

Besluit Openbaar

Ons kenmerk: OPTA/AM/2013/200708_OV

Zaaknummer: 12.0162.21

Datum: 14 maart 2013

Besluit van het college van de Onafhankelijke Post en Telecommunicatie Autoriteit met betrekking tot verzoeken van NOVEC B.V. en Omroepmasten B.V. (NOVEC) en Broadcast Technology & Development B.V. (BTD) ingevolge artikel 12.2, tweede lid, van de Telecommunicatiewet jo artikel 3.11, derde lid, van de Telecommunicatiewet inzake een geschil tussen NOVEC en BTD.

1. Samenvatting

NOVEC B.V. en Omroepmasten B.V. (hierna: NOVEC) hebben bij het college van de Onafhankelijke Post en Telecommunicatie Autoriteit (hierna: het college) een verzoek om geschilbeslechting ingediend ter zake van de tarieven die door NOVEC aan Broadcast Technology & Development B.V. (hierna: BTD) in rekening worden gebracht voor het medegebruik van hoge antenne-opstelpunten. NOVEC verzoekt het college te bepalen of deze tarieven voor de jaren 2010, 2011 en 2012 redelijk zijn in de zin van artikel 3.11, derde lid van de Telecommunicatiewet (hierna: Tw). Kernpunten zijn hierbij het in rekening brengen van toezichtkosten en separatie­ruimte. Voorts wordt het college verzocht te oordelen of NOVEC tot verdergaande transparantie verplicht is, non-discriminatoir gehandeld heeft en of de ingangsdatum van de huur van mast- en opstelruimte redelijk is, in de zin van artikel 3.11, derde lid, van de Tw.

Op haar beurt heeft BTD eveneens een verzoek bij het college ingediend. Zij verzoekt om te oordelen dat NOVEC niet gerechtigd is verticale separatie­ruimte in rekening te brengen en te oordelen of de verhoging van het allongetarief non-discriminatoir is.

Dit geschilbesluit betreft beide verzoeken. Het besluit houdt verband met een eerder geschilbesluit van 31 mei 2010 met kenmerk OPTA/AM/2010/201613 waarin het college eveneens een beslissing heeft genomen over de tarieven voor medegebruik van antenne-opstelpunten, maar dan voor het jaar 2009.

Het college komt tot de slotsom dat de tarieven van NOVEC voor de jaren 2010 tot en met 2012 niet redelijk zijn in de zin van artikel 3.11, derde lid van de Tw en stelt derhalve redelijke tarieven vast. Voorts stelt het college vast:

- dat het in rekening brengen van toezichtkosten redelijk is, maar dat deze moeten worden meegenomen in de tarieven voor medegebruik;
- dat het in rekening brengen van horizontale separatie­ruimte door NOVEC redelijk is;
- dat NOVEC non-discriminatoir gehandeld heeft en niet tot verdergaande transparantie verplicht is;
- dat de verhoging van het allongetarief non-discriminatoir is.

Besluit Openbaar

2. Verloop van de procedure

1. Bij brief van 2 augustus 2012 heeft NOVEC het college op grond van artikel 3.11 van de Tw verzocht om een tussen NOVEC en BTM gerezen geschil over het medegebruik van hoge antenne-opstelpunten te beslechten.
2. Bij brief van 9 augustus 2012 heeft het college de ontvangst van het verzoek tot geschilbeslechting aan NOVEC bevestigd.
3. Eveneens bij brief van 9 augustus 2012 heeft het college BTM een kopie van het verzoek tot geschilbeslechting van NOVEC verstuurd en BTM verzocht om het college een zienswijze op dit verzoek binnen twee weken te doen toekomen.
4. Bij brief van 14 augustus 2012 heeft BTM het college verzocht om een verlenging met één week van de gestelde reactietermijn voor BTM op het verzoek tot geschilbeslechting van NOVEC.
5. Bij e-mail van 15 augustus 2012 heeft het college ingestemd met de door BTM voorgestelde verlenging van de reactietermijn.
6. Bij brief van 30 augustus 2012 heeft BTM het college zijn eerste reactie op de aanvraag tot geschilbeslechting van NOVEC doen toekomen.
7. Bij brief van 12 oktober 2012 heeft het college NOVEC en BTM uitgenodigd voor een hoorzitting op 29 oktober 2012.
8. Bij brief van 17 oktober 2012 heeft BTM het college een aanvullend geschilverzoek doen toekomen.
9. Bij brief van 25 oktober 2012 heeft het college de ontvangst van het aanvullend geschilverzoek aan BTM bevestigd.
10. Eveneens bij brief van 25 oktober 2012 heeft het college NOVEC een kopie van het aanvullend geschilverzoek van BTM doen toekomen, en NOVEC gevraagd hierop tijdens de hoorzitting en eventueel middels een schriftelijke reactie na de hoorzitting te reageren.
11. Op 29 oktober 2012 hebben NOVEC en BTM tijdens een hoorzitting hun standpunten mondeling toegelicht.

Besluit Openbaar

12. Bij e-mail van 2 november 2012 heeft NOVEC het college laten weten af te zien van een schriftelijke reactie op het aanvullend geschilverzoek van BTD.
13. Bij brief van 16 november 2012 heeft BTD het college een afschrift doen toekomen van de correspondentie tussen NOVEC en BTD omtrent de allongeregeling.
14. Bij brief van 30 november 2012 heeft het college NOVEC en BTD laten weten in afwachting te zijn van cruciale informatie uit het onderzoeksrapport van Mazars, en derhalve de behandeling van het geschil uit te stellen tot 31 december 2012.
15. Bij brief van 20 december 2012 heeft het college NOVEC en BTD laten weten nog altijd in afwachting te zijn van het onderzoeksrapport van Mazars, en derhalve de behandeling van het geschil uit te stellen tot uiterlijk 1 maart 2013.
16. Bij brief van 21 januari 2013 maakte het college BTD en NOVEC zijn voornemen kenbaar om het geschil aan te houden tot het moment waarop het CBb zou hebben beslist op het beroep tegen het eerdere geschilbesluit BNT/ NOVEC van 31 mei 2010. Het college verzocht daarbij NOVEC om inhoudelijk op dit voornemen te reageren.
17. Op 21 januari 2013 heeft NOVEC het concept rapport van Mazars ontvangen, waarop NOVEC het rapport op onjuistheden heeft nagekeken. Op 6 februari 2013 heeft NOVEC per e-mail bevestigd dat het rapport feitelijk correct is.
18. Bij brief van 24 januari 2013 heeft NOVEC op dit voornemen gereageerd waarna op 25 januari 2013 BTD reageerde op de brief van NOVEC.
19. Bij brief van 29 januari 2013 bericht het college BTD en NOVEC dat de behandeling van het geschil vooralsnog zal worden voortgezet.
20. Bij brief van 11 januari 2013 zendt het college het definitieve onderzoeksrapport aan BTD met een verzoek om een inhoudelijke reactie.
21. Bij brief van 12 februari 2013 stuurt het college het definitieve onderzoeksrapport van Mazars en aantal vragen naar aanleiding van dit rapport aan NOVEC met het verzoek om een inhoudelijke reactie.

Besluit Openbaar

22. Bij brief van 25 februari 2013 reageert BTM op bovengenoemd rapport waarbij zij tevens verzoekt om uitstel voor het indienen van nadere zienswijzen. Per brief van dezelfde datum reageert NOVEC bij brief van 25 februari 2013 op het rapport alsmede op de aanvullende vragen.
23. Per brief van 28 februari 2013 geeft het college BTM te kennen dat verder uitstel niet zal worden verleend.

3. Feitelijke grondslag van het geschil

24. BTM is een aanbieder van elektronische communicatienetwerken en -diensten. Voor dit besluit is van belang dat BTM antennesystemen exploiteert, die geschikt zijn voor de distributie van radiosignalen ten behoeve van houders van een vergunning die bestemd is voor het verspreiden van radioprogramma's via de ether. Om uit te zenden via de ether is toegang tot de hoge antenne-opstelpunten van NOVEC essentieel.
25. NOVEC exploiteert (hoge) antenne-opstelpunten, welke onder meer bestemd zijn om omroepzendernetwerken te ondersteunen. Zij verleent onder meer aan aanbieders van antennesystemen ten behoeve van radiotransmissie het (mede)gebruik van deze infrastructuur.
26. NOVEC en BTM hebben een contract op grond waarvan NOVEC BTM medegebruik van de infrastructuur (masten) verleent en op sommige locaties tevens inpandige ruimte aan BTM verhuurt. Tussen partijen is echter een discussie over de verschuldigde tarieven ontstaan.
27. NOVEC heeft daarom een aanvraag tot geschilbeslechting bij het college ingediend. BTM heeft op haar beurt eveneens een aanvraag ingediend omdat zij van oordeel is dat niet alle geschilpunten in de aanvraag van NOVEC aan de orde kwamen.
28. Van belang is dat het college reeds eerder tussen partijen tarieven voor het jaar 2009 heeft vastgesteld in zijn geschilbesluit van 31 mei 2010 (kenmerk: OPTA/AM/2010/201613). In dit besluit heeft het college een tarief vastgesteld op grond van artikel 3:11, vierde lid, van de Tw. Het college heeft hiertoe een bepaalde tariefmethodiek gebruikt welke in lijn is met eerdere procedures. Tegen dat besluit loopt een beroepsprocedure bij het CBb.

Besluit Openbaar

4. Juridisch kader

29. Voor de beoordeling van het verzoek van BTD zijn de volgende wettelijke bepalingen van belang.

Artikel 3.11 van de Tw:

1. (...)
2. (...)
3. *De houder, bedoeld in het eerste lid, en de derde die op grond van het tweede lid gehouden is toestemming te verlenen, stellen het medegebruik ter beschikking tegen een redelijke vergoeding.*
4. *Aanbieders van elektronische communicatienetwerken die bestaan uit radiozendapparatuur 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:

1. *Indien er tussen houders van een vergunning, tussen aanbieders, tussen aanbieders en ondernemingen, onderscheidenlijk tussen ondernemingen een geschil is ontstaan inzake de nakoming van een op een houder van een vergunning, een aanbieder of een onderneming die openbare elektronische communicatienetwerken, bijbehorende faciliteiten of openbare elektronische communicatiediensten aanbiedt op grond van een bij of krachtens deze wet rustende verplichting, kan het college op aanvraag van een bij dat geschil betrokken partij het geschil beslechten, tenzij de beslechting van dat geschil op grond van deze wet aan een andere instantie is opgedragen.*
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 strijdig is met het bij of krachtens deze wet bepaalde.*
3. *Het eerste en tweede lid zijn van overeenkomstige toepassing indien een geschil is gerezen tussen degenen, bedoeld in artikel 3.11, vierde lid, dan wel tussen een aanbieder en een derde als bedoeld in artikel 5.12, tweede lid.*
4. (...)

