

# ECLI:NL:CBB:2014:481

Instantie	College van Beroep voor het bedrijfsleven
Datum uitspraak	18-12-2014
Datum publicatie	30-12-2014
Zaaknummer	AWB 11/309 AWB 11/318
Rechtsgebieden	Bestuursrecht
Bijzondere kenmerken	Eerste aanleg - meervoudig
Inhoudsindicatie	Redelijke vergoeding medegebruik antenne-opstelpunten, geschilbesluit, bevoegdheid ACM
Wetsverwijzingen	Telecommunicatiewet 3.11 Telecommunicatiewet 12.2
Vindplaatsen	Rechtspraak.nl

## Uitspraak

uitspraak

### COLLEGE VAN BEROEP VOOR HET BEDRIJFSLEVEN

zaaknummers: 11/309 en 11/318  
15310

### uitspraak van de meervoudige kamer van 18 december 2014 in de zaak tussen

**1. Alticom B.V.**, te Meppel (Alticom),  
(gemachtigde: mr. R. Ludding),

**2. Omroepmasten B.V.** (voorheen NOVEC B.V.), te Vianen (NOVEC),  
(gemachtigde: mr. A.Th Meijer), appellante,

en

**de Autoriteit Consument en Markt (ACM), verweerster,**  
(gemachtigde: mr. F. de Ruijter).

### Procesverloop

Bij besluit van 10 maart 2011 (het bestreden besluit) heeft ACM beslist over de geschilaanvraag van NOVEC op grond van artikel 12.2 van de Telecommunicatiewet (Tw).

Alticom en NOVEC hebben tegen het bestreden besluit beroep ingesteld.

ACM heeft een verweerschrift ingediend. NOVEC heeft hierop gereageerd bij brief van 17 oktober 2011.

Bij brieven van respectievelijk 3 februari 2014 en 8 september 2014 hebben NOVEC en Alticom nadere stukken toegezonden.

Bij besluit van 11 september 2014 heeft ACM het bestreden besluit gewijzigd.

Ten aanzien van een aantal stukken die ACM verplicht is over te leggen, heeft zij medegedeeld dat uitsluitend het College daarvan kennis zal mogen nemen. Bij beslissingen van 3 november 2011, 6 december 2011 en 19 september 2014 heeft het College de gevraagde beperking van de kennisneming met betrekking tot één stuk niet en met betrekking tot de overige stukken wel gerechtvaardigd geacht. De andere partijen hebben het College toestemming verleend om mede op grondslag van die stukken uitspraak te doen.

Het onderzoek ter zitting heeft plaatsgevonden op 25 september 2014. Partijen hebben zich laten vertegenwoordigen door hun gemachtigden.

## **Overwegingen**

1. NOVEC huurt opstelruimte op de antenne-opstelpunten van Alticom. NOVEC en Alticom hebben daartoe op 30 januari 2009 een overeenkomst gesloten die geldt voor een periode van 15 jaar, waarin de voorwaarden en het tarief voor medegebruik zijn vastgelegd. Op 26 mei 2009 heeft NOVEC bij ACM (toen nog OPTA) een aanvraag om geschilbeslechting met betrekking tot het tarief ingediend, waarop bij besluit van 26 april 2010 aan de hand van de bevindingen van een externe deskundige (Mazars) is beslist in die zin dat het tarief werd vastgesteld op 1342 (nadien gewijzigd). Met ingang van 1 april 2010 stelde Alticom vervolgens de door NOVEC te betalen huurprijs vast op 1733 per m<sup>2</sup>, dit aan de hand van de methodiek die was gehanteerd in het geschilbesluit van 26 april 2010. NOVEC diende op 15 september 2010 opnieuw een aanvraag om geschilbeslechting in. Over de geschilaanvraag is op verzoek van ACM door Mazars op 8 maart 2011 een rapport uitgebracht.

