering gegeven dat het berekenen van de kosten per mast er toe zou leiden dat de tarieven voor bepaalde masten te hoog zouden worden. Omdat tarieven op een zo hoog mogelijk aggregatieniveau dienen te worden vastgesteld en partijen in principe in staat moeten zijn om die functionaliteiten af te nemen die zij voor hun dienstverlening nodig hebben, zijn de masten geclusterd op basis van functionaliteit en niet op basis van (mate van) afschrijving. Dat zou



bovendien tot grote prijsverschillen leiden. De masten vormen een netwerk en het middelen van kosten is daarom logisch.

Naar het oordeel van het College heeft ACM met deze clustering gekozen voor een hanteerbare methode voor de berekening van de tarieven, die aansluit op de wijze waarop NOVEC de betreffende kosten in haar administratie heeft verwerkt en daarom past binnen het door ACM gekozen uitgangspunt dat de daadwerkelijke kosten vermeerderd met een redelijk rendement dienen te worden vergoed. In hetgeen BNT heeft aangevoerd, ziet het College geen grond voor het oordeel dat ACM in redelijkheid niet mocht uitgaan van clustering. Van strijd met de rechtszekerheid vanwege het standpunt van ACM in het geschil over het opstelpunt te Hilversum, waaruit volgens BNT mocht worden afgeleid dat de kosten altijd per mast moeten worden berekend, is wederom geen sprake. Dat standpunt kan ook hier niet los worden gezien van de toen voorliggende, specifieke casus. Bovendien heeft ACM er terecht op gewezen dat zij de mogelijkheid van clustering al eerder heeft opgenomen in een advies van 19 oktober 2004 met betrekking tot de tarieven voor het na de splitsing van Nozema per januari 2005 op te richten mastenbedrijf (inmiddels NOVEC).

Beroepsgrond 2 van BNT slaagt niet.

#### 7.8 Ten aanzien van de beroepsgrond 7 van BNT dat ACM ten onrechte uitsluitend een tarief voor 2009 heeft bepaald, overweegt het College het volgende.

Vast staat dat NOVEC bij brief van 12 mei 2009 aan BNT onder meer een vast tarief heeft geoffreerd voor een periode van 6, 8 of 10 jaar, ingaande op 1 september 2010. Uit de gedingstukken blijkt dat BNT dit tarief niet heeft aanvaard en dat BNT zich vervolgens tot de ACM heeft gewend met het uitdrukkelijke verzoek het hierover met NOVEC gerezen conflict te beslechten door de redelijke tarieven voor het medegebruik van de opstelpunten van NOVEC vast te stellen voor de gehele periode waarop de aanbesteding van de NPO zag (2010-2020). Bij gebreke aan een overeenkomst over bedoeld tarief, ontleent ACM haar bevoegdheid tot beslechting van genoemd geschil aan artikel 12.2, eerste lid, Tw en niet aan het tweede lid van dit artikel. Gelet op de aanvraag van BNT betekent dit dat ACM ter beslechting van dat geschil in beginsel moet bepalen welk tarief voor de periode van 2010-2020 als redelijk in de zin van artikel 3.11, derde lid, Tw (oud) heeft te gelden tussen BNT en NOVEC. In het definitieve besluit heeft ACM echter geen tarieven voor de periode 2010-2020 vastgesteld, omdat het volgens ACM lastig, c.q. onmogelijk is om nu reeds uitspraak te doen over eventuele prijs- en bezettingsontwikkelingen in de masten wegens de daaraan verbonden onzekerheden. Naar het oordeel van het College rechtvaardigen in dit geval deze onzekerheden niet dat ACM heeft afgezien van de vaststelling van redelijke tarieven voor genoemde periode. De norm redelijke vergoeding in artikel 3.11, derde lid, Tw (oud) is niet nader geëxpliciteerd in de Tw. Het is aan ACM om aan die norm invulling te geven en te kiezen voor een passende methode voor de vaststelling van de betreffende vergoeding, ook als het gaat om de vaststelling van een vergoeding voor een langere termijn als hier aan de orde. Kostenoriëntatie, waarbij wordt uitgaan van de daadwerkelijke kosten vermeerderd met een redelijk rendement kan passend zijn (zie paragraaf 7.3), maar als het gaat om de inschatting van ontwikkelingen op langere termijn en om de bepaling van een redelijke vergoeding voor een periode die (deels) in de toekomst ligt, kan het aangewezen zijn om (mede) gebruik te maken van een alternatieve methode waarin relevante onzekere factoren voor de toekomst binnen redelijke grenzen zo reëel mogelijk worden ingeschat. ACM heeft niet overtuigend beargumenteerd dat de vaststelling van een redelijk tarief voor de periode van 2010-2020 onmogelijk is. Hierbij kan het College er niet aan voorbij zien dat het in het economisch verkeer niet ongebruikelijk is dat risicos in verband met onzekerheden over relevante toekomstige ontwikkelingen zo goed mogelijk worden ingeschat en verdisconteerd in bepaalde tarieven voor producten en diensten. Dat een afnemer van diensten van NOVEC er voor kan kiezen om geen meerjarig contract met NOVEC aan te gaan en om periodiek het tarief te laten beoordelen, kan geen reden zijn om niet het gevraagde geschil te beslechten.

Deze beroepsgrond van BNT slaagt derhalve. Het bestreden besluit komt wegens strijd met de artikelen 12.2, eerste lid en 3.11, derde lid, Tw (oud) voor vernietiging in aanmerking.