Besluit Openbaar

30. Op grond van artikel 3.12 Tw kunnen bij of krachtens algemene maatregel van bestuur nadere regels worden gesteld met betrekking tot antenne-opstelpunten en tevens, voor zover het omroepzendernetwerken betreft, met betrekking tot antennesystemen en antennes. Hierbij kunnen aan het college taken worden opgedragen en bevoegdheden worden verleend. De in artikel 3.12 Tw bedoelde algemene maatregel van bestuur is, in de vorm van het Besluit medegebruik omroepzendernetwerken (hierna: 'Bmo'), op 15 oktober 2003 in werking getreden.¹

In de Nota van toelichting bij het Bmo is het volgende opgenomen met betrekking tot het in de Tw neergelegde uitgangspunt van een redelijke vergoeding:

“Een redelijke vergoeding betekent allereerst dat de kosten van voorzieningen die speciaal voor de desbetreffende medegebruiker worden getroffen door hem worden vergoed. Voorts betekent een redelijke vergoeding dat de kosten van gemeenschappelijk gebruikte voorzieningen proportioneel worden toegerekend, met andere woorden evenredig aan het gebruik van de voorzieningen door de desbetreffende medegebruiker van het opstelpunt in vergelijking met het gebruik door andere gebruikers. Voor wat betreft de vaststelling van de kosten wordt daarbij uitgegaan van de werkelijk gemaakte kosten, vastgesteld overeenkomstig de door het bedrijf toegepaste waarderingsprincipes in het kader van de financiële verslaggeving; voorts dat deze principes ook consistent worden toegepast bij de vaststelling van de tarieven van de eigen dienstverlening. Deze kosten mogen voorts worden vermeerderd met een redelijk rendement op het in het opstelpunt geïnvesteerde vermogen, voor zover dat aan het medegebruik kan worden toegerekend.”

31. Bij ministeriële regeling zijn met betrekking tot het medegebruik van antenne-opstelpunten, antennesystemen en antennes nadere regels gesteld.²

¹ Besluit van 2 juni 2003, houdende regels inzake het medegebruik van antenne-opstelpunten, antennesystemen en antennes bestemd voor omroepzendernetwerken (Besluit medegebruik omroepzendernetwerken), Staatsblad 2003, 232 (tijdstip van inwerkingtreding: Staatsblad 2003, 385).

² Regeling van de Minister van Economische Zaken van 29 september 2003, Stcrt. d.d. 8 oktober 2003, nr. 194

Besluit Openbaar

5. Standpunten van NOVEC

32. Voor de volledige standpunten van NOVEC verwijst het college naar de door NOVEC ingebrachte stukken en hetgeen ter hoorzitting naar voren is gebracht. De standpunten laten zich als volgt samenvatten.

Verzoek

33. NOVEC verzoekt het college te beslissen dat NOVEC niet in strijd handelt met artikel 3.11, derde lid van de Tw en voert daartoe de onderstaande punten aan.

34. De tarieven van NOVEC voor de medegebruik van antenne-opstelpunten voor de jaren 2010, 2011 en 2012 zijn redelijk want kostengeoriënteerd. De totale kosten van NOVEC moeten daarbij worden omgeslagen over de daadwerkelijk verhuurde meters. Dit heeft NOVEC gedaan op de door het college, in het besluit van 31 mei 2010, beschreven methode. Daarnaast is NOVEC niet gehouden tot verdergaande transparantie jegens haar afnemers.

35. XXXXX

36. NOVEC is van oordeel dat het niet onredelijk is om toezichtkosten in rekening te brengen aan de partij die de toezichtkosten heeft veroorzaakt, althans ten behoeve van wie die toezichtkosten in het bijzonder zijn gemaakt. Betrekken van de toezichtkosten in de algemene metertarieven is in strijd met het beginsel van kostencausaliteit. Voor het geval dat de Kantonrechter tot het oordeel komt dat toezichtkosten niet onder het contract vallen, verzoekt NOVEC het college de Kaderregeling op dit punt aan te passen en tevens te oordelen dat de recent in rekening gebrachte kosten redelijk waren. Voordat er brand was geweest in Lopik en Smilde werden ook toezichtkosten gemaakt en toegerekend. Deze kosten zijn omhooggegaan en toegerekend aan iedere partij die deze kosten maakte.

37. Het in rekening brengen van (horizontale) separatie ruimte bij de verhuur van binnenruimte is niet onredelijk. De binnen opgestelde apparatuur moet rondom bereikbaar zijn.

38. NOVEC verzoekt het college te bepalen dat het niet onredelijk is dat de gebruiksvergoeding voor de mast- en opstelruimte dient te worden betaald vanaf het moment dat de ruimte aan BTD ter beschikking wordt gesteld. Artikel 3.11, derde lid, van de Tw vereist niet dat dit wordt gecorrigeerd naar het moment dat BTD deze ruimte daadwerkelijk is gaan gebruiken.

Besluit Openbaar

Overige standpunten

39. BTD betoogt dat er geen tarief voor de werkruimte rondom installaties zou mogen worden berekend (horizontale separatie ruimte). Dit is echter in de markt gebruikelijk en deze ruimte wordt exclusief vrijgehouden voor BTD. Ook als de werkruimte niet meer in rekening gebracht mag worden, neemt dit de noodzaak van het aanhouden van een werkruimte niet weg. Dat resulteert er in dat dezelfde kosten over een kleiner aantal meters worden berekend, waardoor de tarieven per meter omhoog gaan.

6. Standpunten van BTD

Algemene standpunten

40. BTD wijst in haar verweerschrift op het bestaan van een civiele procedure waarmee rekening gehouden dient te worden teneinde tegenstrijdige uitspraken te voorkomen. **XXXX**. Het verzoek met betrekking tot de ingangsdatum van de huurverplichting vraagt NOVEC in feite om een verklaring voor recht, waartoe slechts de civiele rechter bevoegd is.
41. Ten aanzien van de toezichtkosten geldt dat NOVEC niet ontvankelijk moet worden verklaard nu er geen overleg heeft plaatsgevonden.
42. BTD verzoekt het college reeds rekening te houden met de normen die voortvloeien uit artikel 3.24 van de Tw dat op 15 maart 2013 in werking zal treden.

Standpunten met betrekking tot de tarieven

43. BTD stelt zich op het standpunt dat voor 2012 door het college geen tarieven kunnen worden vastgesteld c.q. kan worden beoordeeld omdat er voor 2012 nog sprake is van voorlopige voorschottarieven.
44. BTD is van oordeel dat de tarieven van NOVEC geen weerspiegeling kunnen zijn van de daadwerkelijke kosten (en daadwerkelijk verbruikte meters) omdat NOVEC gebruikt maakt van het clusteringmodel. Dit model is in strijd met het beginsel van kostencausaliteit en veroorzaakt onredelijk hoge prijzen. Artikel 3.11, derde lid, van de Tw alsmede 3.13 van de Tw staan aan een dergelijke invulling van de kostenoriëntatienorm in de weg. Op grond van het nieuwe artikel 3.24 van de Tw is clustering niet toegestaan.
45. De daadwerkelijke kosten van NOVEC dienen gecorrigeerd te worden voor de effecten van inefficiënties.
46. Het doorberekenen van lege meters is in strijd met het beginsel van kostencausaliteit. Dit uitgangspunt is nu ook verwoord in het nieuwe artikel 3.24 van de Tw. Bovendien worden prikkels om efficiënt te werken en nieuwe klanten aan te trekken teniet gedaan. Inefficiënte mastbezetting dient niet voor rekening van de afnemers te komen.

Besluit Openbaar

47. In het vorig geschilbesluit kwamen deze punten ook aan de orde. Anders is nu dat er een nieuw wetsartikel is. Voorts is in de uitspraak van het CBb over het marktanalysebesluit gezegd dat een efficiëntietoetsing wel aan de orde is (CBb 12 april 2012, LJN BW 1529).
48. Voor het berekenen van horizontale separatieruimte is geen goede reden. Dat de ruimte vrijgehouden moet worden speelt alleen indien de zenderruimte dermate bezet is dat er ruimte moet worden vrijgehouden. Bovendien speelt het alleen een rol aan de voor- en achterzijde van de installatie. De installaties staan strak tegen elkaar aangeplaatst. Berekenen van werkruimte zou slechts redelijk zijn als NOVEC de ruimte zou kunnen en moeten verhuren aan anderen en dan inkomsten misloopt vanwege de met de werkruimte gemoeide vierkante meters. In Heinenoord staat bovendien een zeecontainer waar de separatieruimte aan de binnenzijde zit.
49. De vraag of toezichtkosten mogen worden berekend is in de eerste plaats een civielrechtelijke vraag nu het contract hiervoor geen basis biedt. Er is op het gebied van verbeteren van de veiligheid nog geen overeenstemming bereikt. Het is de vraag of NOVEC deze kosten niet zelf zou moeten dragen omdat deze onderdeel zijn van de normale bedrijfsvoering.
50. Voor het geval dat het college zich toch uitspreekt over non-discriminatie betoogt BTD dat NOVEC het non-discriminatiebeginsel onjuist toepast. **XXXX**

Verzoek BTD

51. BTD verzoekt het college te oordelen dat NOVEC geen verticale separatieruimte mag factureren. Frequentietechnisch is deze ruimte vrijwel nooit nodig. BTD vreest dat NOVEC na het in werking treden van het nieuwe artikel 3.24 van de Tw weer verticale separatieruimte zal hanteren bij de berekening van de tarieven.
52. **XXXX**

7. Beoordeling van het geschil

7.1 Bevoegdheid

53. Het college stelt vast dat uit de gewisselde correspondentie tussen BTD en NOVEC blijkt dat sprake is van een geschil over of de verbintenissen die voortvloeien uit de tussen partijen geldende Kaderregeling (en onderliggende locatieovereenkomsten) in strijd zijn met het bij of krachtens de Tw bepaalde of, meer specifiek, artikel 3.11, derde lid, van de Tw. Het college is daarom op grond van artikel 12.2, tweede lid, van de Tw bevoegd dit geschil te behandelen.