2. Bij het bestreden besluit heeft ACM als volgt op de aanvraag beslist.

" a) De (betonnen) onderbouwen en torens van Alticom zijn aan te merken als antenne-opstelpunten als bedoeld in artikel 3.11, vierde lid, Tw. Alticom is onderworpen aan artikel 3.11, derde en vierde lid van de Tw. Mitsdien ziet het college geen aanleiding NOVEC niet in haar aanvraag ex artikel 12.2 van de Tw te ontvangen;

b) Er is sprake van een overeenkomst op basis van een bij of krachtens de Tw op Alticom rustende verplichting (artikel 3.11, vierde lid juncto artikel 3.11, derde lid, van de Tw) en partijen zijn verdeeld over de vraag of er sprake is van een redelijke vergoeding als bedoeld in artikel 3.11, derde lid van de Tw. Het college is daarom op grond van artikel 12.2, tweede lid, in samenhang gelezen met artikel 12.2, derde lid,

van de Tw, bevoegd om onderhavig geschil te beslechten;

c) De hoogte van het tussen NOVEC en Alticom overeengekomen tarief voor medegebruik van de antenne-opstelpunten van Alticom kan niet worden gekwalificeerd als een op kosten georiënteerd tarief en daarom in dit geval niet als een redelijke vergoeding ingevolge artikel 3.11, derde lid, van de Tw. Daarmee is het overeengekomen tarief tegen de achtergrond van artikel 12.2 tweede lid, in samenhang gelezen met artikel 12.2, derde lid, van de Tw in strijd met het bij of krachtens de Tw bepaalde;

d) De redelijke vergoeding voor het medegebruik van de antenne-opstelpunten van Alticom als bedoeld in artikel 3.11, derde lid in samenhang gelezen met het vierde lid van artikel 3.11 van de Tw, wordt door het college per 1 april 2010 vastgesteld op 1.444 per vierkante meter;

e) De redelijke vergoeding voor het medegebruik van de antenne-opstelpunten van Alticom dient in de hierop volgende contractperiode eveneens in overeenstemming te zijn met de methodiek zoals uiteengezet in het besluit van het college van 26 april 2010 met kenmerk OPTA/AM/2010/201351."

Bij besluit van 11 september 2014 (het herstelbesluit) heeft ACM de overwegingen in het bestreden besluit met betrekking tot de berekening van de WACC en de toerekening van energiekosten gewijzigd. ACM stelde vast dat een op kosten georiënteerd tarief 1559 bedroeg en dat het overeengekomen tarief van 1435,5 lager en daarmee redelijk is. Het dictum is aangepast in die zin dat de onderdelen c) en e) zijn vervallen en dat in onderdeel d) de redelijke vergoeding per 1 april 2010 is vastgesteld op 1435,5 per m<sup>2</sup>.

3. Over het door Alticom en NOVEC ingestelde beroep tegen het geschilbesluit van 26 april 2010 is door het College geoordeeld bij uitspraak van 17 oktober 2012 (ECLI:NL:CBB:2012:BY2311). Het College wees, zelf voorziend, de aanvraag van NOVEC alsnog af en bepaalde dat zijn uitspraak in de plaats zou treden van het geschilbesluit. Naar het oordeel van het College had ACM niet in redelijkheid tot het oordeel kunnen komen dat het door Alticom in rekening gebrachte tarief van 1383 per m<sup>2</sup> geen redelijk tarief is in de zin van artikel 3.11 Tw. Het College overwoog voorts: "Voor zover OPTA in het dictum van het geschilbesluit heeft bepaald dat de redelijke vergoeding voor het medegebruik van de antenne-opstelpunten van Alticom na 2009 dient te worden vastgesteld in overeenstemming met de methodiek zoals uiteengezet in het geschilbesluit (..), beschouwt het College dit als een voornemen van OPTA dat niet op rechtsgevolg is gericht."