7.9 Gelet op de uitspraak van het College, heeft BNT geen belang bij bespreking van beroepsgrond 8.

7.10 Dan komt het College tenslotte toe aan de beoordeling van de resterende beroepsgronden van NOVEC.

In beroepsgrond 1 heeft NOVEC aangevoerd dat de directe kosten niet mede mogen worden toegerekend aan de telecomdienstverlening. ACM heeft over deze keuze gesteld dat redelijk betekent dat kosten van gemeenschappelijk gebruikte voorzieningen proportioneel worden verdeeld over de gebruikers. Het toerekenen van deze kosten aan de telecomdienstverlening is ook redelijk, omdat er anders sprake zou zijn van valse concurrentie. Als NOVEC niet beschikte over deze masten, die weliswaar oorspronkelijk zijn opgericht voor omroepactiviteiten, had NOVEC andere kosten moeten maken om telecomdienstverlening te kunnen aanbieden. Omdat de kosten grotendeels zijn verankerd, zoals de kosten voor de betonnen onderbouwen, en NOVEC dus geen extra (directe) kosten maakt voor telecom leveren de inkomsten uit telecomactiviteiten extra rendement op. Voor de clustering en de berekening op het niveau van het mastenpark, is aangesloten bij de wijze waarop NOVEC haar kosten berekent.

Het College is van oordeel dat de keuze voor toerekening van directe kosten aan de telecomdienstverlening in overeenstemming is met het door ACM bij de vaststelling van een redelijk tarief gehanteerde uitgangspunt dat de daadwerkelijke kosten vermeerderd met een redelijk rendement dienen te worden vergoed en dat deze keuze, gelet op de motivering waarop deze berust, acceptabel is. Uit de voorbeeldberekening in de brief van NOVEC van 27 juli 2009 kan alleen worden afgeleid dat, als bij de berekening uitgegaan wordt van individuele masten, voor een specifieke mast de toegerekende kosten hoger kunnen zijn dan de extra inkomsten die met de telecomactiviteiten op die mast worden gegenereerd. Tegen het rekenvoorbeeld van ACM waaruit blijkt dat gerekend op clusterniveau er wel sprake is van extra winst heeft NOVEC niets ingebracht. Om deze reden ziet het College geen grond om aan te nemen dat NOVEC door de gekozen methode verlies lijdt en dat de toerekening van de kosten niet proportioneel is. Deze beroepsgrond slaagt derhalve niet.

De in het tweede deel van beroepsgrond 2 van NOVEC geformuleerde stelling dat de activa gewaardeerd moeten worden op de actuele waarde, omdat dit voor Alticom zou zijn gebeurd, kan evenmin worden gevolgd. In het geschilbesluit van 26 april 2010, welk besluit zag op het geschil tussen NOVEC en Alticom, heeft ACM er voor gekozen aan te sluiten bij de door Alticom betaalde koopprijs. Dit was tevens de waarde zoals deze door Alticom zelf op de balans was opgenomen. Dat is niet afwijkend van het uitgangspunt dat ACM ten aanzien van NOVEC heeft gehanteerd. Nu NOVEC geen andere redenen heeft aangevoerd voor haar stelling dat voor de actuele waarde van haar activa welke waarde onbenoemd is gebleven gekozen had moeten worden, slaagt ook dit deel van de beroepsgrond niet.

7.11 Gelet op het vorenstaande worden de beroepen van KPN en BNT tegen de definitieve geschilbesluiten van 31 mei 2010 gegrond verklaard. Deze besluiten worden vernietigd. Gelet op het onderzoek dat noodzakelijk is, voorziet het College niet zelf in deze zaken, maar geeft hij ACM de opdracht nieuwe besluiten te nemen met inachtneming van deze uitspraak. Hiervoor zal een termijn worden gesteld. De beroepen van NOVEC zijn ongegrond.

7.12 Het College ziet aanleiding ACM met toepassing van artikel 8:75 Awb te veroordelen in de proceskosten van KPN en BNT. Deze kosten stelt het College op grond van het Besluit proceskosten bestuursrecht voor de door een derde beroepsmatig verleende rechtsbijstand voor ieder van hen vast op 974,-- (1 punt voor het indienen van het beroepschrift, 1 punt voor het verschijnen ter zitting, met een waarde per punt van 487,-- en een wegingsfactor 1). Voor een proceskostenveroordeling voor NOVEC bestaat geen aanleiding.

## **9 De beslissing**

Het College:

- verklaart de beroepen van KPN en BNT tegen de voorlopige geschilbesluiten van 21 en 18 september 2009 niet-ontvankelijk;
- verklaart de beroepen van KPN en BNT tegen de definitieve geschilbesluiten van 31 mei 2010 gegrond;
- vernietigt de definitieve geschilbesluiten van 31 mei 2010;
- verklaart de beroepen van NOVEC ongegrond;
- draagt ACM op met inachtneming van deze uitspraak binnen zes maanden na verzending nieuwe besluiten te nemen op de aanvragen om geschilbeslechting van KPN en BNT;
- draagt ACM op het betaalde griffierecht van 596,-- te vergoeden aan KPN en BNT ( 298,-- aan elk);
- veroordeelt ACM in de door KPN en BNT gemaakte proceskosten ieder tot een bedrag van 974,--.

Aldus gewezen door mr. R.C. Stam, mr. H.O. Kerkmeester en mr. S.C. Stuldreher, in tegenwoordigheid van mr. A.G.J. van Ouwkerk als griffier, en uitgesproken in het openbaar op 10 april 2014.

w.g. R.C. Stam w.g. A.G.J. Ouwkerk