7.2 Beoordeling van de vergoeding voor medegebruik

54. Nu het college van oordeel is dat er sprake is van een geschil als bedoeld in artikel 12.2, tweede lid, van de Tw dient het college vervolgens te beoordelen of de hoogte van de door NOVEC in rekening gebrachte tarieven strijdig zijn met het bij of krachtens de Tw bepaalde.

Besluit Openbaar

55. Mazars heeft te dienaangaande geadviseerd in haar rapport van 8 februari 2013. NOVEC en BTD hebben een zienswijze op dit rapport gegeven. Het college heeft de conclusies uit het rapport grotendeels overgenomen maar is ook op een aantal punten afgeweken van het rapport.
56. Het college zal in het onderstaande ingaan op de gebruikte methoden voor de tariefvaststelling, zijn conclusie ten aanzien van de tarieven, de zienswijzen van partijen en de punten waarop het college afwijkt van het rapport.

7.3 Tariefmethodiek en vaststelling van redelijke tarieven

57. Het college heeft het begrip 'redelijke vergoeding' als bedoeld in artikel 3.11, derde lid, Tw, in eerdere procedures ingevuld aan de hand van het uitgangspunt dat de redelijke vergoeding bestaat uit de werkelijke kosten vermeerderd met een redelijk rendement. Het CBb heeft deze invulling bij uitspraak van 7 mei 2008 (LJN BD1064) en 17 oktober 2012³ bevestigd. Uit de wetsgeschiedenis van artikel 3.11, derde lid, Tw valt niet rechtstreeks af te leiden wat onder een redelijke vergoeding moet worden verstaan. Wel heeft de wetgever in de toelichting op het Bmo een aantal aanwijzingen gegeven omtrent de vraag wat een redelijke vergoeding voor medegebruik zou zijn.⁴
58. Het college constateert dat het uitgangspunt bij de tariefberekening dient te zijn dat een tarief voor medegebruik van antenne-opstelpunten en/of antennesystemen gebaseerd dient te zijn op de werkelijk gemaakte kosten verhoogd met een redelijk rendement. De werkelijke kosten worden verder - in overeenstemming met het Bmo - vastgesteld overeenkomstig de door NOVEC toegepaste waarderingsprincipes in het kader van haar financiële verslaglegging.

³ Uitspraak van het College van Beroep voor het bedrijfsleven van 17 oktober 2012, AWB 09/1133, 10/507 en 10/537.

⁴ Zie randnummer 20 (juridisch kader) van dit besluit.

Besluit Openbaar

59. Gelet op het vorenstaande gelden voor de bepaling van werkelijke kosten de volgende uitgangspunten:

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

60. Voor de onderbouwing van de verschillende uitgangspunten die in het kader van de tariefbepaling gehanteerd dienen te worden, verwijst het college korthedshalve naar zijn besluiten van 29 juli 2002, 12 november 2002, 9 januari 2004 en 11 november 2005 en de besluiten van 26 april 2010, 31 mei 2010 en 10 maart 2011. Het college zal de in voornoemde besluiten gehanteerde uitgangspunten, welke in rechte zijn onderschreven⁵, zo veel mogelijk ook hanteren bij de bepaling van de tarieven in het onderhavige geschil. Verder merkt het college nog op dat hij bij onderhavige besluit ook acht heeft geslagen op de uitgangspunten van het zogenaamde ROOS-besluit van 25 augustus 2008.

61. In de volgende alinea's wordt aangegeven en onderbouwd op welke wijze de in het bovenstaande geschetste uitgangspunten in dit specifieke geval worden toegepast bij de bepaling van de onderhavige tarieven.

62. Voor de bepaling van de tarieven voor medegebruik zijn de volgende componenten meegenomen:

- a. afschrijvingskosten en rendement op investeringen;
- b. WACC (Weight Average Cost of Capital);
- c. huur opstelruimte en pacht terrein;
- d. onderhouds- en amoveringskosten;
- e. overige directe kosten en opbrengsten;
- f. toerekening indirecte kosten;
- g. mastbezetting.

⁵ Uitspraak College van Beroep voor het bedrijfsleven van 7 mei 2008, AWB 06/647 en 06/658, LJN: BD1064.

Besluit Openbaar

Hierbij gelden de volgende uitgangspunten:

<i>Afschrijvingslasten</i>	De afschrijvingskosten van een antenne-opstelpunt (de mast) worden bepaald aan de hand van de investeringskosten, welke worden afgeschreven over een periode van 30 jaar.
<i>Redelijk rendement</i>	Het college hanteert voor de vaststelling van het redelijk rendement de <i>Weighted Average Cost of Capital</i> methode (WACC). Daarbij gaat hij uit van de door OPTA en NMa gezamenlijk vastgestelde uitgangspunten. Kort samengevat komt de WACC methode er op neer dat het redelijk rendement wordt bepaald op basis van de gewogen gemiddelde vermogenskostenvoet. Deze bevat, gewogen naar het relatieve aandeel van de respectievelijke vermogenscomponenten, een vergoeding voor de kosten van vreemd vermogen en een vergoeding voor de kosten van eigen vermogen.
<i>Kapitaalslasten</i>	Hierbij wordt uitgegaan van historische kostprijs.
<i>Onderhouds- en andere periodieke lasten</i>	Hieronder vallen o.a. de kosten aan onderhoud van de antenne-opstelpunten.
<i>Overhead</i>	Toerekenbaar gedeelte van de overhead.

63. Het college constateert, mede op grond van het rapport van Mazars, dat NOVEC in de jaren 2010, 2011 en 2012 tarieven heeft gehanteerd die niet redelijk zijn in de zin van artikel 3.11, derde lid van de Tw omdat deze niet kostengeoriënteerd zijn. Het verschil tussen de gehanteerde tarieven en de kostengeoriënteerde tarieven verschilt per jaar en varieert van 15 tot ongeveer 22 procent ten opzichte van de gehanteerde tarieven voor overige masten in deze drie jaren. De afwijking is dusdanig groot dat de tarieven van NOVEC niet redelijk kunnen worden geacht.⁶ Het college stelt daarom de onderstaande tarieven voor overige masten vast aangezien hoge opstelpunten geclusterd zijn bij overige masten.

XXXX
XXXX
XXXX

⁶ Uitspraak van het College van Beroep voor het bedrijfsleven van 17 oktober 2012, AWB 09/1133, 10/507 en 10/537, randnummer 6.5.3.

Besluit Openbaar

64. Volledigheidshalve merkt het college op dat de wijziging van de tarieven voor overige masten ook van invloed is op de tarieven van tijdelijke en middengolfmasten. Het is aan NOVEC om eventuele wijzigingen in deze tarieven door te voeren.

7.4 Het nieuwe artikel 3.24 van de Tw

65. BTD verzoekt het college reeds rekening te houden met de normen die voortvloeien uit artikel 3.24 van de Tw dat op 15 maart 2013 in werking zal treden. BTD is van oordeel dat het college bij de beslechting van dit geschil dient te anticiperen op de nieuwe wet.

66. Het college merkt allereerst op dat de juridische grondslag waarop onderhavig geschil wordt getoetst het (huidige) artikel 3.11 Tw is. Het college ziet in het kader van dit geschil geen aanleiding voor een anticiperende uitleg van het nog niet in werking getreden artikel 3.24 Tw, nog daargelaten of de nieuwe wetgeving zou verplichten tot hetgeen BTD stelt. Het college wijst erop dat - zonder vooruit te willen lopen op een nadere uitleg van de nieuwe wetgeving - tussen het geldende recht (artikel 3.11 Tw) en het nieuwe recht (artikel 3.24 Tw) aanzienlijke verschillen bestaan. Vooropgesteld zij dat met een anticiperende interpretatie in de regel terughoudend moet worden omgegaan. Het gaat immers om het (de facto) toepassen van regelgeving die nog geen kracht van wet heeft. Het college is in dit geval van oordeel dat gelet op de tegengestelde belangen van de bij het geschil betrokken partijen en de eerdere besluitvorming van het college in voorgaande geschilprocedures het vertrouwensbeginsel en het rechtszekerheidsbeginsel in de weg staan aan een anticiperende interpretatie.

7.5 Redelijkheid van de tarieven voor medegebruik van opstelpunten in de zin van kostenoriëntatie

Tarieven 2012

67. De tarieven van 2012 zijn tevens door het college beoordeeld. Het feit dat deze tarieven voorlopig waren doet niet af aan de bevoegdheid van het college de voorlopige voorschottarieven als verbintenis in de zin van artikel 12.2 lid 2 van de Tw te mogen toetsen aan het bij of krachtens de Tw bepaalde of, meer specifiek, te oordelen of deze tarieven redelijk zijn. Op grond van de door NOVEC aangeleverde gegevens is het voor het college tevens mogelijk om tarieven vast te stellen.

WACC

68. Overeenkomstig eerdere geschilbesluiten stelt het college het redelijk rendement vast aan de hand van de Weighted Average Cost of Capital (WACC). Bij de bepaling van de hoogte van de WACC

Besluit Openbaar

volgt het college de WACC die Mazars in zijn onderzoeksrapport heeft geschat. Dit resulteert in een WACC van 4,43 procent in 2010 en 2011 en een WACC van 3,58 procent in 2012. Deze WACC resulteert in een Return on Assets (ROA) van 5,91 procent voor 2010 en 2011, en een ROA van 4,77 procent voor het jaar 2012. In het onderstaande zullen de zienswijzen van NOVEC en BTD op deze WACC en de reactie van het college op deze zienswijzen aan bod komen.