4. Alticom voert aan dat zij geen aanbieder is van antenne-opstelpunten en dat om die reden ACM niet bevoegd was tot beslechting van het geschil. Alticom's verzoek om de beslissing op de geschilaanvraag aan te houden totdat door het College zou zijn beslist op de beroepen tegen het besluit van 26 april 2010 is door ACM ten onrechte afgewezen. Aan Alticom is onvoldoende tijd gegund om te reageren op het rapport van Mazars. Het rapport van Mazars bevat onjuistheden, onder meer met betrekking tot de toerekening van de energiekosten en de berekening van de WACC. Alticom heeft het tarief van 1733 vastgesteld aan de hand van de methodiek die voortvloeit uit het besluit van 26 april 2010. Er was geen aanleiding om Mazars een adviesopdracht te verstrekken, omdat alleen het model behoefde te worden ingevuld. Het commerciële tarief dat aan de afnemers van Alticom wordt berekend bedraagt 1435,5 en is dus redelijk. ACM had daarom de geschilaanvraag van NOVEC moeten afwijzen. Alticom betoogt voorts dat het de vraag is of het de Nederlandse wetgever zonder meer vrijstaat het aanbieden van antenne-opstelpunten te regelen zoals hij in artikel 3.11 (oud) en 3.24 van de Tw doet, meer in het bijzonder nu deze zich ter zake uitdrukkelijk beroept op artikel 12 van Richtlijn 2002/21/EG van het Europees Parlement en de Raad van 7 maart 2002 terzake een gemeenschappelijk regelgevingskader voor elektronische-communicatienetwerken en diensten (Kaderrichtlijn). Anders dan de Europese Commissie, blijktens haar recente reactie op de desbetreffende klacht van Alticom, van oordeel lijkt, is twijfel mogelijk over het antwoord op die vraag zodat deze moet worden voorgelegd aan het Hof van Justitie van de Europese Unie (HvJEU).

5. NOVEC heeft als nadere beroepsgrond naar voren gebracht dat de Weighted Average Cost of Capital (WACC) voor Alticom voor 2010 ten onrechte op een andere wijze is berekend dan voor NOVEC in een ander geschilbesluit. In het rapport van Mazars dat ten grondslag is gelegd aan de WACC-bepaling van Alticom is aangesloten bij de risicovrije rente voor tienjarige staatsobligaties in de jaren 2007, 2008 en

2009 terwijl voor NOVEC is uitgegaan van de jaren 2010, 2011 en 2012. Daarnaast heeft zij gesteld dat zij op basis van het herstelbesluit onvoldoende zicht heeft op de toerekening van de energiekosten. Ten slotte wijst zij er op dat het tarief dat door Alticom met ingang van 1 april 2010 in rekening is gebracht 1435,5 bedraagt.

6. ACM voert aan dat het vastgestelde op kosten georiënteerde tarief voor 2010 hoger is dan het tarief dat voortvloeit uit de tussen partijen gesloten overeenkomst en daarom als een redelijke vergoeding kan worden gekwalificeerd. Bij de berekening van het op kosten georiënteerde tarief is ACM, in lijn met de desbetreffende beroepsgronden van Alticom, uitgegaan van de herberekende WACC en heeft zij voorts de toerekening van de energiekosten gewijzigd. ACM heeft de hoogte van het op kosten georiënteerde tarief berekend omdat het overeengekomen tarief als zodanig geen inzicht geeft in de redelijkheid ervan. ACM ziet het op kosten georiënteerde tarief als uitgangspunt voor een redelijke vergoeding.

Met betrekking tot de beroepsgrond van NOVEC wordt opgemerkt dat ACM als uitgangspunt hanteert dat de risicovrije rente wordt vastgesteld op basis van de rente op tienjarige staatsobligaties van de voorgaande drie jaar.

7. Het College overweegt het volgende.

Artikel 3.11 van de Tw luidt, voor zover hier en ten tijde van belang:

"1. De houders van een vergunning voor het gebruik van frequentieruimte die bestemd is voor het aanbieden van openbare telecommunicatienetwerken of openbare telecommunicatiediensten, zijn over en weer verplicht te voldoen aan redelijke verzoeken tot het medegebruik van antenne-opstelpunten. ()

3. De houder, bedoeld in het eerste lid, () stellen het medegebruik ter beschikking tegen een redelijke vergoeding.

4. Aanbieders van elektronische communicatienetwerken die bestaan uit radiozendapparaten die geschikt zijn voor het verspreiden van programma's, alsmede aanbieders van antenne-opstelpunten welke bestemd zijn om genoemde netwerken te ondersteunen, voldoen aan redelijke verzoeken tot medegebruik van antenne-opstelpunten, antennesystemen of antennes. Het tweede en derde lid zijn van overeenkomstige toepassing."