Zienswijze NOVEC en reactie college

69. NOVEC stelt dat de door Mazars bepaalde WACC onterecht gebaseerd is op de WACC van TenneT en meent dat het juist zou zijn aan te sluiten bij de WACC van KPN, aangezien KPN in tegenstelling tot TenneT ook actief is in de telecommunicatiesector. Dit zou tot een hogere WACC leiden.
70. Het college is het oneens met NOVEC. Om verschillende redenen is gekozen aan te sluiten bij de WACC van TenneT in plaats van bij de WACC van KPN. Zo is TenneT een staatsbedrijf waarvan het netwerk een *essential facility* is, en concentreren de activiteiten van de holding waarvoor de WACC bepaald is zich rond het onderhoud en gebruik van het netwerk. Daar KPN naast omroepactiviteiten ook verschillende andere activiteiten heeft, zijn de activiteiten van KPN wat dit betreft veel minder goed vergelijkbaar met NOVEC. Daarbij is KPN, in tegenstelling tot TenneT en NOVEC, beursgenoteerd.
71. NOVEC is daarnaast van mening dat het gegeven dat de omroepmasten een *essential facility* zijn voor NOVEC geen risico wegneemt, maar zelfs een verhoogd risico met zich meebrengt. Allereerst stelt NOVEC te twijfelen aan de status van de masten als *essential facility*, aangezien het een viertal opstelpunten naar aanleiding van een gewijzigd frequentieplan heeft moeten liquideren. Daarnaast stelt NOVEC een verhoogd debiteurenrisico te lopen ten gevolge van de *essential facility*-status, daar toegangswijgering aan wanbetalers niet mogelijk is. Ook stelt NOVEC dat de eigendomsstructuur van de masten zich zou moeten vertalen in een hogere WACC.
72. Het college is allereerst van mening dat de liquidatie van de vier opstelpunten een incident is, en daarom geen aanleiding geeft de WACC te herzien. Ten tweede is het college van oordeel dat, daar een verhoogd debiteurenrisico (volgens NOVEC) geen systematisch risico is maar een risico dat alleen voor NOVEC geldt, geen rekening met dit risico gehouden dient te worden bij de bepaling van de WACC.
73. Tot slot is NOVEC het niet eens met de door Mazars bepaalde kredietwaardigheid. Mazars heeft bij de bepaling van de WACC een risico-opslag voor vreemd vermogen van 0,75% gehanteerd, hetgeen aansluit bij een A- of AA-rating. NOVEC stelt zo'n rating niet te kunnen hebben, aangezien haar klanten, KPN en BTB, een rating hebben van maximaal BBB.

Besluit Openbaar

Bovendien, stelt NOVEC, is geen sprake van de 'normaal te achten financieringsverhoudingen' waarover Mazars in haar rapport spreekt. Door de juridische eigendomsstructuur van dertien masten en de geschillen met klanten kan NOVEC alleen met eigen vermogen worden gefinancierd. NOVEC stelt dat, mocht een A- of AA-rating gehanteerd worden, de spread van de risico-opslag onjuist is, aangezien deze voor de jaren 2008 tot 2010 gestegen is van 0,75% naar 0,81%.

74. Met betrekking tot de geconstateerde kredietwaardigheid is het college allereerst van mening dat de kredietwaardigheid van een onderneming niet alleen bepaald wordt door haar klanten, maar ook door andere factoren. De masten van NOVEC zijn een *essential facility* en wanneer NOVEC een lening aangaat kunnen haar activa dienen als onderpand. Het college is ook van mening dat de eigendomsstructuur waar NOVEC aan refereert van geen invloed is op de kredietwaardigheid bij de berekening van WACC aangezien dit wederom geen systematisch risico betreft en door NOVEC opgelost kan worden. Daarnaast heeft het college voor NOVEC eenzelfde kredietwaardigheid geconstateerd in 2005. Het college ziet nu geen redenen van de destijds geconstateerde kredietwaardigheid af te wijken. Ook merkt het college op dat voor de bepaling van de WACC voor Tennet voor de jaren 2011 tot en met 2013 een A-rating gebruikt werd. Met betrekking tot de spread van de risico-opslag heeft Mazars gekozen voor een spread die binnen de spread voor de jaren 2008 tot 2010 ligt.

Zienswijze BTD en reactie college

75. BTD is van mening dat de door Mazars berekende WACC lager zou moeten zijn dan nu het geval is, aangezien sprake is van een *essential facility*. Het college wijst BTD erop dat in de bepaling van de risico-opslag voor vreemd vermogen en de bèta reeds rekening gehouden is met dit gegeven.

Conclusie m.b.t. WACC

76. Het college ziet dan ook geen aanleiding tot aanpassing van de WACC of ROA van NOVEC, waarvan Mazars in haar rapport is uitgegaan.

Toerekening directe en indirecte kosten

77. Directe en indirecte kosten worden momenteel toegerekend aan omroepmasten naar rato van omzet, en aan telecommunicatiemasten naar rato van brutomarge (omzet verminderd met pachtgelden). Door de kosten op deze manier toe te rekenen zegt NOVEC te corrigeren voor de grotere arbeidsinzet en managementaandacht die gemoeid is met omroepmasten.

Besluit Openbaar

78. Met BTD is het college van oordeel dat omroep en telecom op eenzelfde manier dienen te worden behandeld en dat er in het geval van beide activiteiten kosten dienen te worden toegerekend aan de hand van een verdeelsleutel waarin beide activiteiten op dezelfde manier behandeld worden.
79. Het college acht de wijze van toerekening van NOVEC onvoldoende onderbouwd. Als inderdaad meer uren gemoeid zijn met omroepmasten, dan dient NOVEC deze kosten op een andere manier dan middels een correctie op de verdeelsleutel toe te rekenen, tenzij deze correctie feitelijk onderbouwd kan worden. In zo'n geval zou het zelfs gerechtvaardigd zijn dat NOVEC de extra arbeidsinzet bijhoudt in een urenadministratie waardoor deze extra uren zich meteen in de toerekening van de kosten vertalen. Voor het college is het dan ook niet te beoordelen of de huidige verdeelsleutel met de correctie voor pachtgelden voor telecom inderdaad voor een correctere toerekening zorgt dan de verdeelsleutel zonder die correctie. Bovendien zorgt de huidige verdeelsleutel van NOVEC (met correctie voor pachtgelden) niet voor een evenredige toerekening van de kosten, aangezien voor omroep geen correctie plaatsvindt (bijvoorbeeld voor de huur die NOVEC aan Alticom betaalt) en door de correctie relatief meer kosten aan omroep toegerekend worden dan op basis van alleen omzet. Om deze redenen kan deze wijze van toerekening niet worden goedgekeurd.
80. In geval er in de verdeelsleutel wel een correctie is voor pachtgelden voor telecom, zou een optie zijn om een dergelijke correctie ook op de omzet van omroep uit te voeren. Dit zou betekenen dat de huur die NOVEC aan Alticom en Tennet betaald afgetrokken wordt van de omzet voor omroepactiviteiten waardoor een brutomarge voor omroepactiviteiten berekend wordt (net als voor telecom). NOVEC heeft bij het college aangegeven dat de toerekening naar rato van brutomarge voor zowel telecom- als omroepactiviteiten volgens NOVEC voor ongewenste uitkomsten zorgt, aangezien de huur die NOVEC aan Alticom en Tennet betaalt veel hoger is dan de pacht aan landeigenaren.
81. Het college is ook van oordeel dat een verdeelsleutel op basis van omzet voor een evenredige toerekening van kosten aan telecom en omroep zorgt, omdat omzet een goede manier is om de grootte van economische activiteiten, en daarmee de onderliggende kosten, te meten.
82. Uit het bovenstaande volgt dat directe en indirecte kosten, voor zover deze op basis van de verdeelsleutel toegerekend worden, voor alle jaren op basis van omzet dienen te worden toegerekend aan telecom en omroep. Dit betekent dat, in afwijking op het rapport van Mazars, de correctie voor pachtgelden in de omzet van telecom teruggedraaid wordt.

Besluit Openbaar

83. BTB betoogt dat het college heeft nagelaten onderzoek te doen naar de indirecte kosten. Het college wijst BTB er op dat er wel degelijk onderzoek is gedaan naar indirecte kosten zoals blijkt uit het rapport van Mazars.
84. Ten slotte betoogt BTB dat het college nagelaten heeft om te oordelen dat de kosten efficiënt zijn. Op grond van het huidige wettelijk kader dienen tarieven te zijn gebaseerd op de werkelijke kosten. Het college verwijst hier naar randnummers 105 tot en met 112 van het onderhavige besluit waar dit nader wordt gemotiveerd.

Voorziening voor onderhoudskosten

85. In de bepaling van de totale kosten voor het jaar 2009 (zie het besluit van 31 mei 2010 met kenmerk OPTA/AM/2010/201613) heeft het college de dotaties in 2009 aan een voorziening voor groot onderhoud meegenomen in de berekening van een redelijke vergoeding. Tevens heeft NOVEC in de jaren 2006 tot en met 2008 aan deze voorziening bijgedragen.
86. Het college constateert echter dat NOVEC op dit moment geen actueel onderhoudsplan en geen uitgewerkte planning heeft voor groot onderhoud. Alleen al om deze reden is het college van oordeel dat de voorziening niet langer gerechtvaardigd is. Een andere reden is dat NOVEC de afgelopen zes jaar zeer weinig aan groot onderhoud gedaan heeft en blijkens het feit dat zij een voorziening wil opbouwen voor amovering, vanwege de (volgens NOVEC) veranderende en onzekere omstandigheden op radiotransmissiegebied, acht het college het niet waarschijnlijk dat NOVEC de komende jaren groot onderhoud zal plegen.
87. Het college beslist om bovengenoemde redenen, in afwijking van het rapport van Mazars, derhalve dat de voorziening voor groot onderhoud zoals opgebouwd in de jaren 2006 tot en met 2009 dient vrij te vallen. Het gaat hierbij om een bedrag van **XXXX** op 31 december 2009. De dotaties die NOVEC aan deze voorziening heeft gedaan in de jaren 2010 tot en met 2013 worden door het college ook niet meegenomen in de totale kosten.
88. NOVEC stelt voor de opgebouwde voorziening voor groot onderhoud te gebruiken voor amovering, aftoppen van masten of dekking voor de kosten van Smilde. Dit is echter niet waarvoor de voorziening bedoeld is. Voor bijvoorbeeld amovering zou een nieuwe voorziening opgebouwd moeten worden, met een eigen plan en een eigen planning. Voorwaarde voor het opbouwen van dergelijke voorziening is dat er een reëel risico op amovering is. Het college verwijst hierbij naar zijn overwegingen in het geschilbesluit KPN/NOVEC van 31 mei 2010 met kenmerk OPTA/AM/2010/201321. Daarnaast is ook aftoppen nu van onzekere aard. Het college geen redenen om de voorziening voor een onzekere activiteit te laten bestaan.

Besluit Openbaar

89. Bij de vraag aan NOVEC welke onttrekkingen uit deze voorziening tot en met 2012 gedaan zijn, bleek dat NOVEC de investeringskosten van de nieuwe toren in Smilde reeds uit deze voorziening heeft onttrokken. Dit betekent dat de mast in Smilde volledig is afbetaald en geen onderdeel uitmaakt van de activa van NOVEC. Deze onttrekking voor de mast in Smilde heeft tot gevolg dat het bedrag dat vrij komt te vallen gelijk is aan **XXXX**. Het college acht deze onttrekking niet onredelijk. De brand in Smilde is een incident die voor een flinke investering zorgde. De tarieven zullen hierdoor, mede gelet op het feit dat NOVEC Smilde in 10 jaar wil afschrijven, veel minder schommelen.
90. Aangezien het bedrag dat vrij komt te vallen relatief groot is, zal het college de vrijval van deze voorziening voor groot onderhoud in drie jaar in de tarieven verrekenen. Jaarlijks (2010 tot en met 2012) wordt dus een derde van het vrijgekomen bedrag in mindering op de totale kosten gebracht. Dit is een wijziging ten opzichte van het Mazars rapport en leidt tot lagere tarieven dan door NOVEC in de jaren 2010 tot en met 2012 in rekening zijn gebracht.
91. Ten overvloede merkt het college op het in het algemeen niet onredelijk te vinden dat een voorziening opgebouwd wordt, mits de boekhoudkundige regels voor opbouw van een voorziening gevolgd worden en de onderneming zich expliciet committeert aan de opbouw van een voorziening.

Redelijkheid van het berekenen van advieskosten

92. Het college acht het doorberekenen van advieskosten voortvloeiend uit juridische geschillen en uit de juridische splitsing van NOVEC B.V. en Omroepmasten B.V. niet redelijk. Deze kosten mogen niet meegenomen worden bij de berekening van de tarieven. Dit is in lijn met het eerdere standpunt van het college daarover in het geschilbesluit KPN/NOVEC van 31 mei 2010 met kenmerk OPTA/AM/2010/201321 zoals verwoord in randnummer 174 tot en met 176.
93. Het college is van mening dat een onderneming de kosten van juridisch advies ten behoeve van geschillen met afnemers of ten behoeve van een splitsing zelf dient te dragen. Indien de kosten worden doorberekend zal dit afnemers van NOVEC er van kunnen weerhouden om een geschil aan te brengen bij de rechter of het college, terwijl er voor NOVEC juist een veel lagere drempel ontstaat om geschillen te laten beslechten. De kosten van een splitsing kunnen niet worden aangemerkt als kosten die voor het verlenen van medegebruik worden gemaakt.
94. De advieskosten worden, in afwijking van het rapport van Mazars, bij de berekening van redelijke tarieven op grond van 3.11 derde lid, van de Tw van de totale kosten afgetrokken. Het college heeft NOVEC gevraagd om de juridische kosten met betrekking tot geschillen met haar klanten uit

Besluit Openbaar

te splitsen van de totale juridische kosten. Vervolgens heeft het college deze kosten in mindering gebracht op de totale kosten die door de tarieven voor hoge opstelpunten vergoed worden.

Kosten omslaan over verhuurde meters

95. NOVEC verzoekt het college te oordelen dat zij gehandeld heeft overeenkomstig de in het besluit van 31 mei 2010, beschreven methode door de totale kosten van NOVEC om te slaan over de daadwerkelijk verhuurde meters. Het college wijst de aanvraag van NOVEC op dit onderdeel toe. Anders dan BTD is het college niet van oordeel dat dit in strijd is met het beginsel van kostencausaliteit.

96. BTD voerde dit reeds eerder aan in het kader van het geschilbesluit BNT/NOVEC van 31 mei 2010. Het college heeft in dit besluit gemotiveerd beslist dat de totale kosten van NOVEC voor het verlenen van medegebruik mogen worden omgeslagen over de daadwerkelijk verhuurde meters. De overwegingen uit randnummer 65 tot en met 68 zijn ook in het onderhavige besluit van belang en worden derhalve hieronder opgenomen:

65. *“Het voorgaande neemt niet weg dat het college wel ingaat op de kritiek van BNT op de door Mazars gevolgde - volgens BNT - inefficiënte methodiek van NOVEC dat alle kosten bij elkaar geteld mogen worden en verdeeld mogen worden over haar omroepgebruikers. BNT stelt dat bij deze benadering het feitelijk metergebruik niet van belang is: als een omroepoperator een efficiënter gebruik van de infrastructuur weet te realiseren, dan verhoogt NOVEC gewoon de eenheidsprijs. Dit kenmerkt volgens BNT de monopolieacht van NOVEC.*

66. *Het college merkt op dat naar zijn oordeel efficiënter mastgebruik, als een afnemer daar al toe zou besluiten, ook bij de methodiek van NOVEC wel degelijk lonend kan zijn. De stelling van BNT geldt alleen in de situatie waarbij alle afnemers (zowel telecom als omroep) dezelfde efficiëntieslag zouden maken op hetzelfde moment. Als alle afnemers in staat zijn om het eigen ruimtebeslag bijvoorbeeld met 20 procent te verlagen, dan leidt dit ertoe dat de eenheidsprijs volgens de methodiek van NOVEC dusdanig zal stijgen dat het netto bedrag dat iedere afnemer betaalt, gelijk blijft. In werkelijkheid zal niet iedereen tegelijkertijd een efficiëntieslag weten door te voeren. Hierdoor loont het voor een individuele afnemer wel degelijk om efficiënter te zijn door het eigen ruimtebeslag te verkleinen. Als alleen deze afnemer efficiënter wordt dan zal NOVEC volgens haar methodiek het volgende jaar de prijs per eenheid (licht) verhogen, maar deze prijsverhoging zal er niet toe leiden dat de efficiëntieslag niet lonend is geweest. Wanneer een efficiëntieslag ruimte creëert voor andere operators en het totale ruimtebeslag als gevolg van de efficiëntieslag gelijk blijft, dan blijft de prijs per meter gelijk, terwijl het ruimtebeslag van de efficiënte operator gelijk blijft. In dat geval is de efficiëntieslag volledig lonend.*

Besluit Openbaar

67. *BNT stelt dat het doorberekenen van lege mastmeters in strijd is met eerdere besluiten van het college uit 2002 en 2004. Het college wijst erop dat deze besluiten betrekking hadden op de mast in Hilversum, waarbij het college inderdaad heeft bepaald dat lege meters door de toenmalige exploitant Nozema zouden moeten worden gedragen, omdat Nozema deze mast heeft laten bouwen op basis van geboekte mastcapaciteit en zelf aangaf het risico voor leegstand te nemen. In zijn advies van 19 oktober 2004 heeft het college aangegeven dat een dergelijke situatie zich niet voordoet bij het mastenbedrijf. Derhalve heeft het college toen geadviseerd om de lege meters door te rekenen in de tarieven van de gebruikers van de mast.*⁷
68. *Ook stelt BNT dat de gevolgde methodiek van NOVEC strijdig is met het standpunt van het college in zijn besluiten inzake de tarieven voor co-locatie van KPN dat de gebruiker alleen moet betalen voor wat hij werkelijk gebruikt. Het college merkt op dat in die besluiten de belangrijkste reden voor het oordeel dat partijen alleen dienen te betalen voor meters die zij daadwerkelijk afnemen gelegen is in het gegeven dat KPN het efficiënt gebruik van haar co-locatieruimtes vooral in eigen hand heeft, bijvoorbeeld omdat de co-locatieruimten van KPN alternatief aanwendbaar zijn. Dat is minder eenvoudig bij de mastmeters van NOVEC op grote hoogte.”*
97. Als uitgangspunt bij de berekening van redelijke tarieven voor medegebruik gelden de werkelijke kosten. Vast staat dat de kosten voor lege meters daadwerkelijk zijn gemaakt en dus in beginsel in het tarief mogen worden verdisconteerd. Het college is daarbij van oordeel dat de hoogte van de mast noodzakelijk is voor omroep.
98. Dat sprake is van een gewijzigd wettelijk kader zoals door BTD ter zitting is betoogd, weerspreekt het college. Er is immers nog steeds sprake van dezelfde rechtsgrondslag (artikel 3.11 van de Tw) Verder ziet het college evenmin aanleiding zien vooruit te lopen op de inwerkingtreding van de nieuwe wetgeving en anders te besluiten dan in het besluit van 31 mei 2010. Het college verwijst naar randnummer 65 en 66 van dit besluit.

⁷ Zie het advies van het college van 19 oktober 2004, p. 2 onder 4-Ten aanzien van lege meters.

Besluit Openbaar

Separatieruimte tussen antennesystemen

99. Ten aanzien van het verzoek van BTD aan het college om, vanwege het feit dat onder de nieuwe wetgeving leegstand niet langer aan afnemers, zoals BTD, in rekening mag worden gebracht, in het kader van onderhavig geschil alsnog een uitspraak te doen over de door NOVEC voorheen (en waarschijnlijk in de toekomst weer) berekende separatieruimte tussen antennesystemen, merkt het college het volgende op.