Artikel 12.2 van de Tw luidt:

"1. Indien er tussen houders van een vergunning, tussen aanbieders, tussen aanbieders en ondernemingen, onderscheidenlijk tussen ondernemingen, een geschil is ontstaan inzake () kan het college op aanvraag van een bij dat geschil betrokken partij het geschil beslechten ().

2. Onder een geschil als bedoeld in het eerste lid wordt mede verstaan een geschil inzake de vraag of, indien de in dat lid bedoelde houders van een vergunning, aanbieders, aanbieders en ondernemingen, onderscheidenlijk ondernemingen een overeenkomst hebben gesloten op basis van een bij of krachtens deze wet op een of meer van hen rustende verplichting, de ter zake daarvan tussen hen bestaande verbintenissen, of de wijze waarop die verbintenissen worden nagekomen strijdig zijn, onderscheidenlijk is met het bij of krachtens deze wet bepaalde.

3. ()"

Aan het verzoek van Alticom om het HvJEU te verzoeken bij wege van prejudiciële beslissing antwoord te geven op vragen omtrent de geldigheid van artikel 3.11, vierde lid, van de Tw (oud) en artikel 3.24, vierde lid, van de Tw in het licht van artikel 12, eerste lid, van de Kaderrichtlijn zal het College geen gevolg geven. In de uitspraak van 17 oktober 2012 heeft het College reeds geoordeeld dat artikel 12 van de Kaderrichtlijn niet slechts betrekking heeft op de in het eerste lid in het bijzonder omschreven ondernemingen. De reactie van de Europese Commissie (Commissie) op de klacht van Alticom, waarnaar door Alticom wordt verwezen, leidt niet tot een andere opvatting op dit punt. In deze reactie komt de Commissie tot de conclusie: "On the basis of the above, we cannot conclude that a case of incompatibility exists between the measures you refer to in your complaint and EU law". Aan artikel

3.24, vierde lid, van de Tw is overigens in dit geschil door ACM geen toepassing gegeven.

Partijen zijn het er over eens en ook voor het College staat vast dat tussen NOVEC en Alticom een overeenkomst geldt, dat op grond daarvan met ingang van 1 april 2010 een tarief verschuldigd was voor het medegebruik van de antenne-opstelpunten van Alticom van 1435,5 en dat er daarmee een geschil is in de zin van artikel 12.2, tweede lid, van de Tw. ACM acht dit tarief, blijkens haar herstelbesluit van 11 september 2014, redelijk, aangezien het lager is dan een op kosten georiënteerd tarief. ACM had aan die conclusie naar het oordeel van het College de gevolgtrekking moeten verbinden dat het overeengekomen tarief niet in strijd is met het bepaalde in artikel 3.11, derde lid, van de Tw en, gelet op de in artikel 12.2, tweede lid, van de Tw aangelegde toetsingsmaatstaf, het verzoek van NOVEC op die grond moeten afwijzen. Door daarentegen vast te stellen dat het overeengekomen tarief niet is aan te merken als een redelijke vergoeding, zoals ACM in het besluit van 26 april 2010 heeft gedaan, en zelf een redelijk tarief vast te stellen (in de besluiten van 26 april 2010 en 11 september 2014) is zij buiten haar geschilbeslechtende bevoegdheid getreden. Reeds hierom zijn de beroepen van Alticom en NOVEC gegrond. De bestreden besluiten moeten worden vernietigd.

8. Het College ziet aanleiding zelf in de zaak te voorzien, in die zin dat beslist wordt op de aanvraag van NOVEC. In de aanvraag heeft NOVEC het geschil als volgt samengevat: "NOVEC en Alticom hebben een geschil dat kort gezegd erop neer komt dat NOVEC de redelijkheid bestrijdt van het tarief dat Alticom met ingang van 1 april 2010 rekent voor het medegebruik van haar antenne-opstelpunten (betonnen torens). Dit tarief vertoont ten aanzien van het maximaal redelijke tarief dat door OPTA bij besluit d.d. 26 april 2010 is vastgesteld, een niet te verklaren stijging van 29,1% (van EUR 1.342/m<sup>2</sup>/jaar naar EUR 1.733/m<sup>2</sup>/jaar). Alticom is niet bereid inzichtelijk te maken hoe het tarief 2010 is opgebouwd en hoe de tariefstijging zich laat verklaren." Als gewenste beslissing vermeldt de aanvraag: "NOVEC verzoekt OPTA te beoordelen of het tarief 2010 van Alticom redelijk is en, indien dit laatste niet het geval is, het maximaal redelijke tarief voor 2010 vast te stellen."