100. Voor zover BTD verzoekt om over de rechtmatigheid van de voorheen berekende separatieruimte een beslissing te nemen, beschouwt het college beschouwt dit onderdeel van het geschilverzoek van BTD primair als een herhaalde aanvraag. Van nieuw gebleken feiten en omstandigheden als bedoeld in artikel 4:6 van de Algemene wet bestuursrecht (hierna: Awb) is het college niet gebleken. Dat sprake is van een gewijzigd wettelijk kader zoals door BTD ter zitting is betoogd, weerspreekt het college. Er is in het kader van onderhavig geschil immers nog steeds sprake van dezelfde rechtsgrondslag, namelijk artikel 3.11 van de Tw. De stelling dat onder de nieuwe - nog niet inwerking getreden - wetgeving leegstand niet langer aan afnemers in rekening mag worden gebracht, is - los van de juistheid van deze stelling - bovendien geen nieuw feit of een nieuwe omstandigheid. Het college wijst - tegen de achtergrond van artikel 4:6, tweede lid, van de Awb - het verzoek van BTD in zoverre af en verwijst naar zijn besluit van 31 mei 2010, waar in randnummers 74-78 een gemotiveerde beslissing is genomen over de separatieruimte tussen de antennesystemen. Verder merkt het college op dat hij, los van de vraag of sprake is van een herhaalde aanvraag, evenmin aanleiding ziet vooruit te lopen op de inwerkingtreding van de nieuwe wetgeving en anders te besluiten dan in het besluit van 31 mei 2010. Het college verwijst naar randnummer 65 en 66 van dit besluit.

101. Voor zover BTD het college verzoekt reeds te oordelen over de mogelijke omstandigheid dat NOVEC in de toekomst, na het in werking treden van het nieuwe artikel 3.24 van de Tw, wederom verticale separatieruimte in rekening zal brengen, is het college primair van oordeel dat hierover op dit moment geen geschil tussen partijen bestaat zodat de geschilaanvraag van BTD op dit punt niet-ontvankelijk is. Subsidiair ziet het college ook voor dit onderdeel van het verzoek, evenmin aanleiding vooruit te lopen op de inwerkingtreding van de nieuwe wetgeving. Het college verwijst hiervoor naar de randnummers 65 en 66 van het onderhavige besluit.

Besluit Openbaar

Redelijkheid van het berekenen van horizontale separatieruimte

102. NOVEC verzoekt het college te oordelen dat het in rekening brengen van (horizontale) separatieruimte bij de verhuur van binnenruimte redelijk is. BTD stelt dat de zenderruimte is niet dermate bezet dat er speciaal ruimte vrijgehouden moet worden. Bovendien hoeven de installaties alleen aan de voor- en achterkant bereikbaar te zijn. Berekenen van werkruimte zou slechts redelijk zijn als NOVEC de ruimte zou kunnen en moeten verhuren aan anderen en dan inkomsten misloopt vanwege de met de werkruimte gemoeide vierkante meters.
103. Het college acht gelet op bovenstaande het hanteren van horizontale separatieruimte van maximaal 60 centimeter rondom redelijk. Het college acht het voorts niet onredelijk indien NOVEC een kleinere separatieruimte hanteert, mits dit niet resulteert in een concreet tekort aan werkruimte rondom de installaties voor BTD. Overigens wijst het college erop dat de materiële impact van de keuze al dan niet separatieruimte te hanteren niet erg groot is. Zou er geen separatieruimte gerekend worden, dan zou het resulterende tarief hoger uitkomen aangezien de omzet die NOVEC behaalt met de separatieruimte weg zou vallen. Het verhuren van horizontale separatieruimte wordt namelijk door NOVEC apart gefactureerd en de behaalde omzet (*Opbrengst verhuur gebouwen en terreinen*) wordt vervolgens van de totale kosten afgetrokken.
104. Het college acht het voorts van belang om te benadrukken dat er een verschil bestaat tussen verticale en horizontale separatie ruimte. In het vorige geschilbesluit tussen NOVEC en BTD is bepaald dat er geen verticale separatie ruimte gehanteerd mag worden. Voor het hanteren van verticale separatieruimte werden (technische) argumenten genoemd die het college niet steunde. In het geval van horizontale separatieruimte is dit anders. Zoals uiteengezet in het vorige randnummer acht het college horizontale separatieruimte wel redelijk omdat deze nodig is om eventuele werkzaamheden te verrichten.

Efficiëntie

105. Ten aanzien van de stelling van BTD dat het college een doelmatigheidstoets dient uit te voeren wijst het college erop dat BTD dit bij het vorige geschilbesluit (31 mei 2010) eveneens heeft aangevoerd en hier door het college inhoudelijk op is beslist. Het college heeft in dit besluit gemotiveerd beslist dat, nu de werkelijke kosten uitgangspunt zijn voor de tarieven, de kosten niet op efficiëntie behoeven te worden getoetst.

Besluit Openbaar

106. De overwegingen uit randnummer 61 tot en met 64 zijn ook in het onderhavige besluit van belang en worden derhalve hieronder opgenomen:

“Inefficiënties en lege meters

61. *In haar reactie op het rapport van Mazars inzake het geschil KPN/NOVEC heeft BNT ten aanzien van verschillende kostencomponenten van het berekende tarief opgemerkt dat sprake is van inefficiënte uitkomsten, omdat volgens BNT bij de beoordeling van de kosten van NOVEC de doelmatigheid moet worden meegewogen.*
62. *Het college is van oordeel dat in het kader van een onderzoek naar de werkelijke kosten van NOVEC de doelmatigheid van de investeringen en kosten niet beoordeeld behoeven te worden. Het college is dan ook van oordeel dat deze doelmatigheidsbeoordeling terecht geen onderdeel van het onderzoek van Mazars heeft uitgemaakt. In dat verband wijst het college erop dat hij van oordeel is dat artikel 3.11 van de Tw geen grondslag biedt voor een doelmatigheidstoets. Het college verwijst hierbij naar randnummer 190 van zijn besluit van 25 augustus 2008 in het geschil tussen BNT en KPN.*
63. *Blijkens de toelichting op het Bmo omvat de redelijke vergoeding voor het medegebruik de werkelijk gemaakte kosten vermeerderd met een redelijk rendement. Daarbij is het college geen ruimte gelaten om kosten te beoordelen aan de hand van een doelmatigheidstoetsing. Verder benadrukt het college dat in het kader van artikel 3.11 Tw wordt beoordeeld of er sprake is van daadwerkelijke kosten. Niet kan worden gezegd dat werkelijke kosten gelijk zijn te stellen aan efficiënte of doelmatige kosten.*
64. *Het beroep van BNT op artikel 3.13 Tw doet aan het vorenstaande niet af. Artikel 3.13 Tw geeft het college de bevoegdheid op eigen initiatief in te grijpen zonder dat sprake is van een conflict tussen marktpartijen.⁸ In dit geval is wel sprake van een conflict, zodat artikel 3.13 Tw niet van toepassing is. Bovendien bepaalt artikel 3.13 Tw dat het college bij de uitoefening van zijn bevoegdheid om op eigen initiatief maatregelen te nemen de bij ministeriële regeling gegeven voorschriften in acht moet nemen. Zo lang die voorschriften er niet zijn, kan het college ook niet van de in artikel 3.13 Tw neergelegde bevoegdheid gebruik maken.”*
107. Dat sprake is van een gewijzigd wettelijk kader zoals door BTD ter zitting is betoogd, weerspreekt het college. Er is immers nog steeds sprake van dezelfde rechtsgrondslag (artikel 3.11 van de Tw) Verder ziet het college evenmin aanleiding ziet vooruit te lopen op de inwerkingtreding van de nieuwe wetgeving en anders te besluiten dan in het besluit van 31 mei 2010. Het college verwijst naar randnummer 65 en 66 van dit besluit.

⁸Zie Tweede Kamer, 2003-2004, 28 851, nr. 47 en Tweede Kamer, 2007-2008, 31 412, nr. 3.

Besluit Openbaar

108. BTB heeft ter ondersteuning van haar betoog dat er een efficiëntietoets moet plaatsvinden gewezen op de CBb uitspraak in het kader van het marktanalysebesluit radiotransmissie (CBb 12 april 2012, LJN BW 1529). Naar oordeel van BTB is het in die procedure aangevoerde standpunt van BTB verworpen dat het college (OPTA) op grond van 3.11 van de Tw tarieven voor medegebruik niet op efficiëntie zou kunnen toetsen. Het college deelt deze conclusie niet.

109. In de genoemde uitspraak overweegt het CBb in randnummer 7.7.2 als volgt.

*“... BNT heeft in dit kader nog gewezen op de mogelijkheid dat inefficiënties aan haar worden doorberekend. De uitspraak van 7 mei 2008 laat echter onverlet dat indien BNT 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 BNT op een onaanvaardbare wijze in haar concurrentiepositie aantast, zij dit in een geschilprocedure kan voorleggen. Het College wijst er op dat BNT in het beroep dat aanleiding gaf tot de uitspraak van 7 mei 2008 beroepsgronden heeft aangevoerd inzake de kosteneffectiviteit van de verschillende kostenposten voor schilderwerk en overhead. Dat het College zich over deze beroepsgronden niet heeft uitgelaten, komt omdat BNT deze om haar moverende redenen heeft ingetrokken.
...”*

110. Anders dan BTB betoogt, trekt het college hieruit niet de conclusie dat alle kostencomponenten op efficiëntie zouden moeten worden beoordeeld. Het CBb wijst er juist op dat haar uitspraak van 7 mei 2008 uitgangspunt is. In deze uitspraak is bevestigd dat het vaststellen van tarieven op basis van de daadwerkelijke kosten in lijn met artikel 3.11 van de Tw is.

111. Het feit dat de uitspraak van 7 mei 2008 onverlet laat dat BTB kosten die (naar haar oordeel) onnodig zijn gemaakt en BTB op een onaanvaardbare wijze in haar concurrentiepositie aantasten, kan voorleggen in een geschilprocedure, brengt bovendien niet met zich mee dat tarieven die zijn gebaseerd op daadwerkelijk kosten per definitie onredelijk zijn in het kader van artikel 3.11, derde lid van de Tw.

112. Het college wijst er ten overvloede op dat zij ook in het kader van dit geschil kritisch kijkt naar de door NOVEC aangevoerde kosten, hetgeen alleen al blijkt uit het feit dat het college tot de slotsom komt dat de door NOVEC gehanteerde tarieven voor medegebruik niet redelijk zijn.

Besluit Openbaar

Clustering

113. NOVEC gaat bij haar tariefstelling uit van een drietal clusters van masten: tijdelijke masten, middengolfmasten en overige masten. De FM-masten, waarvan BTD het medegebruik verzoekt, behoren tot het cluster: overige masten.

114. BTD acht clustering onder het huidige wettelijk kader onmogelijk omdat dit model in strijd is met het beginsel van kostencausaliteit. Dit betoog is identiek aan wat BTD aanvoerde in het vorige geschilbesluit in 2010. Voorts stelt BTD dat op grond van het nieuwe artikel 3.24 clustering niet is toegestaan. Het college heeft in het vorige geschilbesluit gemotiveerd beslist dat clustering is toegestaan. De overwegingen uit randnummer 51 tot en met 60 van het vorige geschilbesluit zijn ook in het onderhavige besluit van belang en worden derhalve hieronder opgenomen:

“Clustering

51. *NOVEC gaat bij haar tariefstelling uit van een drietal clusters van masten: tijdelijke masten, middengolfmasten en overige masten. De FM-masten, waarvan BNT het medegebruik verzoekt, behoren tot het cluster: overige masten.*

52. *BNT acht de door NOVEC toegepaste clustering van kosten onacceptabel wegens discriminatoire effecten en bevoordeling daarvan van KPN. Niet alleen ontberen de gehanteerde clusters homogeniteit (een door het college gestelde voorwaarde voor clustering), het principe van clustering zelf leidt tot het loslaten van de beginselen van kostencausaliteit en proportionaliteit, terwijl het college die principes nu juist steeds aan haar uitspraken ten grondslag legde. BNT wijst op eerdere beslissingen van het college van 29 juli 2002 en 9 januari 2004 om daarmee haar standpunt te onderbouwen dat NOVEC een tarifiering per individuele mast moet hanteren.*

53. *Zou het college toch enige wijze van clustering willen toestaan – hetgeen volgens BNT niet mogelijk is – dan vereist dat in elk geval homogeniteit in de masten, die tot één cluster gerekend worden. Volgens BNT heeft het college de noodzaak daarvan ook onderkend en aangegeven dat alleen onder die aanname het tarief van een ongeclusterde en een geclusterde mast niet zou verschillen, onverlet het risico dat clustering de concurrentieverhoudingen tussen marktpartijen negatief kan beïnvloeden. In dit verband wijst BNT op een advies van het college aan het ministerie van Economische Zaken van 19 oktober 2004.*

54. *Het standpunt van BNT dat het college op grond van zijn eerdere besluiten van 29 juli 2002 en 9 januari 2004, welke betrekking hebben op een geschil tussen BNT en Nozema over de te hanteren berekeningsmethodiek van het tarief voor de mast in Hilversum, slechts kan instemmen met een tarifiering per individuele mast, deelt het college niet. In zijn door BNT aangehaalde advies van 19 oktober 2004 met betrekking tot de tarieven voor het na de*

Besluit Openbaar

splitsing van Nozema per januari 2005 op te richten mastenbedrijf, inmiddels NOVEC, heeft het college het volgende opgemerkt:

“De door OPTA op werkniveau gedane suggestie de mogelijkheden te onderzoeken van een indeling naar homogene groepen vloeit voort uit het uitgangspunt dat het college in het algemeen met betrekking tot het principe van kostenoriëntatie hanteert. Dit uitgangspunt behelst, kortweg, dat tarieven op een zo hoog mogelijk aggregatieniveau dienen te worden vastgesteld, terwijl marktpartijen in principe in staat moeten zijn om slechts die functionaliteiten af te nemen, welke zij voor hun dienstverlening nodig hebben. Naar de voorlopige mening van het college, zal een indeling in een aantal homogene groepen, met dit uitgangspunt in overeenstemming kunnen worden gebracht.”

en voorts:

“het feit dat het college in geschillen tussen Nozema en Broadcast Partners (BNT) de mastprijs per mast heeft vastgesteld, impliceert niet dat het mastenbedrijf tarieven per afzonderlijke mast zou moeten gaan voeren. Het college heeft zich in dit geschil geen oordeel kunnen vormen over masten die geen onderdeel van het geschil waren. Zou dat wel het geval geweest zijn, dan is denkbaar dat het college de tarieven per homogene groep zou hebben kunnen vaststellen.”

- 55. Uit het advies van het college van 19 oktober 2004 blijkt dus niet dat het college heeft geadviseerd dat het mastenbedrijf een tarifiering per individuele mast zou moeten hanteren, maar dat het college ook de mogelijkheid openhoudt van een clustering van homogene groepen.*
- 56. De vraag, die BNT ontkennend beantwoordt, is vervolgens of het door NOVEC sedert haar oprichting gevoerde tariefmodel aan de hand van geclusterde masten tegemoetkomt aan een clustering van homogene groepen.*
- 57. BNT is van opvatting dat in de door NOVEC aangebrachte clustering geen sprake is van homogene groepen omdat NOVEC niet is uitgegaan van een clustering op basis van kostenstructuur, die zou neerkomen op een onderscheid tussen afgeschreven en niet-afgeschreven masten. Volgens BNT kan in het advies van het college met een clustering naar homogene groepen uitsluitend een clustering naar kostenstructuur bedoeld zijn.*
- 58. In dit standpunt kan het college BNT niet volgen. Uit het uitgebrachte advies blijkt niet dat het college onder een clustering naar homogene groepen uitsluitend een clustering op basis van kostenstructuur kan hebben verstaan. Ook een andere indeling naar homogeniteit is in beginsel denkbaar.*
- 59. Het uitgangspunt van het college is, zoals reeds gesteld in randnummer 54, dat een zo hoog mogelijk aggregatieniveau dient te worden vastgesteld, terwijl marktpartijen in principe in staat moeten zijn om slechts die functionaliteiten af te nemen, welke zij voor hun dienstverlening nodig hebben. Het college is van oordeel dat het ‘niet afgeschreven zijn’ geen functionaliteit is.*

Besluit Openbaar

60. *BNT merkt op dat zij, in vergelijking met KPN, minder gevestigd is op jonge niet volledig bezette masten. Dit zou er toe leiden dat clustering leidt tot te hoge tarieven voor BNT. Buiten beschouwing latend of deze bewering van BNT juist is, wenst het college hierbij op te merken dat clustering het level playing field niet beïnvloedt. Ondanks dat de eenheidsprijs van een specifieke mastmeter door clustering beïnvloed wordt, is de prijs van deze specifieke meter voor alle afnemers gelijk. Omdat KPN en BNT voor de dienstverlening aan een specifieke radio-omroep dezelfde mastmeters behoeven, betalen zij dezelfde mastuur, waardoor er sprake is van een level playing field. In tegenstelling tot wat BNT stelt, is het college daarom van oordeel dat clustering geen discriminatoire effecten heeft.*

115. Dat wat betreft het voorliggende geschil sprake zou zijn van een gewijzigd wettelijk kader zoals door BTD ter zitting is betoogd, weerspreekt het college. Er is immers nog steeds sprake van dezelfde rechtsgrondslag, namelijk artikel 3.11 van de Tw. Verder ziet het college evenmin aanleiding om vooruit te lopen op de inwerkingtreding van de nieuwe wetgeving en anders te besluiten dan in het besluit van 31 mei 2010. Het college verwijst naar randnummer 65 en 66 van het onderhavige besluit.

Toezichtkosten

116. Het college dient te beoordelen of de in rekening gebrachte toezichtkosten redelijk zijn in de zin van artikel 3.11, derde lid van de Tw. Naar oordeel van het college dient hij, anders dan BTD stelt, hierbij niet de civiele procedure af te wachten. Het college heeft immers een zelfstandige bevoegdheid om te oordelen over de toezichtkosten nu het gaat om kosten die verband houden met medegebruik en dus getoetst mogen worden aan de criteria die voortvloeien uit artikel 3.11. Het ligt juist in de rede de hoogte van de toezichtkosten bij zijn oordeel over de redelijkheid van tarieven te betrekken. NOVEC en BTD hebben gecorrespondeerd over (de hoogte van) de toezichtkosten. Het college verwacht niet dat verdere onderhandelingen zullen leiden tot een oplossing voor dit geschilpunt.

117. NOVEC brengt momenteel apart toezichtkosten bij BTD in rekening, waarbij de arbeidsuren in mindering worden gebracht op de in rekening gebrachte tarieven. Daarnaast brengt NOVEC een opslag voor overhead in rekening. NOVEC stelt zich op het standpunt dat de toezichtkosten niet mogen worden betrokken in de algemene metertarieven omdat dit in strijd is met het beginsel van kostencausaliteit.

Besluit Openbaar

118. Het college is van oordeel dat toezichtkosten in rekening mogen worden gebracht. De toezichtkosten zijn noodzakelijk voor de veiligheid op de masten en komen voort uit het (mede)gebruik van de antenne-opstelpunten. Omdat de kosten worden gemaakt om de veiligheid te waarborgen, en deze veiligheid ten goede komt aan alle partijen, althans niet een partij in het bijzonder, hadden de kosten echter in het tariefmodel meegenomen moeten worden door middel van directe, en in het geval van de overheadkosten eventueel indirecte, toerekening. Het college deelt derhalve niet het standpunt van NOVEC dat de partijen die de masten bezoeken de kosten veroorzaken. Betrekken van de toezichtkosten in de algemene metertarieven is daarom niet in strijd met het beginsel van kostencausaliteit.
119. Aangezien NOVEC de gemaakte toezichtkosten rechtstreeks bij BTD in rekening heeft gebracht, en het college van oordeel is dat toezichtkosten bij de totale kosten voor omroepmasten opgeteld mogen worden, besluit het college dat de omzet die NOVEC heeft behaald met toezichtkosten in mindering wordt gebracht op de totale kosten voor omroepmasten. Op deze manier worden de toezichtkosten verdisconteerd in de tarieven voor hoge opstelpunten op overige masten. Het college wijkt hiermee dus af van het rapport omdat Mazars nog geen rekening had gehouden met de toezichtkosten in de berekende tarieven.
120. BTD stelt voorts de vraag of NOVEC de toezichtkosten niet zelf zou moeten dragen omdat deze onderdeel zijn van de normale bedrijfsvoering. Het college is van oordeel dat de toezichtkosten onderdeel zijn van de normale bedrijfsvoering en juist daarom mogen worden doorberekend in de metertarieven.