Het College heeft hiervoor onder 7 geconstateerd dat partijen het er over eens zijn dat het overeengekomen tarief voor 2010 1435,5 bedraagt. Dat Alticom aan de hand van de methode die is toegepast in het besluit van 26 april 2010 een tarief heeft uitgerekend van 1733 en getracht heeft dat aan NOVEC in rekening te brengen, maakt niet dat dit tarief het overeengekomen tarief is in de zin van artikel 3.11 (oud) van de Tw, waarvan de redelijkheid ter beoordeling staat.

Van de kant van NOVEC zijn geen argumenten naar voren gebracht die het College tot de overtuiging hebben gebracht dat dit overeengekomen tarief niet is aan te merken als een redelijke vergoeding. De door ACM in het geval van Alticom gehanteerde methode voor het berekenen van de risicovrije rente in het kader van de vaststelling van de WACC is naar het oordeel van het College verantwoord. Door deze rente te baseren op het rendement van tienjarige staatsobligaties in een recente periode van drie jaar heeft zij een methode gehanteerd die door het College in vaste jurisprudentie is geaccepteerd (zie onder meer rechtsoverweging 16.7.1 van de uitspraak van 26 mei 2010, ECLI:NL:CBB:2010:BM5564 en rechtsoverweging 7.2.1 van de uitspraak van 10 april 2014, ECLI:NL:CBB:2014:126). Het betoog van NOVEC dat in een ander geschilbesluit door ACM voor een andere methode is gekozen, ontbeert feitelijke grondslag. Ook in dat besluit was ACM voor de bepaling van de risicovrije rente uitgegaan van het rendement van tienjarige staatsobligaties in een recente periode van drie jaar. Dat het in dat geval de jaren 2010, 2011 en 2012 betrof en niet de jaren 2007, 2008 en 2009 laat zich verklaren doordat in dat geschilbesluit het het jaar 2013 en niet zoals hier het jaar 2010 was ten opzichte waarvan door ACM de voorafgaande periode werd bepaald. Voorts heeft NOVEC, in reactie op de desbetreffende beroepsgrond van Alticom, weliswaar betoogd dat zij onvoldoende zicht heeft op de juistheid van de toerekening van de energiekosten, maar het College is niet kunnen blijken dat die omstandigheid, die ook niet als beroepsgrond naar voren is gebracht, van zodanige invloed is op het overeengekomen tarief dat dit niet meer als een redelijke vergoeding zou moeten worden aangemerkt. Het College zal daarom de aanvraag van NOVEC tot geschilbeslechting afwijzen.

9. Het College veroordeelt ACM in de door NOVEC en Alticom gemaakte proceskosten. Deze kosten stelt het College op grond van het Besluit proceskosten bestuursrecht voor de door een derde beroepsmatig verleende rechtsbijstand voor Alticom vast op 974 (1 punt voor het indienen van het beroepschrift, 1 punt voor het verschijnen ter zitting in twee samenhangende zaken met een waarde per punt van 487 en een wegingsfactor 1) en voor NOVEC op 1217,50 (idem, alsmede 0,5 punt voor het indienen van een repliek).

## **Beslissing**

Het College:

- verklaart de beroepen gegrond;
- vernietigt het bestreden besluit en het herstelbesluit;
- wijst de geschil aanvraag van NOVEC af en bepaalt dat deze uitspraak in de plaats treedt van de vernietigde bestreden besluiten;
- draagt ACM op het betaalde griffierecht van 302 aan ieder der appellanten te vergoeden;
- veroordeelt ACM in de proceskosten van Alticom tot een bedrag van 974 en van NOVEC tot een bedrag van 1217,50.

Deze uitspraak is gedaan door mr. C.M. Wolters, mr. H.O. Kerkmeester en mr. H.S.J. Albers, in aanwezigheid van mr. I.C. Hof, griffier. De beslissing is in het openbaar uitgesproken op 18 december 2014.

w.g. C.M. Wolters w.g. I.C. Hof