Redelijkheid van de tarieven in de zin van non-discriminatie

121. **XXXX**

122. **XXXX**

123. Hoewel er in het contract tussen partijen bepaald is dat NOVEC non-discriminatoire medegebruik verschaft, sluit dit niet uit dat het college op grond van artikel 3.11, derde lid, van de Tw eveneens bevoegd is te oordelen of NOVEC non-discriminatoire handelt. Kostenoriëntatie op basis van werkelijke kosten brengt deze verplichting immers impliciet met zich mee. Dit blijkt ook uit de in randnummer 30 aangehaalde tekst van de Nota van toelichting bij het Bmo.

124. **XXXX**. Het college beschouwt dit onderdeel van het geschilverzoek van NOVEC primair als een herhaalde aanvraag. Van nieuw gebleken feiten en omstandigheden als bedoeld in artikel 4:6 van de Awb is het college niet gebleken. Het college wijst - tegen de achtergrond van artikel 4:6,

Besluit Openbaar

tweede lid, van de Awb - het verzoek van NOVEC in zoverre af en verwijst naar zijn besluit van 31 mei 2010, **XXXX**.

125. Daarnaast heeft het college aan de hand van door NOVEC opgeleverde gegevens kunnen constateren dat de overige tarieven eveneens redelijk zijn in de zin dat deze non-discriminatoir aan BTD en KPN worden gerekend.

8. Transparantie

126. NOVEC verzoekt in haar aanvraag tot geschilbeslechting aan OPTA:

' (...) te oordelen dat de overeenkomst tussen partijen redelijk is, in zoverre daarin niet is geregeld dat NOVEC/OMROEPMASTEN tot verdergaande transparantie gehouden is jegens haar afnemers.'

127. **XXXX**. De vordering van BTD correspondeert, aldus BTD, in zekere mate met het geschilverzoek van NOVEC. BTD is van oordeel dat eerst de uitkomst van de civiele procedure afgewacht moet worden alvorens OPTA materieel over het geschilverzoek van NOVEC over de transparantie zou mogen oordelen.

128. Het college merkt op dat, hoewel hij inziet dat het oordeel van de civiele rechter op dit vlak waardevol kan zijn, de civiele procedure en onderhavige geschilprocedure afzonderlijke producers zijn. Dat betekent dat, in dit geval, de geschilprocedure ook onafhankelijk van elkaar - dus zonder dat eerst afgewacht hoeft te worden wat de uitkomst van de civiele procedure is - doorlopen kunnen worden. Los van het oordeel van de civiele rechter, heeft het college een eigen verantwoordelijkheid en taak bij het beslechten van geschillen ex artikel 12.2 van de Tw. De wijze waarop de civiele rechter oordeelt over de vordering van BTD om bepaalde documenten te verstrekken en de vraag in hoeverre NOVEC in het kader van een OPTA-geschilprocedure tot transparantie gehouden is, zullen reeds vanwege de verschillende rechtsgrondslagen, niet per definitie tot gelijkwaardige uitkomsten hoeven leiden. Het verzoek van BTD om aanhouding van de behandeling van de verzoek van NOVEC ten aanzien van de beoordeling van de overeenkomst op transparantie, wijst het college dan ook af.

129. Ten aanzien van de materiële beoordeling van het verzoek van NOVEC merkt het college op dat hij dient te beoordelen of de overeenkomst strijdig is met het bij of krachtens de Tw bepaalde. In dat verband is van belang dat in de door BTD en NOVEC gesloten overeenkomst niets is geregeld over door NOVEC in acht te nemen transparantieverplichtingen jegens haar afnemers. Evenmin bestaat er op grond van het bij of krachtens de Tw bepaalde een verplichting voor

Besluit Openbaar

NOVEC om jegens haar afnemers transparant te zijn. Weliswaar is het zogenaamde Bmo⁹, waarin onder meer regels zijn gesteld ten aanzien van gegevensvertrekking, maar die zien op gegevensverstrekking in het kader van een verzoek om medegebruik van antenne-opstelpunten. Daarop heeft de aanvraag tot geschilbeslechting echter geen betrekking. Het bij of krachtens de Telecommunicatiewet bepaalde kent verder geen rechtsregels die NOVEC verplichten, althans expliciet, tot transparantie of gegevensverstrekking. Het college ziet in artikel 3.11 Tw ook geen aanleiding om NOVEC tot meer transparantie te verplichten. Van strijdigheid met het bij of krachtens de Tw bepaalde is naar het oordeel van het college dan ook geen sprake.

9. Ingangsdatum verhuur mast- en opstelruimte

130. In het kader van de gebruiksvergoeding voor de mast- en opstelruimte ziet het college zich gesteld voor de vraag of de Kaderregeling op dit punt strijdig is met artikel 3.11, derde lid, van de Tw. Deze vergoeding dient, conform het contract, betaald te worden vanaf het moment dat de ruimte ter beschikking wordt gesteld.
131. Het college ziet geen reden om de overeenkomst op dit punt wegens strijd met artikel 3.11 van de Tw aan te passen. NOVEC kan van het moment dat de ruimte ter beschikking wordt gesteld aan BTD deze ruimte niet nogmaals aan een ander verhuren. Er ontstaat immers een recht voor BTD waar zij al dan niet gebruik van kan maken. Het feit dat BTD een vergoeding voor de ruimte dient te betalen voor de periode dat hij werkzaamheden verricht teneinde de ruimte daadwerkelijk te gebruiken, maakt naar oordeel van het college nog niet dat het aanvangsmoment van de vergoeding in strijd is met de Tw.

Besluit Openbaar

10. Dictum

132. Gelet op het voorgaande beslist het college op de geschilaanvraag van NOVEC en de in dat kader ingebrachte zienswijzen als volgt:
- I. De tussen NOVEC en BTD overeengekomen tarieven voor medegebruik van de hoge antenne-opstelpunten van NOVEC kunnen niet worden gekwalificeerd als op kosten georiënteerd en daarom in dit geval niet als redelijk ingevolge artikel 3.11 derde lid, van de Tw in samenhang gelezen met het vierde lid van artikel 3.11 van de Tw. Daarmee zijn de overeengekomen tarieven – tegen de achtergrond van artikel 12.2, tweede lid, van de Tw- in strijd met het bij of krachtens de Tw bepaalde;
 - II. De redelijke vergoedingen voor het medegebruik van de hoge antenne-opstelpunten van NOVEC als bedoeld in artikel 3.11, derde lid in samenhang gelezen met het vierde lid van artikel 3.11 van de Tw, worden door het college voor het jaar 2010 vastgesteld op EUR **XXXX**, voor het jaar 2011 vastgesteld op EUR **XXXX** en voor het jaar 2012 vastgesteld op EUR **XXXX**.
 - III. De totale kosten van NOVEC dienen te worden omgeslagen over de daadwerkelijk verhuurde meters, hetgeen NOVEC in de jaren 2010, 2011 en 2012 conform de vastgestelde systematiek in het geschilbesluit BTD/NOVEC van 31 mei 2010 (kenmerk OPTA/AM/2010/201613) ook heeft gedaan;
 - IV. De wijze waarop NOVEC toezichtskosten heeft berekend, is ingevolge artikel 3.11, derde lid in samenhang gelezen met het vierde lid van artikel 3.11 van de Tw niet redelijk. Het college heeft de toezichtskosten in de door hem, in dit geschilbesluit, vastgestelde tarieven voor medegebruik verdisconteerd;
 - V. Het in rekening brengen van horizontale separatie ruimte door NOVEC is redelijk in de zin van artikel 3.11, derde lid in samenhang gelezen met het vierde lid van artikel 3.11 van de Tw;
 - VI. NOVEC heeft non-discriminatoir gehandeld richting haar afnemers.
 - VII. NOVEC is grond van artikel 3.11, derde lid in samenhang gelezen met het vierde lid van artikel 3.11 van de Tw NOVEC niet tot verdergaande transparantie verplicht;
 - VIII. Artikel 6.1 van de Kaderregeling die partijen zijn overeengekomen, is niet in strijd met artikel 3.11, derde lid in samenhang gelezen met het vierde lid van artikel 3.11 van de Tw.

Besluit Openbaar

133. Gelet op het voorgaande beslist het college op de geschilaanvraag van BTD en de in dat kader ingebrachte zienswijzen als volgt:

- IX. Het college beslist dat het allongetarief dat vanaf 1 januari 2011 door NOVEC in rekening werd gebracht, non-discriminatoir is;
- X. Het college wijst het overig gevorderde af.

HET COLLEGE VAN DE ONAFHANKELIJKE POST EN TELECOMMUNICATIE AUTORITEIT,
namens het college,
Afdelingshoofd afdeling Markten

drs. J.G.J. Keetelaar

1 Beroep bij het CBb

Beroepsmogelijkheid

Belanghebbenden die zich met dit besluit niet kunnen verenigen, kunnen binnen zes weken na de dag waarop dit besluit is bekendgemaakt beroep instellen bij het College van Beroep voor het bedrijfsleven te Den Haag.

Het postadres is: College van Beroep voor het bedrijfsleven, Postbus 20021,2500 EA 's-Gravenhage.

Het beroepschrift moet zijn ondertekend en moet ten minste de naam en het adres van de indiener, de dagtekening en een omschrijving van het besluit waartegen het beroep is gericht bevatten. Voorts moet het beroepschrift de gronden van het beroep bevatten en dient een afschrift van het bestreden besluit te worden meegezonden.

Voor het instellen van beroep is griffierecht verschuldigd. Informatie hierover kan worden ingewonnen bij de griffie van het College, telefonisch bereikbaar op (070) 381 39 10 of (070) 381 39 30.